



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67354-57-3



WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista n° 4 / Ottobre 2018 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Dott. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Avv. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Dott. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Dott. Andrea Aniello Amendola - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Avv. Francesco Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Dott. Carlo Giordano - Dott. Davide Giordano - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott. Andrea Napolitano - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro - Avv. Silvia Tuccillo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

INDICE

<i>Editoriale</i> di Francesco Boccia	Pag. 4
--	---------------

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

<i>Autotutela doverosa e art. 21 nonies della l. n. 241/1990: il parere motivato dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e l’obbligo di conformazione della stazione appaltante.</i> di Alessia Narcisi	Pag. 5
---	---------------

<i>L’autotutela tributaria: un procedimento doveroso ad esito discrezionale.</i> di Giovanni Palma	Pag. 34
---	----------------

<i>La nuova "arera" e gli strumenti di controllo giudiziario sulle authorities. le nuove forme agitive di natura amministrativa e le garanzie procedurali e sostanziali.</i> di Adabella Gratani	Pag. 52
---	----------------

PARTE II – DIRITTO CIVILE

<i>Matrimonio, unioni civili e nuovi modelli familiari alla luce della legge n. 76 del 20 maggio 2016.</i> di Alessandro Palma	Pag. 74
---	----------------

<i>La responsabilità dello Stato-Giudice e dei magistrati e dello Stato-Giudice a tre anni dall’entrata in vigore della legge n. 18 del 2015: una nuova visione d’insieme?</i> di Jessica De Vivo	Pag. 102
--	-----------------

<i>Brevi osservazioni a margine della Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – sentenza 05 giugno 2018, n. 22437</i> di Carlo Giordano e Marianna Ragosta	Pag. 118
--	-----------------

PARTE III – DIRITTO PENALE

Le sezioni unite riconoscono l'esistenza del concorso formale omogeneo nell'ipotesi della resistenza realizzata contestualmente nei confronti di più pubblici ufficiali. Riflessioni intorno alla ratio tutelare dell'art. 337 c.p.

(Nota a Cass., Sez. Un., sent. 22 febbraio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40981, Pres. Di Tomassi, Rel. De Crescenzo, Ric. Apolloni)
di Claudio Tricò

Pag. 134

L'accertamento della causalità omissiva.
di Giulia di Fiore

Pag. 141

Fenomeno migratorio e criminalità: la percezione e i numeri. La natura giuridica del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 3, D. Lgs. 25 luglio 1988, n. 286) al vaglio delle Sezioni Unite.
di Vincenzo Iazzetta

Pag. 151

PARTE IV – FOCUS

Il rapporto di coniugio tra partner omosessuali. Rapporti tra la legge italiana sulle Unioni Civili (n.76 del 20 maggio 2016) e la spinta riformista europea. Commento a margine della sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-673/16 Reaiu Adrian Coman e a./Inspectoratul General pentru Imigrări e a.

di Edda Napolitano

Pag. 171

EDITORIALE

di Francesco Boccia

Partiti tre anni fa con l'incoscienza tipica dei sognatori, con la consapevolezza che sognare un po' è pericoloso, con la convinzione di voler correre quel rischio individuandone il rimedio non nel sognare di meno, ma nel sognare di più, sognare per tutto il tempo compreso tra la partenza ed il traguardo.

L'intuizione: costituire dal nulla una rivista di giovani giuristi per soddisfare le esigenze di altri giuristi, creando uno spazio occluso al favoritismo ed al clientelismo, aperto al merito ed alla dedizione.

Se partire pareva un azzardo, raggiungere dopo soli 36 mesi di vita il prestigioso accreditamento dell'Anvur da' forma e sostanza al nostro sogno.

Quel sogno l'abbiamo tenacemente perseguito, per quel sogno abbiamo lavorato e sudato, convinti che si trattasse di un sogno bellissimo.

Oggi il nostro sogno si è avverato, tramutandosi in fantastica realtà, raggiunta sognando insieme, "perché i sogni, se perseguiti insieme, valgono di più".

Autotutela doverosa e art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990: il parere motivato dell’Autorità Nazionale Anticorruzione e l’obbligo di conformazione della stazione appaltante.

di Alessia NARCISI*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La discrezionalità nell’annullamento d’ufficio *ex art. 21 nonies* della l. n. 241/1990. **3.** Annullamento d’ufficio doveroso: abusi edilizi, risparmi finanziari, violazione del diritto comunitario. L’Adunanza Plenaria n. 8/2017 sull’annullamento d’ufficio dei titoli edilizi in sanatoria. **4.** Dalle raccomandazioni vincolanti alla legittimazione processuale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. **5.** Il parere motivato dell’A.N.A.C. e l’attività successiva della stazione appaltante: una nuova ipotesi di autotutela doverosa? **6.** Corollari: oggetto della valutazione della stazione appaltante, estensione della cognizione del giudice amministrativo e tutela dei terzi. **7.** Considerazioni conclusive: l’annullamento d’ufficio della stazione appaltante come forma di “autotutela speciale”.

1. Premessa.

Il d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto rilevanti novità in tema di precontenzioso rispetto alla previgente disciplina contenuta nell’art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006¹.

Il legislatore è intervenuto sia in chiave modificativa, delineando in modo parzialmente differente l’istituto già contemplato nel citato art. 6, sia in chiave innovativa, riconoscendo in capo all’Autorità Nazionale Anticorruzione poteri inediti.

Quanto al primo profilo, l’art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 obbliga le parti che vi abbiano previamente consentito ad attenersi al parere reso dall’A.N.A.C. A differenza della precedente versione dell’istituto, quindi, l’attuale disciplina riconosce carattere vincolante al parere dell’Autorità su questioni

* Dottoressa in Giurisprudenza. Abilitata all’esercizio della professione forense presso Corte d’Appello di Milano.

¹ Il d.lgs. n. 163/2006 è stato abrogato dall’art. 217 del d.lgs. n. 50/2016. L’art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che «*Oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, l’Autorità: n) su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l’articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266*».

insorte durante il procedimento di evidenza pubblica². È d'uopo sottolineare come il carattere vincolante sia strettamente legato a un presupposto volontaristico con la conseguenza che l'obbligo di conformarsi al parere reso dall'Autorità ai sensi dell'art. 211, comma 1, non può estendersi agli altri soggetti interessati alla procedura di gara che non abbiano richiesto il parere³.

Con riferimento al secondo profilo, il legislatore ha dapprima attribuito all'A.N.A.C. il potere di emanare raccomandazioni vincolanti nei confronti della stazione appaltante e, a seguito delle criticità evidenziate dal Consiglio di Stato⁴, ha introdotto un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 21 *bis* della l. n. 287/1990 per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In tal modo è stato definitivamente espunto dall'ordinamento il problematico istituto delle raccomandazioni vincolanti; tuttavia, la disciplina sostitutiva introdotta con il d. l. n. 50/2017 non ha fugato i dubbi, analoghi a quelli già sollevati con riferimento all'abrogato comma 2, in merito alla natura del potere esercitato dalla stazione appaltante successivamente all'emanazione del parere dell'A.N.A.C. e, quindi, sulla sussistenza o meno in capo alla prima di un obbligo di conformazione.

La questione, come si dirà, ha un duplice risvolto applicativo. Sotto il profilo sostanziale, si tratta di stabilire se il potere esercitato dalla stazione appaltante a fronte di un parere negativo dell'Autorità debba essere qualificato come annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 o se, viceversa, costituisca una forma di autotutela doverosa.

Quanto al profilo processuale, la qualificazione del suddetto potere in termini di doverosità o meno è destinata a incidere, da un lato, sull'estensione della cognizione del giudice amministrativo e, dall'altro, sull'individuazione degli atti contro cui invocare la tutela giurisdizionale.

² L'art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che «*Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo*».

³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 1676.

⁴ Si fa riferimento ai tre pareri resi dal Consiglio di Stato: parere sullo schema di Codice (Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855), parere sul regolamento di vigilanza dell'A.N.A.C. (Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777) e parere sul decreto correttivo (Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782), in www.giustizia-amministrativa.it.

2. La discrezionalità nell'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* della l. n. 241/1990.

Al fine del corretto inquadramento delle novità introdotte con il nuovo Codice de contratti pubblici, dapprima con l'istituto delle raccomandazioni vincolanti e successivamente con i commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, si rende necessaria una preliminare disamina dell'annullamento d'ufficio disciplinato in via generale dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990⁵. Esso costituisce, insieme alla revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, un provvedimento a carattere demolitorio, espressione del potere di autotutela decisoria di secondo grado della pubblica amministrazione.

A differenza della revoca⁶, l'annullamento d'ufficio ha quale suo presupposto indefettibile l'illegittimità del provvedimento su cui il potere di autotutela è destinato a incidere. Oltre a tale elemento, il legislatore ha inteso condizionare la possibilità per l'Amministrazione di annullare d'ufficio un atto precedentemente emesso a due ulteriori presupposti. *In primis*, la rimozione del provvedimento illegittimo potrà essere disposta solo qualora l'esercizio dell'autotutela da parte della P.A. sia sorretto da un effettivo interesse pubblico all'annullamento⁷, da valutarsi tenendo conto dell'affidamento ingenerato nei

⁵ L'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 è stata introdotto dalla l. n. 15/2005 che ha in tal modo positivizzato il potere della P.A. di annullare in autotutela un proprio provvedimento illegittimo precedentemente adottato. Per un approfondimento sul dibattito in merito al fondamento dell'autotutela della pubblica amministrazione prima della codificazione intervenuta con la l. n. 15/2005 si veda M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 330. L'Autore evidenzia come, in mancanza di un riferimento normativo, il fondamento dell'autotutela nel diritto amministrativo sia stato in passato alternativamente individuato nel "principio dell'autotutela", proprio anche di altri rami dell'ordinamento; nella posizione di supremazia della pubblica amministrazione rispetto ai privati; nel principio gerarchico che, secondo la concezione tradizionale, caratterizzava l'organizzazione amministrativa. L'orientamento prevalente era, infine, giunto a qualificare il potere in esame come un potere di secondo grado e, quindi, legittimato dalla stessa norma attributiva del potere concretizzatosi nell'adozione del provvedimento su cui l'Amministrazione interveniva in autotutela.

⁶ L'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 individua i presupposti per l'esercizio del suddetto potere alternativamente nella sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, nel mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento e nella nuova valutazione dell'interesse pubblico originario con la sola esclusione, in quest'ultimo caso, dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Come è evidente, si tratta di ipotesi in cui l'esercizio del potere di revoca non è giustificato dal riscontro *ex post* di un vizio del provvedimento emanato bensì dal mutamento delle condizioni di fatto che avevano determinato l'adozione dello stesso.

⁷ Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, quale presupposto dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies*, non consiste nel mero interesse al ripristino della legalità violata: Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 915; Cons. St., sez. III, 9 maggio 2012, n. 2683, in www.giustizia-amministrativa.it.

destinatari dell'atto e nei controinteressati. *In secundis*, il provvedimento di secondo grado a carattere demolitorio deve necessariamente intervenire entro un termine ragionevole. Si rilevi, peraltro, che la giurisprudenza tende a non riconoscere rilevanza autonoma al presupposto temporale, attribuendo, invece, allo stesso una funzione strumentale alla corretta individuazione dell'interesse prevalente tra quello della P.A. alla rimozione del provvedimento viziato e quello del privato o dei controinteressati alla conservazione dello stesso. Sulla base di tale ricostruzione, nell'ambito della valutazione dei diversi interessi in gioco, l'Amministrazione è chiamata a riconoscere prevalenza all'interesse alla stabilità del provvedimento qualora sia decorso un termine ragionevole, dovendo concludere in senso opposto ogniqualvolta il dato temporale sia trascurabile⁸.

Il presupposto temporale è stato oggetto di un recente rafforzamento ad opera della l. n. 124/2015, con cui per l'annullamento in autotutela di provvedimenti ampliativi è stato fissato un termine massimo di diciotto mesi decorrente dall'adozione dei provvedimenti medesimi. Peraltro, anche qualora l'annullamento sia disposto entro il suddetto termine rigido, la P.A. è comunque chiamata a valutare la tempestività dell'attivazione del potere d'ufficio in relazione alle circostanze del caso concreto. Può, dunque, concludersi nel senso che l'annullamento in autotutela di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici oltre il termine anzidetto è da considerarsi sempre illegittimo mentre l'esercizio dell'autotutela entro il termine di diciotto mesi non assicura da sé solo la legittimità del provvedimento demolitorio di secondo grado.

Quanto detto rende evidente come, anche dopo l'irrigidimento del presupposto temporale con riferimento ai provvedimenti ampliativi, l'annullamento d'ufficio resti caratterizzato da un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione; difatti, quest'ultima è chiamata a considerare, oltre all'illegittimità del provvedimento, anche «*condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati*»⁹, come tali

⁸ S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, «Percorsi di diritto amministrativo», Napoli, 2015, pp. 73 e ss. A riguardo, l'Autore rileva che «*il termine ragionevole, da elemento costitutivo del vincolo nel quando, è andato a formare parte del substrato del vincolo nel quomodo*».

⁹ L'espressione è del Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 341, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con la suddetta pronuncia il Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'annullamento in autotutela di una concessione edilizia in sanatoria, ha compiuto una puntuale ricognizione dei presupposti di esercizio del potere di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. In dettaglio, è stato evidenziato come l'illegittimità dell'atto su cui è destinato a incidere l'annullamento d'ufficio costituisca una «*indefettibile e vincolata condizione*» e un «*presupposto rigido*» del potere in esame a cui, nell'ottica di tutelare l'affidamento dei privati interessati alla conservazione del provvedimento viziato, il legislatore ha affiancato condizioni elastiche come tali «*affidate*»

sottoposte alla valutazione discrezionale del soggetto pubblico titolare del potere di autotutela decisoria.

Ne discende che, pur a fronte di un provvedimento illegittimo, l'Amministrazione non è tenuta a intervenire in autotutela se, avuto riguardo agli ulteriori presupposti individuati dall'art. 21 *nonies*, il ritiro dell'atto non appare opportuno. È stato rilevato come la discrezionalità o, in prospettiva diametralmente opposta, la sussistenza di vincoli al potere amministrativo, possa riguardare non solo l'*an* dell'esercizio dell'autotutela decisoria bensì anche altri profili, ossia il *quando* e il *quomodo*.

In tale prospettiva, sembrerebbe che l'art. 21 *nonies* ponga dei vincoli all'annullamento d'ufficio, attraverso l'imposizione di un termine, elastico o rigido, di esercizio del potere e di un necessario contemperamento degli interessi coinvolti dall'esercizio del potere medesimo. Sotto tale ultimo profilo, infatti, la disposizione non pretende unicamente che l'annullamento d'ufficio sia sorretto da «ragioni di interesse pubblico» ma impone che l'autotutela sia esercitata «tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati»¹⁰. Invero,

all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione». Peraltro, con la decisione in esame è stato affrontato l'ulteriore problema della rilevanza che la pubblica amministrazione è tenuta ad attribuire al termine massimo di diciotto mesi introdotto con la l. n. 124/2015 relativamente a provvedimenti di annullamento d'ufficio adottati prima dell'entrata in vigore della riforma, giungendo alla seguente conclusione: «Ora, per quanto l'anzidetta, cogente regola non possa applicarsi a provvedimenti di autotutela perfezionatisi prima dell'entrata in vigore dell'intervento normativo che l'ha introdotta, non può trascurarsi la valenza della presupposta scelta legislativa, in occasione dell'esegesi e dell'applicazione della norma, nella sua formulazione previgente (Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625). La decifrazione della nozione indeterminata di termine ragionevole, ai fini dello scrutinio della sua corretta interpretazione (ed applicazione) da parte dell'amministrazione, dev'essere, quindi, compiuta con particolare rigore quando il potere di autotutela viene esercitato su atti attributivi di utilità giuridiche od economiche, con la conseguenza che, pur non potendo ritenersi consumato, nella fattispecie esaminata, il potere di annullamento d'ufficio decorso il termine massimo stabilito dal legislatore del 2015, deve giudicarsi, comunque, irragionevole un termine notevolmente superiore (nel caso in esame, di oltre sette volte) a quest'ultimo». In tal modo il Consiglio di Stato, pur ammettendo l'impossibilità di applicare il termine rigido di diciotto mesi retroattivamente, ha al contempo riconosciuto alla novità introdotta dall'art. 6 della l. n. 124/2015 l'attitudine a incidere sulla valutazione della tempestività dell'intervento in autotutela. In senso opposto: Cons. St., A. P., 17 ottobre 2017, n. 8, con cui si è precisato in merito al termine introdotto dall'art. 6 della Riforma Madia quanto segue: «Tale disposizione non provvede che per il futuro, sicché dalla stessa non possono essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo.», in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ Sul punto si veda S. D'ANCONA, *op. cit.*, pp. 66 e ss. L'Autore individua i due diversi *step* dell'*iter* decisionale in cui si concretizza il vincolo nel *quomodo*. *In primis*, la P.A. è chiamata a individuare il valore da attribuire agli interessi coinvolti dall'esercizio del potere, ossia l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo e l'interesse, di regola privato, alla conservazione del provvedimento medesimo. *In secundis*, l'Amministrazione deve compiere il c.d. «giudizio di prevalenza» tra gli interessi in gioco.

sia il vincolo nel *quando* che quello nel *quomodo* non sono altro che le condizioni flessibili di esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21 *nonies* che, se da un lato devono necessariamente essere valutate dalla P.A. al fine del corretto esercizio del potere in esame, dall'altro, data la loro connaturata genericità, determinano la natura essenzialmente discrezionale del potere previsto dall'art. 21 *nonies*. È evidente, infatti, come la valutazione richiesta alla P.A., con riferimento sia al profilo temporale sia alla sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione dell'atto e alla sua prevalenza rispetto agli altri interessi coinvolti, sia inevitabilmente rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione. Quest'ultima, proprio valorizzando i "vincoli" posti dall'art. 21 *nonies*, potrebbe ritenere opportuno non rimuovere un provvedimento precedentemente adottato anche dopo averne accertata l'illegittimità. Tale esito costituisce il riflesso della coesistenza tra controllo di legittimità del provvedimento originario e controllo di opportunità dell'annullamento d'ufficio.

Alla luce di quanto esposto, non pare in dubbio che l'art. 21 *nonies* attribuisca all'Amministrazione un potere caratterizzato da una spiccata discrezionalità nella valutazione di quegli elementi elastici che il soggetto pubblico è tenuto a considerare per evitare uno sconfinamento della discrezionalità in mero arbitrio.

3. Annullamento d'ufficio doveroso: abusi edilizi, risparmi finanziari, violazione del diritto comunitario. L'Adunanza Plenaria n. 8/2017 sull'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi in sanatoria.

Nonostante l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 configuri l'annullamento d'ufficio come un potere discrezionale, non mancano ipotesi, soprattutto di elaborazione pretoria, in cui si ritiene sussistente in capo all'Amministrazione un vero e proprio obbligo di annullare in autotutela il provvedimento illegittimo in precedenza adottato. La questione relativa all'ammissibilità nel nostro ordinamento di fattispecie di c.d. "autotutela doverosa" è tornata all'attenzione di dottrina e giurisprudenza a seguito dell'introduzione della disciplina di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016.

Al fine di comprendere pienamente i profili di criticità della novità introdotta in tema di contratti pubblici, appare necessario compiere una breve disamina dei casi in cui più frequentemente si suole configurare il potere di annullamento della P.A. come doveroso e le relative implicazioni. Si tratta delle ipotesi di annullamento per illecito esborso di denaro pubblico, annullamento per violazione di norme comunitarie e annullamento d'ufficio di titoli edilizi¹¹.

¹¹ Le ipotesi sono richiamate, tra gli altri, da M. SANTISE, *op. cit.*, pp. 333 e ss.

Quanto all'annullamento per motivi finanziari, l'orientamento pretorio inaugurato prima dell'introduzione dell'art. 21 *nonies*, ad opera della l. n. 15/2005, aveva ritenuto che l'interesse pubblico all'annullamento di un provvedimento recante un illegittimo esborso di denaro pubblico fosse *in re ipsa*. Corollario di tale impostazione era la tendenza a riconoscere un ruolo depotenziato alla motivazione del provvedimento di annullamento; si riteneva, infatti, che l'Amministrazione, nell'esplicitare le ragioni sottese all'esercizio dell'autotutela, non fosse tenuta a dare conto della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento né a valutare il profilo temporale. Si riconosceva così un'automatica e assoluta prevalenza dell'interesse alla tenuta dei conti pubblici che, tuttavia, era del tutto disancorata da qualsivoglia base normativa¹².

Giova ricordare che il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato successivamente recepito dal legislatore con la legge finanziaria per il 2005, il cui art. 1, comma 136 attribuiva all'Amministrazione il potere di disporre «*sempre*» l'annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche*»¹³. Ulteriore ipotesi di annullamento doveroso è stata ravvisata, in giurisprudenza, nel caso di adozione di provvedimenti amministrativi "anti-comunitari". In forza del principio di primazia del diritto comunitario, si è sostenuta la configurabilità in capo all'Amministrazione di un vero e proprio obbligo di intervenire in autotutela, annullando il provvedimento adottato in violazione del diritto dell'Unione¹⁴. In tal caso, l'annullamento doveroso del provvedimento viziato

¹² G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2018, p. 55.

¹³ Il comma 136 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) è stato introdotto circa due mesi prima della l. n. 15/2005 recante la disciplina generale dell'annullamento d'ufficio. Le due norme, quindi, sembravano risolvere in modo diametralmente opposto la questione relativa alla natura discrezionale o doverosa dell'annullamento in autotutela. Sul punto si veda G. MANFREDI, *op. cit.*, p. 56. La disposizione è stata, infine, abrogata dalla l. n. 124/2015.

¹⁴ Rilevante, in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, è la questione attinente al contrasto tra un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e il diritto "unionale". Come noto, l'Adunanza Plenaria svolge una funzione nomofilattica ai sensi dell'art. 99, comma 3, del d.lgs. n. 104/2010. In relazione alla suddetta disposizione si è posto un problema di coordinamento con l'art. 267 TFUE. In particolare, ci si è chiesti se in caso di contrasto tra norme comunitarie e un principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria, le Sezioni semplici del Consiglio di Stato possano adire direttamente la Corte di Giustizia senza dover previamente rimettere la questione all'Adunanza Plenaria. Quest'ultima si è espressa sul tema nella Sentenza n. 19/2016, ammettendo che la singola Sezione, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, su una questione relativa all'interpretazione o validità del diritto dell'Unione, possa direttamente adire la Corte di Giustizia. Inoltre, nel caso in cui l'interpretazione del diritto dell'Unione sia già stata fornita dalla Corte di

risponderebbe all'interesse pubblico al rispetto del diritto dell'Unione, con conseguente prevalenza dell'interesse della P.A. alla rimozione dell'atto sull'interesse alla conservazione della situazione giuridica prodotta dal provvedimento illegittimo¹⁵. Di segno contrario rispetto alla configurabilità di un vincolo nell'*an* dell'autotutela pubblicistica in siffatte ipotesi sembra essere la posizione assunta dalla Corte di Giustizia. Si fa riferimento alla nota sentenza *Kühne & Heitz* del 13 gennaio 2004¹⁶, in cui la Corte di Lussemburgo ha negato la sussistenza in capo agli organi amministrativi nazionali dell'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva adottata in violazione del

Giustizia e, cionondimeno, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria risulti manifestamente in contrasto con tale interpretazione, viene riconosciuta alla singola Sezione la possibilità di disattendere il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria. Sul punto si rinvia a Cons. St., A.P., 27 luglio 2016, n. 19, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵ S. D'ANCONA, *op. cit.*, p. 135.

¹⁶ C.G.U.E., 13 gennaio 2004, n. 453, proc. C-453/00, in *www.europa.eu*. La questione sottoposta alla Corte di Giustizia riguardava la sussistenza di un obbligo per l'organo amministrativo di applicare le norme del diritto comunitario anche a rapporti giuridici sorti prima dell'intervento della pronuncia della Corte di Giustizia sulla richiesta di interpretazione e anche qualora il rapporto fosse stato già definito con un provvedimento amministrativo divenuto definitivo prima dell'intervento della Corte medesima. Il dibattito in Italia ha goduto di nuova linfa in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia sul caso Lucchini (C.G.U.E., 18 luglio 2007, n. 119, proc. C-119/05, in *www.europa.eu*). La questione sottoposta ai giudici europei riguardava l'individuazione dei principi di diritto comunitario applicabili al provvedimento di ritiro di un atto nazionale con cui erano stati concessi aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario. La peculiarità del caso consisteva nel fatto che gli aiuti statali erano stati concessi in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che aveva acquistato l'autorità di cosa giudicata. Con la sentenza in esame la Corte di Lussemburgo ha affermato il principio di cedevolezza del giudicato sostanziale interno in caso di accertata violazione del diritto comunitario. In dettaglio, la Corte ha rilevato che «*la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario*», giungendo per tale via a concludere nei seguenti termini: «*le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comunque è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva*». La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia poggia sull'evidente ragione che negare la cedevolezza del giudicato in siffatte ipotesi comporterebbe nel particolare settore degli aiuti di Stato un'evidente compromissione della ripartizione di competenze tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. Ne discende che l'annullamento d'ufficio di un provvedimento di concessione di aiuti di Stato, la cui incompatibilità con il mercato comunitario sia stata accertata in sede unionale, ben potrà intervenire anche dopo il passaggio in giudicato di un eventuale provvedimento giurisdizionale nazionale che abbia riconosciuto il diritto all'erogazione. Alla luce di quanto statuito dalla Corte di Lussemburgo, non appare peregrino interrogarsi sulla configurabilità in capo all'Amministrazione di un obbligo di annullamento in autotutela, quantomeno con riferimento alle ipotesi in cui la primazia del diritto comunitario assume una forza tale da ammettere la cedevolezza del giudicato sostanziale interno.

diritto comunitario. A sostegno di tale assunto, i giudici europei hanno evidenziato come il carattere di definitività del provvedimento amministrativo costituisca una forma di attuazione del principio di certezza del diritto, a sua volta riconosciuto tra i principi generali del diritto comunitario.

Infine, l'indagine in esame impone di soffermarsi su una delle ipotesi più rilevanti in cui la giurisprudenza amministrativa ha mostrato di fare applicazione della categoria dell'autotutela doverosa, ossia in materia edilizia.

Come per i provvedimenti recanti un illegittimo esborso pubblico e per i provvedimenti contrari al diritto dell'Unione, allo stesso modo nel caso di annullamento di titoli edilizi la giurisprudenza, anche dopo l'introduzione dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, ha spesso ravvisato un interesse *in re ipsa* alla rimozione dell'atto illegittimo, escludendo la necessità di compiere qualsivoglia valutazione in ordine all'opportunità dell'annullamento sotto il profilo temporale e della tutela del legittimo affidamento dei terzi.

In tal modo, di fatto si elimina una delle due componenti del controllo che l'Amministrazione è chiamata a compiere nell'esercizio del potere di cui all'art. 21 *nonies*, ossia il controllo di opportunità. Il rischio è quello di una riduzione in via pretoria dei presupposti applicativi di un potere che, invece, per espressa previsione normativa si presenta pluri-strutturato, mirando a realizzare una convergenza tra diversi piani valutativi, quali quello della legittimità, del tempo e della tutela del legittimo affidamento.

Non sorprende, allora, che in seno alla stessa giurisprudenza amministrativa si sia registrato un contrasto in tema di motivazione dell'annullamento d'ufficio di titoli edilizi; difatti, come già anticipato con riferimento all'annullamento per motivi finanziari, la configurazione di un interesse *in re ipsa* all'annullamento ha come precipitato una delimitazione dell'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione, potendo la stessa limitarsi a indicare il vizio di legittimità del provvedimento per giustificare l'esercizio dell'autotutela. Tale soluzione di favore per la pubblica amministrazione era stata recentemente avversata da altra parte della giurisprudenza che, ripudiando una ricostruzione dell'annullamento dei titoli edilizi in termini di doverosità dell'autotutela, ha, invece, ricondotto lo stesso alla disciplina generale di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990.

Sulla questione è intervenuta l'Adunanza Plenaria con la decisione del 17 ottobre 2017, n. 8¹⁷, aderendo a tale ultimo indirizzo. Nella pronuncia in questione, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile, anche al caso di annullamento di titoli

¹⁷ Cons. St., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

edilizi in sanatoria, la disciplina di cui all'art. 21 *nonies*, negando la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione di tali provvedimenti; di talché, quantomeno in linea generale, graverà sulla pubblica amministrazione l'onere di motivare in modo esaustivo e puntuale in ordine alla sussistenza di tutti i presupposti che rendono legittimo l'esercizio dell'autotutela¹⁸. A sostegno di tale posizione, il Consiglio di Stato non ha mancato di rilevare come la teorica dell'interesse *in re ipsa* rischi di determinare una pericolosa eterogenesi dei fini; difatti, nel pur condivisibile intento di agevolare l'Amministrazione nella repressione di attività lesive del territorio attraverso il riconoscimento di un obbligo di intervento in autotutela e conseguente alleggerimento dell'onere motivazionale, si finisce per produrre un effetto de-responsabilizzante nell'Amministrazione stessa.

Alla luce di quanto sin qui esposto, possono trarsi alcune considerazioni di massima sulla controversa categoria dell'autotutela doverosa, rendendo così più agevole la comprensione del dibattito sorto in seguito all'introduzione dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti e, successivamente, del meccanismo di cui al comma 1 *ter* dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016.

In primo luogo, gli orientamenti giurisprudenziali che si sono discostati dall'inquadramento in via generale dell'annullamento d'ufficio come potere discrezionale affondano le loro radici nel periodo antecedente all'introduzione di una disciplina generale dell'istituto da parte del legislatore.

In secondo luogo, si tratta di ipotesi in cui la doverosità dell'intervento in autotutela dell'Amministrazione sembra essere imposta dalla rilevanza, e

¹⁸ Sul tema deve evidenziarsi come la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria sia stata dalla stessa ridimensionata, riconoscendo ipotesi in cui l'onere motivazionale richiesto alla pubblica amministrazione può considerarsi attenuato: «*Nelle ipotesi di maggior rilievo, quindi (e laddove venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere – per così dire – "autoevidente"), l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate le quali normalmente possono integrare le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del ius poenitendi. (...) Si osserva inoltre che l'onere motivazionale richiesto all'amministrazione in sede di adozione dell'atto di ritiro risulterà altresì agevolato nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo determinante per l'adozione dell'atto illegittimo. Se infatti è vero in via generale che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contengo del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo. In tal caso l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato*». Sul punto, si veda G. MANFREDI, *op. cit.*, pp. 60 e ss.

conseguente assoluta preminenza, riconosciuta agli interessi pubblici lesi dal provvedimento illegittimo, quali l'interesse pubblico economico, la primazia del diritto comunitario e l'interesse alla tutela del territorio.

In altra prospettiva, il riconoscimento di un interesse, *in re ipsa*, alla rimozione incide sulla perimetrazione dell'obbligo motivazionale gravante sulla pubblica amministrazione; l'esigenza di agevolare l'Amministrazione nell'esercizio doveroso dell'autotutela porta a far discendere dall'obbligo di annullamento d'ufficio un'attenuazione dell'onere motivazionale gravante sulla P.A.. D'altronde, se la pubblica amministrazione, a fronte di un provvedimento viziato è tenuta *sic et simpliciter* ad annullarlo, l'obbligo motivazionale non potrà che ritenersi compiutamente assolto con l'esternazione delle ragioni attinenti al solo profilo della legittimità.

Deve, infine, evidenziarsi come si sia registrato negli ultimi anni un approccio tendenzialmente ostile al riconoscimento di ipotesi di autotutela doverosa anche, e soprattutto, a fronte della previsione normativa di un modello generale di annullamento d'ufficio, quale quello dell'art. 21 *nonies*, caratterizzato da un'accentuata discrezionalità del potere.

La valorizzazione della portata generale dell'art. 21 *nonies*, e della conseguente inammissibilità di ipotesi implicite di annullamento doveroso, è stata da ultimo ribadita dall'Adunanza Plenaria, nella decisione poc'anzi ricordata, ad avviso della quale: « (...) è necessario riconoscere che il legislatore (pur consapevole della gravità e diffusività del fenomeno dell'abusivismo edilizio e della frequente inadeguatezza delle risorse messe in campo dalle amministrazioni locali per fronteggiarlo) non ha a tutt'oggi approntato una speciale disciplina in tema di presupposti e condizioni per l'adozione dell'annullamento ex officio di titoli edilizi, in tal modo giustificando un orientamento volto a riconoscere anche in tali ipotesi la generale valenza dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990.»¹⁹.

4. Dalle raccomandazioni vincolanti alla legittimazione processuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

¹⁹ In tal senso, cfr. anche N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.Federalismi.it*, 20, 2017, p. 27. Ad avviso dell'Autore «L'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017, nella parte in cui specifica che il legislatore non ha, per ora, approntato una disciplina specifica per l'adozione dell'annullamento d'ufficio di titoli edilizi» pare «abbia anch'essa deposto a favore dell'astratta possibilità, per il legislatore, di intervenire ex ante per prevedere casi in cui si possa a priori derogare alle regole di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990».

Nella versione originaria del nuovo Codice dei contratti pubblici l'art. 211, comma 2²⁰ attribuiva all'Autorità Nazionale Anticorruzione il potere di raccomandazione vincolante nei confronti delle stazioni appaltanti. In particolare, la disposizione in esame riconosceva all'A.N.A.C. un potere di invito volto a stimolare l'esercizio dell'autotutela da parte della stazione appaltante, presieduto da una sanzione amministrativa pecuniaria e dalla previsione della sua incidenza sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

Il Consiglio di Stato aveva evidenziato, sin dal parere n. 855/2016 sullo schema di Codice, le criticità dell'istituto. Ad avviso del massimo consesso della giustizia amministrativa, si poneva un problema di compatibilità sia con il sistema delle autonomie sia con la presunzione di legittimità degli atti amministrativi creando una sorta di responsabilità da atto legittimo.

Le stesse perplessità furono ribadite nel parere n. 2777/2016 sul regolamento di vigilanza dell'A.N.A.C. In tale sede, peraltro, la Commissione Speciale non ha mancato di evidenziare ulteriori profili problematici. In primo luogo, si rilevava come il potere di raccomandazione vincolante attribuito con il d.lgs. n. 50/2016 non trovasse alcun fondamento nella legge-delega; difatti, l'art. 1, comma 1, lett. t), della l. n. 11/2016 non poteva legittimamente essere invocato a tal fine. La suddetta disposizione nel fare riferimento al potere di raccomandazione non sembrava aver concepito il potere di raccomandazione come «*una forma, anche indiretta, di annullamento d'ufficio*» né pareva aver consentito di introdurre «*una nuova fattispecie di autotutela doverosa*»²¹.

Alla luce delle molteplici criticità riscontrate, il Consiglio di Stato, senza giungere a prospettare la radicale abrogazione dell'istituto, aveva suggerito piuttosto la sostituzione del potere di raccomandazione vincolante dell'A.N.A.C. con un meccanismo che riproducesse il modello di cui all'art. 21 *bis* della l. n. 297/1990. È d'uopo ricordare che alcune perplessità erano sorte anche con riferimento al suddetto istituto tanto da indurre la Regione Veneto a sollevare questione di

²⁰ Il comma 2 dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che «*Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo*».

²¹ Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777.

legittimità costituzionale in via principale per violazione degli artt. 3, 97, 113, 117 e 118 Cost. nonché della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 e del principio di leale collaborazione. La Corte Costituzionale aveva, però, dichiarato inammissibile la questione, evidenziando come la disposizione censurata non avesse affatto introdotto un nuovo e generalizzato controllo di legittimità analogo al previgente art. 125, comma 1, Cost.²², quanto piuttosto un potere di iniziativa dell'A.G.C.M. composto da due distinte fasi di cui la seconda meramente eventuale. La prima fase ha carattere consultivo e si compie con il parere motivato reso dall'Autorità circa le violazioni riscontrate; la seconda fase ha carattere impugnatorio e si attiva solo in caso di mancato adeguamento al parere da parte della pubblica amministrazione.

Con il correttivo al Codice il legislatore ha preferito optare per l'abrogazione *tout court* dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti. Successivamente, l'art. 52 *ter* del d. l. n. 50/2017 ha sostituito la disposizione abrogata con i commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 211, mostrando di aderire al suggerimento in precedenza espresso dal Consiglio di Stato, attraverso l'introduzione della legittimazione processuale dell'A.N.A.C..

In merito al fondamento della legittimazione al ricorso dell'Autorità sono sorti i medesimi dubbi che avevano accompagnato l'introduzione dell'art. 21 *bis* della l. n. 287/1990. A riguardo, si era sostenuto che la norma introducesse una legittimazione speciale al ricorso in quanto ammessa a favore di un soggetto

²² Sul punto la Corte Costituzionale aveva ritenuto che fosse «*inesatto parlare di "nuovo e generalizzato controllo di legittimità", là dove la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi "che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato" (norma censurata, comma 1)*» (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, in www.cortecostituzionale.it). La posizione assunta dalla Corte Costituzionale non ha mancato di suscitare perplessità. Sul punto si rinvia a M. MIDIRI, *Le Regioni, la Corte e l'Antitrust*, 4, 2014, p. 11, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it. L'Autore evidenzia che «*la Corte avrebbe potuto considerare - ma parte ricorrente non ha richiamato su questo la sua attenzione - l'obbligo di conformazione che segue al parere espresso dall'Agcm nella fase precontenziosa e che riguarda tutti gli atti amministrativi adottati dall'amministrazione: non soltanto provvedimenti, ma anche atti amministrativi generali e regolamenti. Essendo obbligata a conformarsi al parere dell'Autorità, l'amministrazione non ha spazio per apprezzamenti di natura discrezionale secondo i parametri tradizionali dell'autotutela: lo ricorda recente giurisprudenza. Questo argomento avrebbe potuto sorreggere l'ammissibilità del ricorso regionale alla luce della dottrina del vulnus potenziale, evidenziando l'obbligo conformativo delineato dalla norma e quanto ne consegue, con specifico riguardo all'impugnativa di atti amministrativi generali e regolamenti - non si dimentichi l'effetto erga omnes dell'annullamento dei regolamenti - e all'incidenza di tutto ciò sull'autonomia amministrativa regionale*».

privo di una posizione giuridicamente qualificata e differenziata. In tal modo, sembrava essere stata ammessa una forma di giurisdizione di diritto oggettivo²³. Secondo altro orientamento, invece, la legittimazione al ricorso dell'A.G.C.M., lungi dal configurarsi come un potere di azione a garanzia di un interesse generale al rispetto della legge, costituiva un potere riconosciuto a tutela di un interesse particolare e differenziato dell'autorità, ossia l'interesse al rispetto della concorrenza. Diversi sono stati i percorsi interpretativi seguiti per giungere a tale soluzione. Da un lato, si è invocato il modello comunitario della procedura di infrazione, prospettando la possibilità di un parallelismo tra legittimazione della Commissione UE a proporre ricorso contro le violazioni degli obblighi comunitari da parte dei singoli Stati e legittimazione delle autorità pubbliche nazionali preposte alla tutela di specifici interessi pubblici in caso di violazioni della disciplina che presidia i relativi settori di competenza. Secondo altro orientamento, la legittimazione al ricorso dell'A.G.C.M. sarebbe comunque riconducibile nell'ambito della giurisdizione di diritto soggettivo se si considera che la concorrenza è un bene della vita protetto e garantito dall'ordinamento che viene soggettivizzato in capo all'Autorità dallo stesso legislatore²⁴. Deve darsi atto che l'estensione di tale ricostruzione alla legittimazione a ricorrere dell'A.N.A.C. non ha mancato di suscitare alcuni dubbi. Sul punto si è evidenziato come nel settore dei contratti pubblici sia difficile immaginare l'esistenza di interessi totalmente adespoti e, quindi, soggettivizzati dal legislatore attraverso le nuove previsioni contenute nell'art. 211. Tale considerazione rende evidente il rischio che la legittimazione attribuita all'A.N.A.C. celi in realtà un fenomeno di sostituzione processuale piuttosto che un meccanismo di personificazione di interessi non differenziati²⁵.

²³ Con riferimento all'istituto introdotto nell'art. 211, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, in dottrina è stato sostenuto da O. M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2018, p. 9. che «*la sede contenziosa, deputata alla tutela – di tipo soggettivo – della posizione giuridica soggettiva incisa da provvedimento, in quanto istituzionalmente inadatta a risolvere il conflitto tra due soggetti pubblici per la tutela – di tipo oggettivo – dell'interesse pubblico, diviene nell'impianto normativo in esame extrema ratio. Lo scopo dell'istituto è assicurare la legittimità dell'azione amministrativa anche a prescindere da una iniziativa impugnatoria di soggetti privati, o di un'autotutela "spontanea" della stazione appaltante*»

²⁴ Per una disamina approfondita dei diversi orientamenti sul fondamento della legittimazione ad agire dell'A.G.C.M. si rinvia a R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.Federalismi.it*, 10, 2012, pp. 2 e ss.; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, pp. 10 e ss., in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁵ L'osservazione è di M. LIPARI, *op. cit.*, p. 13.

La disamina delle novità introdotte dall'art. 52 *ter* del d. l. n. 50/2017 non può prescindere dalla definizione del rapporto intercorrente tra il comma 1 *bis* e il comma 1 *ter* dell'art. 211. Nel comma 1 *ter* è presente rispetto al comma 1 *bis* un *quid pluris*, ossia il requisito delle gravi violazioni, ma al contempo manca un elenco dei provvedimenti che possono formare oggetto del parere dell'A.N.A.C. che, invece, è contenuto nel comma 1 *bis*.

Quanto al rapporto tra le due disposizioni, si potrebbe sostenere una loro lettura integrata tale per cui la legittimazione dell'A.N.A.C. ai sensi del comma 1 *ter* dovrebbe riconoscersi solo in relazione ai provvedimenti specificamente indicati nel comma 1 *bis*.

Secondo altro orientamento, il rapporto tra i commi 1 *bis* e 1 *ter* dovrebbe essere ricostruito in termini di autonomia. A sostegno di tale soluzione, milita certamente la previsione di presupposti applicativi differenti nonché il riferimento che il successivo comma 1 *quater* dell'art. 211 compie ai «*poteri*» dell'A.N.A.C., mostrando di considerarli come poteri distinti. Ne discenderebbe una duplice legittimazione dell'Autorità, potendo la stessa agire in giudizio sia in via immediata e diretta ai sensi dell'art. 211, comma 1 *bis*, sia in via mediata e indiretta *ex art.* 211, comma 1 *ter*²⁶.

Da ultimo, occorre delimitare l'ambito applicativo della nuova disciplina introdotta nell'art. 211 con riferimento alla fase in cui l'Autorità è abilitata a

²⁶ R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 50/2016*, Bologna, 2017, p. 2321. Giova evidenziare che il tema dell'interazione tra comma 1 *bis* e comma 1 *ter* è stato posto all'attenzione del Consiglio di Stato nel parere reso sullo Schema di regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità di cui all'art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter*. In tale occasione i Giudici di Palazzo Spada hanno condiviso una lettura autonomista delle suddette disposizioni sia per il modo in cui si esercitano i poteri ivi previsti, diretto e immediato in un caso e indiretto e mediato in un altro, sia per i presupposti richiesti per la loro attivazione. In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato si deve ritenere che «*il legislatore nella prima ipotesi (comma 1 – bis) abbia inteso configurare una situazione di maggior pericolo per l'interesse pubblico, stante il rilevante impatto – qualitativo e/o quantitativo - dei contratti cui si ricollegano le violazioni in materia di contratti pubblici, tali da giustificare una legittimazione ad agire in giudizio indipendentemente da un previo parere motivato, laddove nella seconda ipotesi (comma 1 – ter) abbia ritenuto che le violazioni del Codice, pur gravi, potessero essere adeguatamente salvaguardate dallo stesso potere di autotutela della stazione appaltante, sollecitato dall'Autorità mediante il parere motivato, e solo all'esito dell'infertilità della sollecitazione direttamente dall'Autorità. In tal senso non vi è d'altra parte alcun elemento, né letterale, né sistematico, per ammettere che le espressioni usate dal legislatore nel comma 1 – bis, laddove fa riferimento a violazione di "norme in materia di contratti", e nel comma 1 – ter, laddove si riferisce a gravi violazioni "del presente codice", siano quanto al loro effettivo contenuto identiche; né, sotto altro profilo, ed al fine di ritenere che il potere di agire attribuito all'Autorità sia unico (e coincidente con quello del comma 1 – ter), può ritenersi decisivo il fatto che l'omologo potere accordato dall'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990 sia unico e preveda sempre il previo parere motivato» (Cons. St., comm. spec., 26 aprile 2018, n. 1119, in www.giustizia-amministrativa.it).*

esercitare il proprio potere d'azione diretto o indiretto. Deve escludersi che la legittimazione a ricorrere dell'A.N.A.C. possa essere esercitata per far valere violazioni emerse durante la fase esecutiva del rapporto. Il dato letterale appare chiaro in tal senso in quanto il legislatore, sia al comma 1 *bis* che al comma 1 *ter*, fa riferimento ai "provvedimenti", implicitamente sottolineando il carattere autoritativo che devono avere gli atti oggetto di impugnazione da parte dell'A.N.A.C. Inoltre, sotto il profilo processuale, il ricorso da parte dell'A.N.A.C. è proponibile al giudice amministrativo e, dunque, non può che avere ad oggetto atti di natura autoritativa²⁷. D'altronde, il d.lgs. n. 50/2016 prevede specifici rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale in relazione alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, quali l'accordo bonario, la transazione e l'arbitrato. In definitiva, l'art. 52 *ter* del d. l. n. 50/2017 ha introdotto un modello di vigilanza collaborativa che può essere ricondotto sia all'attività di vigilanza sia ai mezzi deflattivi del contenzioso.

Sotto il primo profilo, il parere motivato di cui al comma 1 *ter* dell'art. 211 ha la funzione di sollecitare la stazione appaltante a rivedere quanto statuito. Quanto al secondo aspetto, la disciplina così introdotta mira a configurare il ricorso al giudice amministrativo come *extrema ratio*²⁸. Il legislatore ha, infatti, subordinato la legittimazione a ricorrere dell'A.N.A.C. alla mancata conformazione da parte della stazione appaltante al parere motivato di cui al comma 1 *ter*. L'instaurazione di un contenzioso è, quindi, solo eventuale e subordinata al previo confronto tra le pubbliche amministrazioni volto a stimolare un adeguamento spontaneo da parte della stazione appaltante.

5. Il parere motivato dell'A.N.A.C. e l'attività successiva della stazione appaltante: una nuova ipotesi di autotutela doverosa?

Il problema che si pone con riferimento al meccanismo introdotto nell'art. 211 dal d. l. n. 50/2017 è se, a seguito del parere motivato reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, la stazione appaltante sia tenuta a esercitare un potere di autotutela doverosa, *sub specie* di annullamento d'ufficio, o, viceversa, se l'annullamento in autotutela debba essere ricondotto alla disciplina generale contenuta nell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. In dettaglio, si tratta di stabilire se la stazione appaltante sia obbligata non solo, e non tanto, ad attivare il procedimento di secondo grado ma anche, e soprattutto, se oltre al vincolo nell'*an*, sussista un vincolo nel *quid*, ossia se la P.A. debba annullare d'ufficio il

²⁷ In tal senso M. LIPARI, *op. cit.*, p. 17; R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 2321.

²⁸ Cons. St., sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, in www.giustizia-amministrativa.it.

precedente provvedimento e se nel farlo debba limitarsi a richiamare i profili di illegittimità riscontrati dall'Autorità²⁹.

La questione non riveste un valore meramente teorico ma ha importanti ripercussioni sul piano pratico. In particolare, si tratta di stabilire se vi sia una coincidenza tra gli elementi oggetto di valutazione da parte dell'A.N.A.C. e quelli che devono essere considerati dalla stazione appaltante nella fase successiva di adeguamento al parere.

Preliminarmente, si devono individuare quali siano i profili che l'Autorità è chiamata a valutare ai sensi dell'art. 211, comma 1 *ter*. Dalla lettura della norma sembrerebbe potersi affermare che la valutazione sia circoscritta alla legittimità del provvedimento, dovendo l'Autorità accertare se la stazione appaltante abbia adottato «*un provvedimento viziato da gravi violazioni*» del Codice dei contratti pubblici. Il legislatore, dunque, sembra aver escluso l'estensione del sindacato dell'A.N.A.C. all'opportunità del ritiro del provvedimento. Senonché, la norma suscita alcuni dubbi in merito ai vizi che possono fondare un parere negativo dell'Autorità. *Prima facie*, il riferimento alle sole violazioni gravi del Codice indurrebbe a concludere nel senso dell'inammissibilità delle censure di eccesso di potere e di incompetenza. Tuttavia, è stato evidenziato come nel settore dei contratti pubblici siano proprio i suddetti vizi di legittimità a rivestire maggiore rilevanza. Di conseguenza, escludere che l'invito all'esercizio dell'autotutela possa fondarsi anche su vizi diversi dalla violazione di legge, comporterebbe in concreto il rischio di una forte limitazione dell'operatività dell'istituto³⁰.

Appare più problematico determinare quale sia l'estensione della valutazione rimessa alla stazione appaltante nell'esercizio dell'autotutela conseguente a un parere negativo dell'A.N.A.C. sulla legittimità del provvedimento. In breve, si tratta di stabilire se nella dialettica tra Autorità e stazione appaltante residui spazio per la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla legittimità del

²⁹ Sulla distinzione tra vincolo nell'*an* e vincolo nel *quid* si rinvia a N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 5. L'Autore sottolinea la necessità di operare un'ulteriore distinzione tra discrezionalità nell'*an* e discrezionalità nel *quid* del provvedimento, precisando che tra le due non sussiste una corrispondenza biunivoca; se, infatti, al dovere di provvedere in un determinato modo corrisponde preliminarmente e necessariamente un obbligo di attivare un certo procedimento, non è sempre vero il contrario.

³⁰ M. LIPARI, *op. cit.*, pp. 20 e ss. L'Autore conclude ritenendo preferibile che «*il potere di azione dell'ANAC non sia limitato alla "violazione di legge" in senso stretto*» evidenziando, però, come sotto altro profilo resti da verificare «*se tali illegittimità possano effettivamente superare la soglia della gravità*».

provvedimento, ossia quelli che tipicamente l'Amministrazione è tenuta a considerare in sede di annullamento d'ufficio³¹.

A riguardo, una prima soluzione è quella di ritenere che la stazione appaltante sia tenuta ad adeguarsi al parere motivato, annullando il provvedimento sulla base della sola illegittimità dello stesso. Come più volte ribadito nel corso della disamina della disciplina generale dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies*, l'illegittimità del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione non è l'unico presupposto per l'esercizio di tale potere. L'illegittimità costituisce l'elemento che indefettibilmente deve sussistere affinché l'Amministrazione possa legittimamente annullare il provvedimento in precedenza adottato. Tuttavia, il legislatore ha espressamente subordinato l'esercizio del potere di cui all'art. 21 *nonies* alla valutazione di altri presupposti elastici, quali il termine (rigido o flessibile) e la tutela dell'affidamento dei destinatari del provvedimento e dei controinteressati. Si tratta di elementi che consentono di qualificare l'annullamento d'ufficio come un potere discrezionale in quanto la pubblica amministrazione non è tenuta necessariamente ad annullare il provvedimento per il solo fatto che lo stesso risulti viziato.

È evidente, quindi, come individuare in capo alla stazione appaltante un obbligo di annullamento in autotutela del provvedimento sulla base del mero controllo di legittimità compiuto a monte dall'A.N.A.C., significherebbe riconoscere portata derogatoria al comma 1 *ter* dell'art. 211 rispetto alla disciplina generale dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies*.

Il ritiro dell'atto da parte della stazione appaltante a fronte di un parere negativo dell'A.N.A.C. dovrebbe, quindi, essere qualificato come un'ipotesi di autotutela doverosa. Peraltro, tale approccio esegetico sembrerebbe condurre a un sostanziale svuotamento del potere della stazione appaltante, la quale sarebbe chiamata unicamente a esternare gli esiti del controllo compiuto a monte dall'Autorità. Senonché, non può ignorarsi che a sostegno della tesi che vede nell'art. 211, comma 1 *ter* l'introduzione di un'ipotesi di autotutela doverosa militano alcune considerazioni soprattutto di carattere letterale. *In primis*, la suddetta disposizione fa esplicito riferimento alla "conformazione" da parte della stazione appaltante, implicitamente richiamando l'idea dell'adempimento di un

³¹ La questione si presta a differenti soluzioni in quanto se, da un lato, sembra potersi affermare che con ogni probabilità «l'ANAC si limiterà a valutare l'illegittimità dell'atto, mentre non può valutare la sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, che sembra restare riservata alla stazione appaltante in sede di valutazione se conformarsi o meno al parere», dall'altro «è da chiarire se in tale procedimento possa trovare ingresso siffatta valutazione». Così osserva R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 2322.

obbligo. In secondo luogo, la sequenza procedimentale descritta dal comma 1 *ter* (parere motivato/autotutela) appare pienamente sovrapponibile a quella di cui all'abrogato comma 2 (raccomandazione vincolante/autotutela). Ne discenderebbe che all'attività esercitata dalla stazione appaltante dopo l'emanazione del parere dovrebbe riconoscersi la medesima natura di quella successiva alle raccomandazioni vincolanti.

Infine, la previsione di un termine assegnato dall'Autorità per l'adeguamento da parte della stazione appaltante confermerebbe la sussistenza di un vero e proprio obbligo sottoposto a un termine finale³².

Secondo diversa opzione ermeneutica, l'autotutela che la stazione appaltante è chiamata a esercitare a seguito del parere motivato dell'A.N.A.C. dovrebbe essere ricondotta al modello generale delineato dalla legge sul procedimento amministrativo. Ne discende che, pure a fronte dei vizi di legittimità evidenziati nel parere motivato, l'annullamento d'ufficio potrà essere disposto solo dopo che sia stata compiuta un'attenta valutazione dei presupposti elastici indicati nell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. La stazione appaltante, quindi, potrà decidere di non annullare il provvedimento viziato qualora rilevi la mancanza di un concreto e attuale interesse al ritiro dell'atto e/o reputi prevalente l'interesse alla stabilità della situazione giuridica con lo stesso determinata.

A sostegno di tale seconda opzione ermeneutica, milita quanto previsto dall'art. 1 della l. n. 11/2016 circa il c.d. divieto di *gold plating*, individuato tra i criteri e i principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche. Si tratta del divieto di introdurre o di mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti

³² A conferma del carattere doveroso del potere esercitato dalla stazione appaltante dopo l'adozione del parere motivato si è evidenziato come, a differenza dell'abrogato comma 2, nella nuova disciplina introdotta con il d. l. n. 50/2017 sia stato soppresso qualsiasi riferimento all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990: «*il che induce a ritenere che la determinazione dell'Amministrazione dovrebbe configurarsi come meramente riproduttiva del parere dell'ANAC e, come tale, impugnabile essenzialmente per vizi di illegittimità derivata. Si tratterebbe, quindi, di una forma di autotutela "doverosa", ma non riconducibile, in toto, alla disciplina generale dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990*», questo il pensiero di C. BENETAZZO, *I nuovi poteri 'regolatori' e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi*, 5, 2018, p. 61. Si confronti con quello di M. LIPARI, *op. cit.*, p. 41. L'Autore, dopo aver dato atto dei principali argomenti a sostegno della qualificazione del potere di annullamento della stazione appaltante come doveroso, rileva che «*nessuna norma indica con chiarezza la sussistenza di un obbligo in tal senso. (...) Sembra allora preferibile la tesi secondo cui la stazione appaltante, se intende conformarsi al parere, perché concorda con la valutazione giuridica espressa dall'ANAC in ordine all'accertamento della violazione debba pur sempre esercitare il potere discrezionale riguardante tale procedimento, con riferimento alla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti (a cominciare, ovviamente, da quello espresso dall'Autorità procedente)*».

dalle direttive. Tale previsione deve essere coordinata con la configurazione della risoluzione per gravi violazioni come facoltativa da parte delle direttive europee, implicitamente richiedendo che la stessa consegua a valutazioni non solo di legittimità ma anche di opportunità³³, secondo lo schema proprio dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* e non dell'autotutela doverosa. La dottrina più attenta, infatti, non ha mancato di notare come le ipotesi di risoluzione facoltativa previste dall'art. 108, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 in recepimento delle direttive comunitarie, in concreto configurino casi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione a carattere discrezionale³⁴. Se, dunque, in base alle direttive comunitarie la risoluzione per gravi violazioni (*rectius* annullamento d'ufficio) è qualificata come facoltativa, anche l'autotutela esercitata a seguito dell'attivazione del meccanismo previsto dal comma 1 *ter* per «*gravi violazioni*» deve avere il medesimo carattere discrezionale in ossequio al divieto di *gold plating*.

In secondo luogo, l'operatività del modello di autotutela discrezionale di cui all'art. 21 *nonies* sembra essere la soluzione più aderente all'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 8/2017, in tema di annullamento d'ufficio di titoli edilizi. Si è detto come in tale sede il Consiglio di Stato abbia ricondotto l'annullamento in autotutela del permesso di costruire in sanatoria nell'alveo dell'art. 21 *nonies*, negando la configurabilità di un'ipotesi di autotutela doverosa, e in linea generale sembra aver ammesso che forme di autotutela doverosa nel nostro ordinamento possano trovare ingresso solo attraverso un'espressa previsione legislativa. Sul punto giova rilevare che il legislatore, quando ha ritenuto necessario derogare all'art. 21 *nonies*, lo ha fatto espressamente come emerge dagli artt. 108 e 176 del d.lgs. n. 50/2016. È evidente, invece, come nell'art. 211, comma 1 *ter* non vi sia traccia di una deroga espressa al modello generale di annullamento in autotutela delineato nella legge sul procedimento amministrativo. Si rende necessario, allora, operare un coordinamento tra l'art. 211, comma 1 *ter* da un lato e gli artt. 108 e 176 dall'altro. Qualora, infatti, le gravi violazioni siano quelle individuate dal legislatore negli artt. 108 e 176, l'autotutela esercitata dalla stazione appaltante

³³ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 2323.

³⁴ N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 30. Sul punto si rilevi che il comma 1 *bis* dell'art. 108 prevede che «*Nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241*». In tal modo il legislatore ha implicitamente ammesso l'applicabilità della norma in via generale con la sola eccezione del limite temporale.

non sarà vincolata al rispetto del termine rigido o elastico³⁵ di cui all'art. 21 *nonies*.

A sostegno della riconducibilità del potere esercitato dalla stazione appaltante a seguito del parere motivato al paradigma dell'art. 21 *nonies*, deve evidenziarsi come, diversamente opinando, si incorrerebbe nelle medesime criticità che hanno portato all'abrogazione dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti. Proprio con riferimento al secondo comma dell'art. 211, il Consiglio di Stato nel parere n. 2777/2016 aveva rilevato che il meccanismo bifasico in cui si sostanzialmente costituiva l'istituto costituiva un'evidente forma di autotutela doverosa. Pertanto, al fine di assicurarne la compatibilità con l'ordinamento giuridico, si rendeva necessaria una lettura coordinata con l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 che, invece, configura l'annullamento d'ufficio come un potere altamente discrezionale³⁶. Né potrebbe sostenersi il venir meno di tale carattere dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* a seguito del d. l. n. 133/2014 che ha introdotto nella suddetta disposizione la clausola secondo cui «*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione o al mancato annullamento dell'atto illegittimo*». Se è vero che la configurabilità di una responsabilità è solitamente connessa alla violazione di un obbligo, appare azzardato sostenere che con tale previsione il legislatore abbia voluto riconoscere la «*generale doverosità dell'annullamento d'ufficio*» in assenza di un intervento espresso sugli elementi discrezionali contemplati dalla norma³⁷.

³⁵ Al di fuori di questi casi, l'annullamento d'ufficio potrà essere disposto solo considerando anche il presupposto temporale. In tale ipotesi emerge l'ulteriore questione se gli atti delle procedure di evidenza pubblica siano qualificabili o meno come atti attributivi. Ovviamente, solo in caso affermativo sarà applicabile il termine rigido di diciotto mesi introdotto con la l. n. 124/2015.

³⁶ Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777: «*la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell'esercizio di un'autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell'art. 21-nonies della l. 242 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso*». Sempre ad avviso del Collegio, «*il riferimento dell'art. 211, comma 2, al modello della "autotutela" deve tener conto del fatto che si tratta di un caso particolare di "autotutela doverosa" in cui, pur restando la stazione appaltante la titolare del potere formale di rimozione dell'atto, l'annullamento di questo discende da un ordine vincolante di un altro soggetto (l'ANAC). (...) Ci si trova di fronte, insomma, ad una fattispecie a formazione progressiva, in cui vi è una separazione tra un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara attribuito all'ANAC e la formale titolarità della rimozione di tali atti in capo alla stazione appaltante. Alla stregua di tale meccanismo "bifasico", la raccomandazione vincolante si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti*».

³⁷ Per una puntuale disamina della questione relativa alla presunta generalizzazione della doverosità dell'annullamento d'ufficio a seguito del d. l. n. 133/2014 si veda, ancora, N. POSTERARO, *op. cit.*, pp. 16 e ss.

Alla luce dei problemi sollevati dalle raccomandazioni vincolanti quanto all'introduzione di una forma di autotutela doverosa, sembra preferibile escludere una ricostruzione in termini di doverosità dell'annullamento d'ufficio conseguente all'emissione del parere motivato *ex art. 211, comma 1 ter.* Peraltro, la fisionomia dei due istituti appare completamente diversa. La raccomandazione vincolante era un autentico provvedimento autoritativo a fronte del quale sorgeva un obbligo di adeguamento in capo alla stazione appaltante; tant'è che all'inosservanza di tale obbligo conseguiva una sanzione amministrativa per il dirigente responsabile e una ricaduta negativa sul sistema di qualificazione della stazione appaltante³⁸. Il suddetto sistema punitivo non è stato riproposto nel comma 1 *ter* dell'art. 211 che, al contrario, ha introdotto una disciplina differente sul piano sia sostanziale che processuale. Quanto al profilo sostanziale, a fronte di un provvedimento illegittimo adottato da una stazione appaltante, l'A.N.A.C. non emana un provvedimento autoritativo bensì un parere motivato «*privo di natura provvedimentoale*» che costituisce «*un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante*»³⁹. Pertanto, in caso di mancato adeguamento da parte di quest'ultima, l'unico effetto previsto dalla legge è la facoltà dell'Autorità di proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

Sul versante processuale, si assiste a un ribaltamento della posizione dell'A.N.A.C.; difatti, quest'ultima non è più il soggetto che si "difende" nell'eventuale processo instaurato dalla stazione appaltante (o dai terzi cointeressati) avverso la raccomandazione vincolante, bensì è il soggetto che "attacca" i provvedimenti illegittimi delle stazioni appaltanti⁴⁰.

³⁸ In dottrina – per tutti, si v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. 2, 2017, p. 436 - è stata evidenziata la natura ibrida dell'istituto delle raccomandazioni vincolanti in considerazione del fatto che «*per un verso si utilizza l'espressione raccomandazione, che evoca una funzione di mediazione non decisoria nonché un tratto ascrivibile alla c.d. moral suasion, ma per altro verso si scrive poi che il parere è vincolante. Ed ancora, per un verso si affida alla stazione appaltante l'esercizio di una funzione di autotutela, che dovrebbe implicare un alto grado di discrezionalità, ma per altro verso si configura addirittura come illecito amministrativo il comportamento del responsabile presso l'amministrazione aggiudicatrice che non abbia dato attuazione alla raccomandazione.*»

³⁹ Cons. St., comm. spec., 26 aprile 2018, n. 1119.

⁴⁰ F. CARINGELLA, *op cit.*, pp. 1679 e ss.

È evidente, dunque, come il meccanismo introdotto con il comma 1 *ter* dell'art. 211 attribuisca all'A.N.A.C. un potere di azione in giudizio e non un potere di ordine nei confronti della stazione appaltante⁴¹.

In definitiva, le peculiarità strutturali del nuovo istituto e le ragioni che hanno portato alla sua introduzione, in luogo delle raccomandazioni vincolanti di cui all'abrogato comma 2, offrono validi argomenti per dubitare della correttezza di una sua qualificazione in termini di autotutela doverosa.

6. Corollari: oggetto della valutazione della stazione appaltante, estensione della cognizione del giudice amministrativo e tutela dei terzi.

L'individuazione della natura giuridica del potere esercitato dalla stazione appaltante a seguito del parere motivato dell'A.N.A.C. non ha una rilevanza solo teorica. Al contrario, l'adesione all'uno o all'altro degli indirizzi sopra riportati incide sulla soluzione di importanti questioni applicative.

Sotto un primo profilo, la configurazione dell'autotutela esercitata dalla stazione appaltante in termini di doverosità o discrezionalità condiziona irrimediabilmente il contenuto del provvedimento di conformazione o dell'atto – tacito o espresso – di mancato adeguamento; difatti, nel caso in cui la stazione appaltante decida di non adeguarsi al parere dell'A.N.A.C., potrà trasmettere all'Autorità le proprie controdeduzioni, indicando le ragioni che rendono opportuno non esercitare l'autotutela decisoria così da convincere l'A.N.A.C. a non ricorrere al giudice amministrativo. In tal caso vi sarà un provvedimento espresso di rifiuto di autotutela, diversamente motivato a seconda della natura riconosciuta al potere in esame. Alternativamente, la stazione appaltante potrà attendere l'impugnazione da parte dell'Autorità ed esporre in sede processuale le ragioni del mancato adeguamento. Lasciando decorrere infruttuosamente il termine per la conformazione al parere negativo dell'A.N.A.C., si formerebbe un rifiuto tacito di autotutela le cui ragioni, estese o meno all'opportunità dell'annullamento, dovranno essere esposte dalla stazione appaltante in sede processuale⁴².

⁴¹ La diversa natura giuridica del parere motivato rispetto alle raccomandazioni vincolanti è stata tratteggiata in modo puntuale da M. LIPARI, *op. cit.*, p. 39: «La formula prescelta dal legislatore (parere motivato) intende sottolineare che l'atto ha la struttura di un mero giudizio: una determinazione preparatoria, priva di effetti costitutivi od obbligatori. Secondo una possibile interpretazione, quindi, il parere si dovrebbe limitare ad indicare all'amministrazione l'oggettiva sussistenza delle violazioni riscontrate, e la possibile successiva iniziativa processuale dell'Autorità.».

⁴² Potrebbe sostenersi anche la possibilità di impugnare direttamente il parere dell'A.N.A.C. La questione è già stata sollevata con riferimento all'analogo istituto introdotto con l'art. 21 *bis* della

Qualora si ritenesse applicabile l'art. 21 *nonies* anche all'autotutela esercitata a seguito del parere motivato, si dovrebbe ammettere la possibilità per la stazione appaltante di non annullare il provvedimento viziato in considerazione del tempo trascorso, dell'affidamento ingenerato dal provvedimento medesimo nei terzi e della insussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ritiro dell'atto. Peraltro, il problema si pone in termini in parte analoghi nell'ipotesi in cui la stazione appaltante decida di conformarsi attraverso l'attivazione del procedimento di annullamento in autotutela, dovendosi stabilire se la stessa sia tenuta a seguire la disciplina di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. In caso affermativo, infatti, potrà ammettersi il legittimo esercizio dell'autotutela decisoria non solo sulla base delle violazioni riscontrate dall'Autorità ma anche valorizzando gli ulteriori elementi a cui l'art. 21 *nonies* ancora l'esercizio del potere in questione. In questo caso non si pone un problema di coincidenza o meno tra il perimetro valutativo dell'Autorità e quello della stazione appaltante al fine di giustificare il mancato adeguamento di quest'ultima. Nell'ipotesi considerata, infatti, la stazione appaltante si conforma al parere reso dall'A.N.A.C., seppur attraverso una valutazione più ampia. La questione assume rilevanza in quanto, ammettendosi la riconducibilità del potere esercitato dalla

Legge Antitrust. A riguardo si è esclusa l'autonoma impugnabilità del parere reso dall'A.G.C.M., sia da parte di terzi che da parte dell'Amministrazione, in quanto atto non immediatamente lesivo. Quanto all'impugnabilità del parere da parte dei terzi, si rilevi che la pubblica amministrazione potrebbe decidere di non rimuovere l'atto contestato né di modificarlo, così disattendendo quanto imposto dall'Autorità di vigilanza. In tal modo è evidente che i terzi interessati alla conservazione del provvedimento originario non subirebbero alcun pregiudizio, rimanendo immutata la situazione giuridica creatasi per effetto del provvedimento. Qualora, invece, l'Amministrazione decidesse di adeguarsi al parere motivato, l'impugnazione potrebbe essere rivolta contro l'atto con cui si annulla o si modifica il proceduto provvedimento. In quest'ottica, al parere viene riconosciuta natura di atto presupposto, il quale assume portata lesiva solo a seguito dell'adozione dell'atto consequenziale. Parimenti, viene negata la possibilità per la pubblica amministrazione di impugnare autonomamente il parere motivato. Tale conclusione appare giustificata dalla mancanza di un effettivo interesse della P.A. all'impugnazione in quanto l'art. 21 *bis* della l. n. 287/1990 – così come l'art. 211, comma 1 *ter*, del d.lgs. n. 50/2016 – pone a carico dell'Autorità l'onere di adire il giudice amministrativo in caso di mancato adeguamento. In tal senso, M. LIPARI, *op. cit.*, p. 42.; R. GIOVANIOLI, *op. cit.*, p. 14, ad avviso del quale «L'Amministrazione potrebbe, infatti, ignorare il parere lasciando in piedi l'atto contestato e questo esito esclude ogni concreta lesività del parere (semmai, gli eventuali terzi interessati alla conservazione dell'atto potranno intervenire ad opponendum nel giudizio di annullamento iniziato dall'AGCM)». In senso contrario, è stato sostenuto da R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, pp. 2322 e ss. che «la stazione appaltante, ove decida di non conformarsi, potrà: (...) in teoria, impugnare il parere, ovvero solo attendere che l'ANAC impugni l'atto amministrativo, e in quella sede controdedurre sul parere e sul ricorso». Pertanto, sulla base di tale indirizzo, l'impugnazione del parere dell'Autorità «potrebbe avvenire con ricorso principale, ovvero incidentale in relazione a quello principale dell'ANAC.»

stazione appaltante al modello di cui all'art. 21 *nonies*, i destinatari del provvedimento o i controinteressati, nell'impugnare il provvedimento di annullamento d'ufficio, vedrebbero ampliate le proprie possibilità di difesa, potendo non solo lamentare l'assenza di vizi di legittimità ma anche la mancanza degli ulteriori presupposti elastici a cui è subordinato l'annullamento d'ufficio.

Aderendo alla tesi che ricostruisce l'autotutela esercitata dalla stazione appaltante come "doverosa", l'annullamento d'ufficio sarebbe disposto per la sola illegittimità del provvedimento. Di conseguenza, la stazione appaltante potrebbe giustificare il mancato adeguamento unicamente rivendicando l'insussistenza delle violazioni di legge indicate dall'Autorità. Allo stesso modo, in caso di conformazione al parere negativo, l'annullamento del provvedimento non potrebbe essere motivato sulla base di elementi ulteriori rispetto alla sussistenza dei vizi di legittimità.

La questione relativa all'ampiezza dell'ambito valutativo della stazione appaltante ha importanti ricadute anche sull'estensione della cognizione del giudice amministrativo.

Se si accogliesse la tesi che riconduce l'istituto di cui all'art. 211, comma 1 *ter* al paradigma dell'art. 21 *nonies*, la stazione appaltante potrebbe giustificare il rifiuto di ritiro dell'atto introducendo argomenti attinenti all'opportunità dell'autotutela.

All'attenzione del giudice amministrativo, quindi, non verrebbero sottoposti solo i profili di illegittimità del provvedimento, che pure possono essere contestati dalla stazione appaltante, ma anche quelli di opportunità del ritiro. Ne discende che, sulla base di siffatta ricostruzione, il rifiuto di conformazione al parere dell'A.N.A.C. dovrebbe essere considerato pienamente legittimo anche nell'ipotesi in cui, pur sussistendo le gravi violazioni di cui al comma 1 *ter* dell'art. 211, l'annullamento d'ufficio del provvedimento non risulti sorretto da un concreto e attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto.

Ulteriore profilo applicativo su cui incide la configurazione (teorica) dell'istituto in esame attiene alla tutela dei terzi. In particolare, ci si chiede se, in caso di adeguamento della stazione appaltante al parere dell'Autorità, l'oggetto dell'impugnazione da parte dei soggetti interessati alla conservazione del provvedimento debba essere il suddetto parere o il provvedimento di annullamento adottato dalla stazione appaltante. La soluzione sarà diversa a seconda della natura riconosciuta all'autotutela esercitata dalla stazione appaltante. Se la si qualificasse come autotutela doverosa, il provvedimento di annullamento della stazione appaltante dovrebbe ritenersi meramente

riproduttivo del parere dell'A.N.A.C. Di conseguenza, l'impugnazione di quest'ultimo e l'annullamento dello stesso ad opera del giudice amministrativo comporterebbe l'automatica caducazione anche dell'atto di ritiro della stazione appaltante. Viceversa, se si ammettesse che l'annullamento d'ufficio può essere disposto dalla stazione appaltante anche sulla base di ragioni ulteriori rispetto alla mera illegittimità del provvedimento, i terzi dovrebbero impugnare necessariamente l'atto di ritiro, contestando non solo la sussistenza dei vizi di legittimità riscontrati dall'A.N.A.C., e confermati dalla stazione appaltante, ma anche la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento e la sua prevalenza rispetto alla tutela del legittimo affidamento dei destinatari. Discorso analogo vale nel caso in cui la stazione appaltante adotti un provvedimento espresso con cui anticipa l'intenzione di non attuare il parere dell'Autorità sulla base di una valutazione discrezionale degli elementi flessibili di cui all'art. 21 *nonies*. Nell'eventualità in cui l'A.N.A.C. dovesse decidere di proporre ricorso al giudice amministrativo, la stessa dovrebbe presumibilmente impugnare non solo il provvedimento di cui abbia riscontrato le gravi violazioni nel parere motivato, ma anche il rifiuto espresso della stazione appaltante di annullare d'ufficio il provvedimento medesimo⁴³.

7. Considerazioni conclusive: l'annullamento d'ufficio della stazione appaltante come forma di "autotutela speciale".

Sinora si è affrontato il problema qualificatorio dell'autotutela di cui al comma 1 *ter* dell'art. 211 considerando solo due alternative, quella dell'autotutela doverosa e quella dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* della l. n. 241/1990. Si sono poi evidenziate le ragioni che renderebbero preferibile tale seconda opzione ermeneutica e i risvolti applicativi che ne deriverebbero.

Tuttavia, proprio alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale delineato in tema di annullamento d'ufficio, sembrerebbe potersi prospettare una terza soluzione volta a valorizzare le specificità dell'istituto introdotto con il d. l. n. 50/2017, quale strumento a formazione progressiva, incentrato sulla dialettica tra Autorità Nazionale Anticorruzione e stazione appaltante. Non può ignorarsi come l'esercizio dell'autotutela decisoria sia rimesso al dispiegarsi di una fattispecie complessa caratterizzata dall'interazione tra due Amministrazioni. Tale aspetto costituisce un'indubbia peculiarità dello strumento previsto dall'art. 211, comma 1 *ter*, rispetto al modello generale dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies* che potrebbe giustificare una ricostruzione del primo in termini

⁴³ Con riguardo a tali profili, cfr. M. LIPARI, *op. cit.*, p. 42.

di "autotutela speciale". Per tale via, l'autotutela di cui al comma 1 *ter* si configurerebbe come un vero e proprio *potere condiviso* tra Autorità e stazione appaltante.

A tal proposito, deve rilevarsi che l'art. 21 *nonies*, quanto al soggetto che può disporre l'annullamento d'ufficio, prevede due distinte ipotesi, quella in cui l'autotutela decisoria è esercitata dallo stesso organo che ha emanato l'atto illegittimo e quella in cui il suo esercizio è rimesso ad altro organo previsto dalla legge.

A ben vedere, quindi, il meccanismo introdotto con il comma 1 *ter* dell'art. 211 non sembra riconducibile ad alcuno dei casi contemplati dalla l. n. 241/1990; difatti, l'annullamento d'ufficio non è certamente riconducibile alla sola stazione appaltante, per l'evidente ragione che la stessa è sollecitata in tal senso dall'A.N.A.C., né può dirsi che sia quest'ultima ad annullare d'ufficio l'atto viziato poiché il comma 1 *ter* prevede espressamente che l'annullamento sia disposto dalla stazione appaltante. L'esercizio del potere non è, quindi, riconducibile a un unico centro decisionale come, invece, sembrerebbe postulare l'art. 21 *nonies*. Ne discende che, nonostante entrambe le disposizioni prevedano che all'esercizio dell'autotutela consegua il ritiro del provvedimento illegittimo, tale relazione di causa-effetto è frutto dell'esercizio di un potere strutturalmente differente. Nella fattispecie descritta dall'art. 211, la rimozione del provvedimento segue all'interazione instauratasi tra Autorità e stazione appaltante prima dell'emanazione del parere ed eventualmente anche dopo, qualora quest'ultima decida di esporre le ragioni del proprio mancato adeguamento nel tentativo di far desistere l'Autorità dalla proposizione del ricorso.

Le due disposizioni sono, dunque, accomunate dall'effetto finale (la rimozione del provvedimento) ma differiscono quanto alla morfologia del potere produttivo di tale effetto.

Si rilevi che la configurazione dell'autotutela di cui all'art. 211, comma 1 *ter* come autotutela di carattere speciale sembra avvalorata da quanto sostenuto dal Consiglio di Stato nel parere n. 2777/2016.

È vero che in quella sede i Giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati in relazione al diverso istituto di cui all'abrogato comma 2 ma, come detto, le raccomandazioni vincolanti possono essere assimilate al meccanismo di cui al comma 1 *ter*, quantomeno con riferimento al fatto che in entrambi i casi si assiste all'interazione di due soggetti pubblici.

Con riferimento alle raccomandazioni vincolanti il Consiglio di Stato, dopo averne rilevato le molteplici criticità anche sotto il profilo del carattere doveroso assunto dall'autotutela, ha evidenziato la necessità di collocare gli elementi di garanzia di cui all'art. 21 *nonies* nella dialettica tra Autorità e stazione appaltante. In particolare, relativamente all'individuazione delle ragioni di interesse pubblico e alla loro ponderazione con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati, si è chiarito come tali elementi dovessero essere oggetto di valutazione «*a monte, nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduce alla emanazione della raccomandazione vincolante*» precisando, inoltre, che nella suddetta valutazione si sarebbe dovuta coinvolgere anche la stazione appaltante⁴⁴.

La posizione assunta dal Consiglio di Stato sembra confermare i dubbi già evidenziati in merito a una ricostruzione in termini di autotutela doverosa della fattispecie delineata dal comma 1 *ter* dell'art. 211, in quanto ne discenderebbe la totale irrilevanza del controllo circa l'opportunità del ritiro del provvedimento illegittimo.

Al contempo, non appare pienamente convincente la tesi che riconduce *tout court* il nuovo istituto all'art. 21 *nonies*, attribuendo unicamente alla stazione appaltante la valutazione degli elementi elastici ivi previsti.

Invero, è opportuno valorizzare la peculiare fisionomia dello strumento in esame che chiama in gioco sia l'Autorità sia la stazione appaltante attraverso un esercizio condiviso del potere, così configurando un'ipotesi speciale di autotutela. Quest'ultima condivide con il modello generale i presupposti applicativi ma se ne differenzia per l'*iter* procedimentale e, in particolare, per il coinvolgimento di due soggetti pubblici così da rendere la valutazione articolata sia prima dell'adozione del parere che, eventualmente, dopo la sua emanazione. Tant'è che, proprio in quanto "contitolare" del potere in esame, in caso di disaccordo circa l'esercizio dell'autotutela, all'A.N.A.C. è attribuita la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo. Peraltro, giova evidenziare come da una siffatta ricostruzione dell'istituto discenda l'estensione della cognizione del giudice amministrativo oltre i limiti della mera legittimità del provvedimento,

⁴⁴ Sul tema della partecipazione della stazione appaltante nella fase precedente l'adozione del parere motivato, si rinvia a M. LIPARI, *op. cit.*, p. 37; R. DE NICTOLIS; *op. cit.*, p. 2322. Quanto al procedimento per l'emissione del parere motivato, l'art. 8, comma 3, del Regolamento sull'esercizio di poteri di cui all'art. 211, comma 1 *bis* e 1 *ter* del d.lgs. n. 50/2016 prevede che «*Ai fini della rapida verifica degli elementi di conoscenza contenuti nella notizia, l'Ufficio competente può chiedere ulteriori informazioni e documenti alla stazione appaltante o a soggetti terzi. Tale richiesta non sospende i termini di cui al comma 1.*» in www.anticorruzione.it.

assumendo rilevanza la sussistenza degli ulteriori presupposti dell'annullamento d'ufficio che sia l'A.N.A.C. sia la stazione appaltante sono chiamate a considerare nel procedimento così descritto, pur giungendo a conclusioni differenti in merito all'esercizio del potere dalle stesse condiviso.

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, sembra potersi escludere che l'art. 52 *ter* del d. l. n. 50/2017 abbia introdotto una forma di autotutela doverosa, come tale avulsa dal paradigma generale di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. Tale assunto appare confermato dal *trend* giurisprudenziale, culminato nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017, sempre più orientato a valorizzare gli elementi discrezionali che l'Amministrazione è chiamata a considerare nell'esercizio del potere in esame.

D'altro canto, ricondurre *sic et simpliciter* la complessa fattispecie delineata dall'art. 211, comma 1 *ter* nell'ambito applicativo dell'art. 21 *nonies* richiederebbe di ignorare del tutto le specificità che caratterizzano il nuovo istituto.

Tali considerazioni inducono, da un lato, ad ammettere che anche nella fattispecie di cui al comma 1 *ter* debba riconoscersi rilevanza agli elementi elastici individuati nell'art. 21 *nonies* e, dall'altro, a qualificare il rapporto tra le due norme in termini di genere a specie, in ragione dell'interazione tra A.N.A.C. e stazione appaltante, a cui congiuntamente appare riconducibile il potere demolitorio di secondo grado.

L'autotutela tributaria: un procedimento doveroso ad esito discrezionale.

di Giovanni PALMA*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Il potere di riesame della Pubblica Amministrazione: l'autotutela amministrativa. **3.** L'autotutela tributaria: un istituto a tinte fosche. **4.** Presupposti teorico-applicativi. **4.1.** La tutela del contribuente e l'obbligo di provvedere dell'Amministrazione finanziaria. **4.2.** L'erroneo esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione finanziaria e sue conseguenze. **5.** Conclusioni.

1. Introduzione.

L'istituto dell'autotutela affonda storicamente le sue radici nella possibilità di autodifendersi a fronte della lesione di un proprio diritto od interesse. Si tratta di un potere a carattere essenzialmente eccezionale¹ che contraddice lo spirito fondante lo Stato di Diritto che vuole, al contrario, deferire all'organo giurisdizionale² la risoluzione delle controversie e la realizzazione coattiva degli interessi giuridicamente rilevanti³. Per siffatta ragione, l'autotutela abbisogna di una giustificazione positiva stringente che facoltizzi la *self-reliance*. Esempi di autotutela si rintracciano non solo nel diritto internazionale⁴, ma anche nel diritto civile⁵ e nel diritto amministrativo. In particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, l'autotutela ha rivestito, a partire dall'entrata in vigore della riforma del 2005⁶ della legge 7 agosto 1990, n. 241, una rilevanza preponderante in quanto mette capo al potere della Pubblica Amministrazione di riesaminare i propri atti, affetti da vizi di illegittimità od inopportunità. Nel

* Avvocato abilitato al patrocinio dinnanzi alle giurisdizioni superiori, esperto in diritto tributario e societario

¹ F. TESAURO, *Compendio di Diritto tributario*, UTET, II edizione, 2004, pag. 7.

² V. FICARI, *Autotutela e riesame nell'accertamento del tributo*, Milano, 1999, p. 2.

³ R. LUPI, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo terzo: *I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, a cura di Sabino Cassese, pag. 2682.

⁴ Nel diritto internazionale, l'autotutela risulta avere ampia applicazione.

⁵ Ove trovano applicazione istituti quali il diritto di ritenzione, l'eccezione di inadempimento, la diffida ad adempiere e la difesa del possesso fino al perdurare della violenza da parte dell'aggressore.

⁶ La legge 11 febbraio 2005, n. 15 ha codificato le varie tipologie di provvedimenti di secondo grado, fino ad allora rimesse solo all'apprezzamento del giudice, fornendo così base positiva al potere di riesame della P.A.

concetto di Pubblica Amministrazione vanno certamente ricomprese anche le amministrazioni finanziarie, cosicché, non senza dubbi e resistenze, l'istituto dell'autotutela è stato mutuato anche nell'ambito dell'ordinamento tributario che, notoriamente, proviene da una "costola" del diritto amministrativo⁷. Per siffatta ragione, il presente contributo prenderà le mosse da una disamina dell'autotutela amministrativa⁸ utile a chiarire ed a comprendere come questa sia stata trasposta ed adattata all'ambito tributario. Difatti, l'autotutela delle amministrazioni finanziarie costituisce un istituto di palpitante attualità, non solo per le interessanti speculazioni a carattere dogmatico cui mette capo ma anche e soprattutto per le implicazioni pratiche che esso reca, in termini di rispetto dei criteri aziendalistici cui la P.A. deve informarsi, quali la proporzionalità, l'economicità e l'efficienza.

In particolare, lo status quo risulta essere stato maggiormente specificato dalla recentissima pronuncia resa dalla Corte Costituzionale n. 181 del luglio 2017⁹, la quale verrà sottoposta ad analisi nel proseguo della trattazione.

2. Il potere di riesame della Pubblica Amministrazione: l'autotutela amministrativa.

Concettualmente, il potere di autotutela viene correlato alla possibilità che il privato ha, in determinate situazioni, di farsi giustizia da sé. Come accennato, un siffatto potere necessita di essere limitato e regolamentato al fine di evitare derive di anarchismo nella risoluzione dei conflitti inter-privati¹⁰. L'istituto, però, può assumere connotazioni eterogenee se lo si inquadra attraverso una prospettiva soggettiva differente. Difatti, l'eccezionalità di un siffatto potere potrebbe trovare una sorta di deroga laddove questo potere venisse concepito come un attributo esercitabile non dal privato, bensì da organi dotati di poteri autoritativi ed esecutori¹¹. Ci riferiamo alla Pubblica Amministrazione, la quale si

⁷ R. CIFARELLI, *L'autotutela da antico privilegio a nuovo paradigma dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati*, Dike, Roma, 5/2016.

⁸ F. BENVENUTI, voce *Autotutela* (dir. amm.), in Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959, p. 554, ove si legge che "l'autotutela amministrativa, costituendo una deviazione così importante dai principi dello Stato di diritto, in cui vige la divisione dei poteri non può che avere portata eccezionale".

⁹ La pronuncia de qua è consultabile all'indirizzo web: www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=181

¹⁰ Secondo il brocardo latino *ne cives ad arma ruant*, in base al quale i rapporti tra privati abbisognano di essere disciplinati dalle fonti legislative al fine di evitare che i malumori derivanti dalle controversie sorte possa comportare il turbamento dell'ordine pubblico per il tramite dell'uso delle armi e della violenza.

¹¹ F. GALLO, *Discrezionalità nell'accertamento tributario e sindacabilità delle scelte dell'ufficio*, in Riv. dir. fin., 1992, I, p. 655.

identifica con quel complesso di persone giuridiche preposte alla tutela dell'interesse pubblico rilevante che opera attraverso poteri particolarmente incisivi rispetto alla sfera di libertà del privato¹². Gli stessi provvedimenti amministrativi sono caratterizzati, per un verso, dall'autoritarità che permette l'applicazione automatica degli stessi da parte della P.A. e, per altro verso, dall'esecutorietà che facoltizza la P.A. a far eseguire le proprie statuizioni in autonomia, senza il ricorso ad un giudice terzo ed imparziale.

Tale connotazione di potere pubblico permette di comprendere come l'istituto dell'autotutela amministrativa fuoriesca dalle strette maglie della *self-justice* del privato per assumere una dimensione nuova e certamente più ampia e finanche garantistica. Non è infatti in dubbio che il potere rimesso alla P.A. di riesaminare un provvedimento dalla stessa emanato che risulti affetto da invalidità sotto il profilo della legittimità¹³ o dell'opportunità¹⁴ si risolva in una garanzia generale di tutela della legalità, del buon andamento dell'*agere* amministrativo nonché degli stessi interessi privati coinvolti.

Tale potere risulta essere, secondo autorevole dottrina, un portato della vecchia impostazione assolutistica degli Stati nazionali che non conosceva il principio di derivazione illuministica della separazione dei poteri né quello di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive e concentrava, in capo all'amministrazione, intesa come insieme di organi deputati alla realizzazione delle statuizioni sovrane, un catalogo di poteri particolarmente incisivi. Oggi, l'autotutela costituisce, quindi, un residuo dell'antica impostazione dello Stato-amministrazione che permette alla P.A. di ritornare su proprie statuizioni ma tale potere risulta essere arginato dalla sua positivizzazione che ne fissa i criteri e le finalità che devono conformarsi alla realizzazione ed al perseguimento degli interessi a carattere pubblico.

In passato, il potere di riesame del provvedimento amministrativo non trovava una chiara base positiva. A fronte di tale lacuna, il contributo di dottrina e giurisprudenza è stato determinante al fine di fissare i limiti di tale potestà.

In particolare, secondo un orientamento¹⁵, il potere di riesame abbisogna di essere inquadrato nell'alveo delle attività di controllo esplicate dalla P.A. nei confronti dei provvedimenti da essa adottati, al fine di riscontrarne la legittimità

¹² S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di Cassese S., I, Milano, 2003, p. 196.

¹³ Annullamento d'ufficio.

¹⁴ Revoca del provvedimento inopportuno.

¹⁵ M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989.

nell'ottica di una tutela rafforzata del principio di legalità e di rispondenza degli atti emanati con gli ideal-tipi predeterminati normativamente.

Un secondo orientamento¹⁶, al contrario, fa leva sulla caratterizzazione del potere di riesame in termini di "auto-impugnativa" dei propri provvedimenti. Tali indirizzi, però, sono stati sottoposti a revisione da parte di chi ha sottolineato il carattere discrezionale e non meramente vincolato di tale potere, rintracciando il fondamento di tale potestà pubblica proprio nei concetti di amministrazione attiva e di autotutela. Autotutela che viene declinata nell'accezione della soddisfazione autonoma delle proprie pretese, senza intermediazione alcuna¹⁷, ed in quella del ri-esercizio del potere¹⁸, a fronte di stringenti condizioni.

Nell'ambito di quest'ultima forma di autotutela, detta decisoria, si collocano istituti quali l'annullamento d'ufficio¹⁹ e la revoca²⁰, rispettivamente finalizzati alla rimozione di provvedimenti emanati dall'amministrazione che siano viziati da motivi di legittimità o di merito/opportunità.

Nonostante, in giurisprudenza, risultano sempre più accreditate le tesi che riconoscono esempi di autotutela doverosa²¹, il potere de quo risulta essere universalmente riconosciuto come discrezionale. In verità, ciò non potrebbe essere diverso, in quanto la P.A. non è obbligata a rimuovere un proprio provvedimento che risulti viziato in ossequio ad una forma di rispetto del

¹⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁷ Si tratta della cd. *autotutela esecutiva*.

¹⁸ Parliamo dell'*autotutela decisoria*.

¹⁹ L'annullamento d'ufficio si configura come un provvedimento amministrativo propriamente detto di secondo grado che interviene su di un atto emanato in prima istanza da una P.A., che comporta l'espunzione dello stesso dall'ordinamento giuridico a fronte del ricorrere di alcune circostanze. In particolare, è necessario che la P.A. che agisce in autotutela persegua un interesse a carattere pubblico di importanza pari o superiore a quello che si riscontra nell'atto da caducare e che tale potere venga esercitato entro un termine ragionevole (comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ex art. 21-nonies l. 241/90), da parte dello stesso organo che ha emanato l'atto o da diverso organo previsto dalla legge.

Si parla in particolare di auto-annullamento quando il provvedimento de quo viene adottato dalla stessa autorità che ha emanato l'atto illegittimo, nell'esercizio dei poteri di autotutela. Si tratta di un provvedimento avente carattere discrezionale avente efficacia retroattiva, cosicché la statuizione precedente che viene caducata dal provvedimento di autotutela è *tamquam non esset*.

²⁰ La revoca consiste in quel provvedimento di secondo grado attraverso il quale vengono caducati gli effetti di un precedente atto che risulti viziato sotto il profilo dell'opportunità o dell'adeguatezza. Si tratta di un provvedimento discrezionale con efficacia *ex nunc* che è correlato all'esistenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, a seguito di un mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

²¹ Taluna dottrina parla di autotutela doverosa nel caso in cui, a fronte di una informativa prefettizia antimafia negativa, il relativo contratto di appalto posto in essere dovrebbe essere caducato in via vincolata da parte della P.A. per il tramite dell'annullamento d'ufficio.

principio di legalità *stricto sensu* inteso. Al contrario, la P.A. opera scelte che potremmo inquadrare agevolmente nell'istituto del bilanciamento, in quanto, per definizione, gli organi amministrativi, nel perseguimento degli interessi pubblici rilevanti, devono necessariamente tener conto anche di interessi collaterali coinvolti che potrebbero vanificare l'intento pubblicistico da essi perseguito. Tale connotazione discrezionale ha spinto una parte della dottrina a ravvisare una diversità ontologica tra l'autotutela amministrativa e quella mutuata nell'ambito dell'ordinamento tributario. Cosicché giova soffermarsi, dopo aver brevemente tracciato le caratteristiche fondanti il potere di autotutela amministrativa, sulla ratio e sulle caratteristiche peculiari del potere de quo quando esso venga esercitato dalle amministrazioni finanziarie.

3. L'autotutela tributaria: un istituto a tinte fosche.

L'autotutela esercitata dall'Amministrazione finanziaria consiste nel potere che questa ha di caducare, attraverso l'annullamento d'ufficio o la revoca, precedenti provvedimenti qualora questi siano affetti da illegittimità o infondatezza dell'atto da annullare e vi sia un interesse pubblico contrario alla manutenzione dello stesso²². La P.A. finanziaria ha così la possibilità di effettuare un riesame critico degli atti adottati, provvedendo in via autonoma alla risoluzione di conflitti potenziali o già insorti.

Un potere simile all'autotutela era previsto in passato dall'art. 34 del Regio Decreto n. 3269 del 1923²³ il quale conferiva all'amministrazione deputata alla gestione dei tributi la possibilità di apportare modifiche all'accertamento definitivo, risultato viziato attraverso la sua rinnovazione. A prescindere da tale forma primordiale di autotutela, si può con certezza affermare che non si è mai dubitato del fatto che tale potere fosse riconosciuto anche all'amministrazione finanziaria, seppur non esistesse una vera e propria base positiva da cui dedurre il fondamento. Tale assenza ha spesso condotto la dottrina a dubitare della natura giuridica dell'autotutela tributaria come istituto di carattere generale, ponendo l'accento sulle peculiarità di questa rispetto all'affine figura vigente in ambito amministrativo. In particolare, sono stati riscontrati alcuni caratteri che certamente mal di conciliano con l'ideal-tipo fornito dalla scienza amministrativa

²² A. BUSCEMA-F. FORTE- D. SANTILLI, *Statuto del contribuente – Analisi dottrinale ed evoluzione giurisprudenziale*, Padova, 2002; P. AGOSTINELLI, *Il riesame dell'accertamento nella disciplina dei tributi doganali: appunti e riflessioni intorno ad un diverso modo di concepire l'autotutela amministrativa sopra atti impositivi illegittimi*, in Riv. dir. trib., 2000, I, p. 923.

²³ Tale disciplina risulta essere nota con il termine di Legge del Registro.

e che permetterebbero di affermarne la natura sostanzialmente autonoma ed indipendente.

In primis, non è possibile obliterare il fatto che l'amministrazione finanziaria non è facoltizzata a determinare, attraverso valutazioni di opportunità, il quantum della prestazione fiscale. Tale assunto potrebbe suffragare la tesi della natura essenzialmente vincolata dell'autotutela tributaria, corroborata dal fondamentale principio della indisponibilità del tributo²⁴. Si è osservato in proposito che la caducazione di un provvedimento avente ad oggetto una prestazione tributaria non troverebbe riscontro in un vero e proprio interesse pubblico, se non quello del ripristino della legalità violata²⁵. Infatti, il provvedimento posto nel nulla porrebbe l'Amministrazione finanziaria in una posizione di svantaggio, derivante dalla rinuncia all'incameramento di una prestazione monetaria, seppur indebitamente esatta. Pertanto, ciò ci induce a considerare l'autotutela tributaria come un istituto che solo in punto di principio risulta essere sovrapponibile a quello operativo in ambito amministrativo. L'autotutela dell'ordinamento tributario, sarebbe, quindi caratterizzata sì dal potere di incidere nuovamente sulle determinazioni precedentemente assunte ma siffatto potere non potrebbe rientrare nella discrezionalità tipica delle amministrazioni pubbliche, essendo una potestà a carattere vincolato legata a principi quali il buon andamento dell'*agere* amministrativo, da un lato, e l'eguaglianza ed equità tributaria, dall'altro. Così concepita, l'autotutela tributaria non realizza scopi squisitamente egoistici legati al rimpinguamento dell'erario attraverso la massimizzazione, anche illegittima, del gettito, ma, al contrario, permette di inquadrare la stessa nell'ambito di attività a carattere solidaristico che hanno il precipuo scopo di realizzare un prelievo fiscale giusto ed adeguato. In proposito, è stata sottolineata la riconducibilità di siffatta forma di autotutela ad una ratio di carattere giustiziale, che sia fondata sul potere impositivo tout court delle amministrazioni che possono adottare e caducare le proprie determinazioni, e che si risolva nel bilanciamento tra interessi contrapposti, quali la certezza ed esattezza dell'imposizione tributaria e quello di correttezza dell'azione amministrativa.

²⁴ Il principio de quo trova codificazione all'art. 49 del Regolamento di Contabilità di Stato, secondo cui "*nei contratti con lo Stato, non si può convenire alcuna esenzione da qualsiasi specie di tributi vigenti all'epoca della loro stipulazione*".

²⁵ E. ANGELELLI, *Il principio di autotutela della pubblica amministrazione e le sue principali manifestazioni*, in *Amm. it.*, 1981, p. 44; M. BARBONE, *Quando l'ufficio annulla e rimpiazza un atto viziato: in che limiti l'autotutela opera a favore dell'Amministrazione?* (Nota a *Comm. trib. centr.*, Sez. X, 26 ottobre 1993, n. 1528), in *Rass. trib.*, 1994, II, p. 1446.

La dottrina più avveduta²⁶, però, nega tale ratio giustiziale, preferendo recuperare il concetto di buona fede che rappresenta ad oggi un indubbio valore perseguito nell'ambito del diritto tributario²⁷. Difatti, il canone della buona fede permette di concepire l'autotutela tributaria come doverosa, a fronte di illegittimità riscontrate, per garantire da un lato il cittadino da pretese infondate, dall'altro la stessa P.A. che potrebbe ricavarne un danno d'immagine.

La giurisprudenza²⁸, al contrario, non sembra essere favorevole a snaturare completamente l'autotutela tributaria da quella amministrativa, preferendo concepire la stessa in termini di atto "a bassa discrezionalità" in quanto nel momento in cui l'Amministrazione finanziaria pone in essere il provvedimento di secondo grado, è obbligata necessariamente a tener conto di situazioni giuridiche che il trascorrere del tempo ha creato e stabilizzato. In effetti, non potrebbe essere altrimenti in quanto se l'amministrazione non si occupasse di ricercare un ulteriore interesse pubblico, diverso dal rispetto del principio di legalità, che giustifichi l'annullamento dell'atto, si creerebbe una falla evidente nel sistema di garanzie, in quanto l'autotutela diverrebbe il viatico per eludere il termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti illegittimi, andando così a favorire comportamenti abusivi e fraudolenti da parte del cittadino che conserverebbe sempre una seconda chance per far valere il proprio diritto, anche a fronte di atteggiamenti di trascuratezza ed acquiescenza.

Per siffatta ragione, la giurisprudenza ha più volte ribadito come l'autotutela tributaria, pur rivestendo peculiarità differenti rispetto all'ideal-tipo concepito nell'ambito del diritto amministrativo, non può essere considerata tout court come un provvedimento a carattere completamente vincolato, sulla scorta anche dell'assunto secondo cui nessuna attività che implichi un riesame di un atto è mai completamente imbrigliata da rigidi dettami.

L'asserita diversità ontologica dell'autotutela tributaria, però, non è tale da escluderne o limitarne l'applicazione nell'ordinamento fiscale²⁹. Ciò risulta testimoniato dalla maggiore attenzione rivolta all'istituto dapprima dal legislatore e contestualmente dalla dottrina e giurisprudenza.

²⁶ E. BATTI, *L'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione finanziaria tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in Riv. notar., n. 6/1994, p. 1287.

²⁷ Si pensi al sempre crescente interesse rispetto ai fenomeni di abuso del diritto tributario, nonché l'attenzione verso le forme di elusione che ha portato alla generalizzazione dell'istituto dell'interpello.

²⁸ Cass., SU, 27 marzo 2007, n. 7388; Cass. Civ. 26 Gennaio 2007, n. 1710; Cons. St., sent. 7 gennaio 2014, n. 12.

²⁹ G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.

In particolare, attualmente il quadro normativo risulta essere tratteggiato dal D.P.R. 27 marzo 1992, n. 287³⁰ che per primo ha riconosciuto, in capo all'amministrazione finanziaria, il potere di autotutela. L'intervento normativo citato, all'art.68, prevedeva una forma di autotutela tributaria ad uno stato embrionale in quanto non conteneva specificazioni circa i vizi tali da giustificare l'annullamento, che poteva essere anche solo parziale. Solo successivamente, il contesto è stato portato a maggior coerenza attraverso l'introduzione, con legge n. 656/1994, dell'art. 2-quater, ulteriormente specificato successivamente dal D.M. 11 febbraio 1997, n. 37 e dal D.lgs. 24 settembre 2015, n. 159³¹.

4. Presupposti, caratteristiche applicative e procedimento dell'autotutela tributaria.

Dopo aver passato brevemente in rassegna gli orientamenti dogmatici relativi all'istituto dell'autotutela tributaria, giova porre l'accento sulle sue caratteristiche tecnico-applicative.

In primis, bisogna chiarire che l'autotutela tributaria, anche definita *ius poenitendi*³², può assumere forme eterogenee. In particolare, l'Amministrazione finanziaria ha facoltà di:

- Procedere all'annullamento d'ufficio, con efficacia *ex tunc*, dell'atto emanato quando vengano riscontrati profili di illegittimità;
- Revocare il provvedimento quando, a seguito di un mutamento delle circostanze di fatto o diritto, in base ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico o per questioni di convenienza/opportunità, quest'ultimo non possa essere più mantenuto in vita³³;
- Rinunciare all'imposizione in caso di auto-accertamento, a seguito di una valutazione comparativa tra l'esiguità delle pretese tributarie e le probabilità di risultare vittoriosi in un eventuale giudizio;
- Sospendere l'efficacia dell'atto che risulti essere illegittimo e/o infondato.

L'autotutela, in proposito, si definisce negativa quando ha ad oggetto l'annullamento o la revoca dell'atto impositivo; positiva³⁴ quando, al contrario,

³⁰ Regolamento degli uffici e del personale del Ministero delle finanze.

³¹ Tale decreto legislativo ha ammesso la possibilità di usufruire di sanzioni ridotte quando sia intercorso l'annullamento (o la revoca) parziale dell'atto di accertamento , alle stesse condizioni esistenti alla data di notifica dell'atto, purché rinunci al ricorso.

³² V. FICARI, *L'autotutela dell'Amministrazione finanziaria: riflessioni a margine dei recenti "itinerari" della giurisprudenza tributaria*, in Rass. trib., 2007, I, p. 1715.

³³ Nel caso in cui l'atto da revocare sia a carattere generale o comporti vantaggi al contribuente, il provvedimento di secondo grado avrà efficacia *ex nunc*.

³⁴ Si parla in casi siffatti di annullamento a fini di sanatoria.

in pendenza dei termini per l'accertamento o la notifica dell'atto della riscossione, l'amministrazione finanziaria emette un nuovo atto che sostituisce quello previamente emanato³⁵ e affetto da vizi formali.

Gli atti nei confronti dei quali è esperibile l'autotutela sono indicati dall'art. 19 comma 1 del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546., vale a dire :

- a) avvisi di accertamento, di rettifica, di liquidazione, di contestazione e di irrogazione di sanzioni;
- b) atti di recupero di crediti di imposta indebitamente fruiti anche in compensazione;
- c) iscrizioni a ruolo e cartelle di pagamento;
- d) atti di diniego di agevolazioni fiscali o di rimborso di imposte indebitamente richieste³⁶.

La valutazione alla base del riesame degli atti succitati si fonda essenzialmente su due presupposti concorrenti : l'illegittimità o infondatezza dell'atto da caducare e la sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione. L'illegittimità attiene a vizi di natura formale come l'omessa sottoscrizione e motivazione, l'assenza o incompletezza della notifica. Al contrario, si parla propriamente di infondatezza laddove l'errore riguardi il quantum della prestazione tributaria o la quantificazione dell'imponibile.

In particolare, l'art. 2 del D.M. 11 febbraio 1997 n. 37 elenca alcune delle possibili fattispecie³⁷ in cui è possibile procedere al ritiro dell'atto in autotutela:

1. errore di persona;
2. evidente errore logico o di calcolo;
3. errore sul presupposto di imposta;
4. doppia imposizione;
5. mancata considerazione di pagamenti d'imposta regolarmente eseguiti;
6. mancanza di documentazione successivamente sanata, non oltre i termini di decadenza;
7. sussistenza di requisiti per usufruire di deduzioni o regimi agevolativi, precedentemente negati;
8. errore materiale del contribuente facilmente riconoscibile dall'amministrazione.

³⁵ Tale atto abbisogna di essere previamente annullato.

³⁶ G. Di LAURO, *L'autotutela tributaria come strumento per il contribuente*, in www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/file/public/Dottrina/93/L1.A1001001A08F04B15959J09846.V1.pdf.

³⁷ L'elencazione de qua non è considerata tassativa ma meramente esemplificativa.

Tale casistica, però, incontra una preclusione significativa nell'intervenuto giudicato sull'atto da sottoporre a riesame e sul quale si sia pronunciato in via definitiva il giudice adito. Tale assunto se risulta essere incontestabilmente vero per ciò che concerne le statuizioni giudiziali di merito, non ha pari valenza nel caso in cui il giudice renda una sentenza di rito basata su ragioni quali l'inammissibilità, l'irricevibilità, il difetto di competenza e quello di giurisdizione. In tal caso, formatosi un giudicato solo di tipo formale, l'autotutela potrà trovare liberamente applicazione.

Tale potere risulta essere deferito, generalmente, alla stessa amministrazione che ha adottato l'atto da caducare. Esiste però un caso eccezionale di potere di autotutela sostitutivo che viene esercitato dalla Direzione Regionale delle Entrate dalla quale l'amministrazione finanziaria dipende, quando quest'ultima si renda responsabile di gravi inefficienze o resti inerte. Il provvedimento di secondo grado, però, abbisogna di ricevere un parere a carattere preventivo³⁸ da parte della stessa Direzione qualora l'importo delle sanzioni oggetto della procedura di annullamento in autotutela superi la soglia di Euro 516.546, 90.

Come i procedimenti tipici del diritto amministrativo, anche quello di autotutela tributaria è suscettibile di essere avviato d'ufficio o su istanza di parte. Proprio la possibilità rimessa al contribuente di sollecitare l'esercizio dell'autotutela ha indotto la giurisprudenza e la dottrina ad interrogarsi sulla sussistenza di un dovere di agire in capo all'Amministrazione finanziaria adita al fine dell'annullamento dell'atto asserito illegittimo. La tematica involge la già citata questione della natura giuridica dell'autotutela vincolata, come attività vincolata o, al contrario, discrezionale delle amministrazioni fiscali. La questione non è di poco momento in quanto impatta sostanzialmente sull'effettività della tutela del contribuente e sul rispetto del principio di legalità. Pertanto resta da chiedersi se l'istanza presentata dal contribuente sia dotata di valore vincolante tale da

³⁸ È quanto si legge nella disposizione dell'art. 4 del D.M. 37/1997 secondo cui:

"1. Nel caso in cui l'importo dell'imposta, sanzioni ed accessori oggetto di annullamento o di rinuncia all'imposizione in caso di auto-accertamento o della agevolazione superi lire un miliardo, l'annullamento è sottoposto al preventivo parere della direzione regionale o compartimentale da cui l'ufficio dipende.

2. Dell'eventuale annullamento, o rinuncia all'imposizione in caso di auto-accertamento, è data comunicazione al contribuente, all'organo giurisdizionale davanti al quale sia eventualmente pendente il relativo contenzioso nonché - in caso di annullamento disposto in via sostitutiva - all'ufficio che ha emanato l'atto.

3. Con relazioni annuali, da trasmettere al Segretariato generale, ai relativi dipartimenti e al servizio per il controllo interno, le direzioni regionali e compartimentali evidenziano le cause dei vizi degli atti rilevati nonché le misure adottate per migliorare l'efficienza dell'attività di accertamento di loro competenza".

rendere l'autotutela de qua un procedimento doveroso che si distacca dal modello squisitamente amministrativo.

4.1. La tutela del contribuente e l'obbligo di provvedere dell'Amministrazione finanziaria.

Dalla disamina condotta nei paragrafi precedenti, appare chiaro come l'autotutela oltre che configurarsi come uno strumento utile all'Amministrazione finanziaria per la correzione di errori commessi nell'emanazione di atti a valenza tributario-fiscale, rappresenta un indubbio meccanismo di garanzia nei confronti del contribuente in relazione a pretese fiscali indebite. Ciò ha indotto la dottrina ad interrogarsi sul valore vincolante dell'istanza presentata dal contribuente e su quello del relativo diniego da parte dell'amministrazione.

Secondo un indirizzo dottrinale³⁹, l'autotutela estrinseca una facoltà discrezionale della P.A. adita cosicché non è possibile ricondurre in capo al contribuente una situazione di diritto soggettivo all'ottenimento della caducazione dell'atto. Tale dottrina parte da un fondamento positivo rintracciabile nell'art. 2, comma 1 del Decreto Ministeriale n. 37/97 che testualmente afferma che "l'amministrazione finanziaria può procedere all'autotutela"; pertanto, l'utilizzo del verbo potere rappresenterebbe il viatico per riconoscere la natura discrezionale dell'istituto de quo.

Altra parte della dottrina⁴⁰ afferma che riconoscere natura discrezionale anche all'autotutela tributaria sarebbe foriero di sperequazioni tra contribuenti che si trovino in situazioni di fatto affini. A corroborare ciò contribuisce un consolidato filone giurisprudenziale secondo cui l'amministrazione finanziaria ha un preciso obbligo di correzione degli errori propri o del contribuente che impattino sull'atto a carattere tributario, in ossequio ai principi di legalità e buon andamento dell'*agere* amministrativo. Pertanto, l'inerzia dell'Amministrazione finanziaria sollecitata dal contribuente dovrebbe essere considerata come un vero e proprio inadempimento della P.A. tale da ingenerare un'ipotesi di silenzio-rifiuto, impugnabile da parte del privato stesso dinnanzi alla Commissione tributaria.

In realtà, *in medio virtus stat*. Tali orientamenti concepiscono il termine discrezionalità attribuendogli un significato disfunzionale, riferendola alla "mera

³⁹ P. P. CAIRO, *Note relative al silenzio dell'Amministrazione finanziaria e alle forme di tutela del contribuente*, in Giust. trib., n. 3/2009, p. 270.

⁴⁰ S. COGLIANI, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, a cura di Luciani-Rolli, Napoli, 2008.

discrezione" più che alla valutazione comparativa, ragionata, logica e non arbitraria.

La discrezionalità, infatti, non si identifica con mera arbitrarietà, come assoluta supremazia della P.A. sul privato contribuente quasi come una sorta di condizione meramente potestativa. Al contrario, gli organi pubblici, a prescindere dall'ambito nel quale operano, devono porre alla base delle proprie decisioni, valutazioni congruenti ed adeguate al caso di specie, che tengano conto degli interessi coinvolti e confliggenti al fine di realizzare quei valori aziendalistici di economicità, efficacia ed efficienza che devono informare intera attività amministrativa. La scelta della P.A. finanziaria dovrà, pertanto, rivestire i caratteri della non contraddittorietà e dell'equità, tale da permettere un eguale trattamento dei contribuenti e garantire la loro fiducia nelle istituzioni, conservando il suo carattere di doverosità.

Infatti, all'obbligo di procedere gravante sull'Amministrazione finanziaria dovrebbe riconoscersi carattere meramente preliminare, "*trovando la sua ragion d'essere nel dovere di esercitare comunque la funzione di cui l'organo pubblico è titolare (...) anche quando il potere di revisione non venga poi nel caso concreto attivato per l'inesistenza di uno o più dei presupposti stabiliti dalla legge per il suo concreto esercizio*"⁴¹. Ciò implica che a fronte di una sollecitazione da parte del privato, la P.A. sarà obbligata a vagliare le censure mosse dal contribuente, senza, però, essere vincolato nella decisione da prendere che resta pienamente discrezionale. Infatti, spesso si tende a confondere i piani dell'avvio del procedimento di riesame e quello della sua conclusione conforme alla richiesta avanzata dal privato. L'Amministrazione finanziaria dovrà, quindi, avviare un procedimento di riesame che non si concluderà necessariamente con il provvedimento di secondo grado in riforma di quello precedentemente adottato⁴². Al più, essa dovrà, in ossequio al principio di trasparenza e partecipazione ai procedimenti amministrativi, comunicare agli istanti le motivazioni alla base del rigetto. In proposito, risulta calzante formulare, con riguardo all'autotutela tributaria, la definizione di procedimento doveroso ad esito discrezionale. Ciò risulta confermato da consolidata giurisprudenza che, in svariate occasioni, ha ribadito l'inesistenza di alcun obbligo giuridico di provvedere in capo all'Amministrazione finanziaria.

⁴¹ P. ROSSI, *Il riesame degli atti di accertamento – Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, 2008, pp. 271-272.

⁴² F. D'AYALA VALVA, *L'attivazione delle "procedure" di autotutela tributaria*, in Riv. dir. trib., 2004, I, p. 145.

L'attività di iniziativa del contribuente viene considerata meramente sollecitatoria, come si legge in una recente pronuncia del Consiglio di Stato resa nel gennaio 2014⁴³ che si conforma all'orientamento precedentemente sostenuto dalle Sezioni Unite⁴⁴.

Di recente, la Corte Costituzionale si è pronunciata sul punto chiarendo l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo agli artt. 2-quater, co.1, del D.L. 564/94 (convertito dalla l. 656/94) e 19, co.1, del d.lgs. n. 546/92.

La questione veniva proposta dalla Commissione Tributaria provinciale di Chieti e aveva ad oggetto la asserita antinomia tra le disposizioni summenzionate e i parametri costituzionali offerti dagli artt. 3, 23, 24, 53, 97 e 113.

In particolare, l'art. 2-quater del d.l. 564/94 statuisce che *"con decreti del Ministro delle finanze sono indicati gli organi dell'Amministrazione finanziaria competenti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di revoca, anche in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, degli atti illegittimi o infondati"*. Al contrario, l'art. 19 del d.lgs. 546/92 si occupa di enumerare gli atti impugnabili dinnanzi alle commissioni tributarie. La fattispecie oggetto di giudizio di costituzionalità originava dall'impugnazione proposta da un contribuente avverso il *"silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza di autotutela"*, avente ad oggetto il riesame degli avvisi di accertamento non impugnati con ricorso giudiziale. In particolare, il giudice a quo proponeva contestazione in relazione all'art. 2-quater *"nella parte in cui non prevede né l'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di adottare un provvedimento amministrativo espresso sull'istanza di autotutela proposta dal contribuente né l'impugnabilità - da parte di questi - del silenzio tacito su tale istanza"*, e con riguardo all'art. 19, comma 1, D.lgs. n. 546 del 1992, *"nella parte in cui non prevede l'impugnabilità, da parte del contribuente, del rifiuto tacito dell'Amministrazione finanziaria sull'istanza di autotutela proposta dal medesimo"*. Tali disposizioni, a giudizio del giudice remittente, sarebbero foriere di conclamate lesioni dei principi di cui agli artt. 53, 23, 24 e 3 Cost. in quanto esse facoltizzerebbero l'amministrazione finanziaria a trattenere somme anche indebite alla luce di *"un interesse egoistico a conservare atti impositivi, ancorché divenuti definitivi"*.

Ciò comporterebbe, secondo il giudice a quo, un'ingiustificata compressione dei diritti del contribuente ad una tassazione improntata al canone della progressività e della propria capacità contributiva, ingenerando sfiducia nel

⁴³ Cons. St., sent. 7 gennaio 2014, n. 12.

⁴⁴ Cass., S.U., 27 marzo 2007, n. 7388.

cittadino con evidenti portati sfavorevoli nei confronti dell'immagine dell'amministrazione tout court, come si deduce anche dalla censura mossa in relazione alla violazione dell'art. 97 Cost. sul buon andamento e sull'imparzialità della stessa. Le disposizioni, inoltre, creerebbero una disfunzione in ordine alla concreta possibilità del contribuente di far valere le proprie ragioni, andando, quindi, a limitare il diritto costituzionale alla difesa, ex art. 24 Cost.

Il giudice rimettente, al fine di sostenere la tesi della doverosità della reazione dell'amministrazione finanziaria a fronte di una precipua istanza da parte del contribuente, richiamava un orientamento emerso in seno alla Corte di Cassazione secondo cui, argomentando dalla norma dell'art. 12, comma 2, della l. n. 448/2001, le controversie nelle quali si impugni il rifiuto espresso o tacito dell'amministrazione a procedere ad autotutela sono deferite alla cognizione delle commissioni tributarie.

A fronte di tali censure, il Presidente del Consiglio dei Ministri intervenuto nel giudizio di legittimità di cui trattasi, poneva però l'accento sul fatto che la facoltà, e non l'obbligo, per l'amministrazione finanziaria di pronunciarsi a fronte dell'istanza di autotutela presentata costituisce una precisa scelta normativa volta a garantire la stabilità e la certezza del diritto che verrebbe compromessa se si affermasse la doverosità del potere di riesame da parte degli uffici finanziari.

A fronte di tali annotazioni, la Consulta affronta una attenta disamina dell'istituto dell'autotutela tributaria, sottolineando come esso sia tratteggiato da una disciplina legislativa e regolamentare piuttosto frastagliata ed articolata che prevede la facoltà dell'amministrazione finanziaria di annullare d'ufficio i propri atti illegittimi o infondati anche in pendenza di giudizio e anche se si tratta di atti non impugnabili. Ciò risulta corroborato dalla previsione secondo cui, in caso di grave inerzia, è ammesso un potere sostitutivo esercitabile dalla *Direzione regionale o compartimentale dalla quale l'ufficio che ha adottato l'atto dipende*. Inoltre, il fatto che esistano casi in cui la caducazione ed il ritiro dell'atto viziato possa avvenire senza apposita richiesta di parte, lascia intendere l'autotutela tributaria abbisogna di essere concepita come un potere officioso delle Agenzie fiscali, che si basa su valutazioni largamente discrezionali. Ne discende che esso non assume le vesti di un'ulteriore tutela messa a disposizione del contribuente che non vanta, in merito, una posizione di diritto soggettivo, ma al più di interesse legittimo⁴⁵.

⁴⁵ A. FANTOZZI, *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali: la prospettiva tributaria*, in Riv. dir. trib., 2004, I, p. 3.

L'attività posta in essere dal contribuente, pertanto, non può che avere valenza meramente sollecitatoria, non comportando un obbligo in capo all'amministrazione procedente. Difatti, seppur l'autotutela tributaria rivesta caratteri che la distinguono ontologicamente dal modello adoperato in sede amministrativa, non è sostenibile che essa venga snaturata al tal punto da perdere il suo connotato discrezionale per divenire un'ipotesi di autotutela vincolata⁴⁶.

L'istanza sollecitatoria del privato, pertanto, non tramuta il procedimento di riesame in un procedimento ad istanza di parte che abbisogna di essere concluso con un provvedimento espresso.

Ciò implica che il silenzio serbato dall'amministrazione finanziaria non può assumere i connotati di un silenzio inadempimento, in quanto tale, impugnabile dal privato contribuente. A sostegno di ciò, milita anche l'assenza di un'apposita norma che qualifichi il silenzio serbato dall'amministrazione in termini di diniego⁴⁷.

Lo stato dell'arte, però, non comporta, a giudizio della Corte Costituzionale, un "vuoto di tutela" in quanto ammettere il carattere doveroso dell'autotutela "azionata" dal contribuente porrebbe quest'ultimo in una situazione di vantaggio indebito dato dalla possibilità di porre in essere atti abusivi legati alla facoltà, riconosciuta sine die, di incidere su situazioni consolidate, in spregio del principio della stabilità e della certezza del diritto. In sostanza, riconoscere una forma di autotutela così congegnata comporterebbe la creazione di una "comfort zone" a favore del contribuente tale da mettere in crisi il principio della definitività del provvedimento amministrativo.

Per siffatte motivazioni, la Consulta ha ritenuto non fondate le censure di incostituzionalità avanzate dalla Commissione tributaria provinciale di Chieti risolvendo un'annosa questione che è destinata ancora ad infiammare gli animi di dottrina e giurisprudenza.

4.2. L'erroneo esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione finanziaria e sue conseguenze.

L'orientamento sposato da ultimo dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza del 2017, circa il carattere discrezionale del provvedimento di

⁴⁶ C. DONATELLI, *Osservazioni critiche in tema di ammissibilità dell'impugnazione del diniego di autotutela innanzi alle Commissioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, I, p. 1736 ss.

⁴⁷ Cass. S.U., sentenza 27 marzo 2007, n. 7388; Cass. Civ., sez. trib., sentenza 9 ottobre 2000, n. 13412.

autotutela tributaria, impone un'ulteriore riflessione che attiene alla tutela del contribuente nel caso in cui la P.A. eserciti tale potere in modo erroneo o tardivo. Dottrina⁴⁸ e giurisprudenza⁴⁹, pertanto, hanno spesso affrontato la questione della risarcibilità dei danni provocati dalla condotta tenuta dall'amministrazione finanziaria che sia rimasta inerte e abbia esercitato i propri poteri di autotutela in assenza dei presupposti.

In tale ambito, giova tracciare una prima differenza di posizioni giuridiche vantate dal contribuente. Difatti, mentre la posizione giuridica del privato che sollecita l'autotutela assume i caratteri dell'interesse legittimo, si può notare come il contribuente vanti un diritto soggettivo perfetto vero e proprio nei confronti della P.A. qualora quest'ultima abbia posto in essere una violazione di legge.

Il principio del *neminem laedere*, positivizzato nell'art.2043 c.c., impone di considerare anche la P.A. come soggetto obbligato a tenere una condotta, non solo ossequiosa dei precetti legislativi e regolamentari che disciplinano la materia, ma anche diligente e prudente⁵⁰.

Nel caso in cui sia stato instaurato il procedimento di riesame che si sia concluso con un nuovo provvedimento, sostitutivo del precedente, risulta consolidato l'orientamento secondo cui il contribuente, potendo impugnare il nuovo atto (che rientra nell'elenco di cui all'art. 19, DPR n. 546/92), potrà ottenere, in caso di annullamento dello stesso, anche un risarcimento dei danni attraverso apposita domanda al giudice ordinario. Per ciò che concerne il profilo dell'onere probatorio, in passato si è discusso circa le modalità attraverso cui accertare la sussistenza dell'elemento psicologico rilevante in capo alla amministrazione finanziaria tale da permettere l'imputazione di responsabilità⁵¹. In un primo momento, si era proposta una indagine piuttosto penetrante sulla colpa del funzionario ma si è notato come questa portasse a storture in ambito processuale e a risultati non sempre soddisfacenti. Infatti, un criterio così mobile ed "empirico" poteva condurre ad eccessive "fughe di responsabilità" cosicché, attualmente, la giurisprudenza risulta concorde nel qualificare la responsabilità

⁴⁸ C. GIOÈ, *Profili di responsabilità civile dell'amministrazione finanziaria*, Padova, 2007, 129.

⁴⁹ Cass. Civ., sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883.

⁵⁰ G. BOLETTI, *Responsabilità per danni dell'amministrazione finanziaria*, *Il Fisco*, 2003, I, 63 ss.; P. ROSSI, *Il risarcimento del danno provocato al contribuente da atti illegittimi dell'amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.*, 2009, I, 1591.

⁵¹ Il Consiglio di Stato, con la pronuncia resa da sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, ha chiarito che tra le negligenze non scusabili vanno ricompresi i comportamenti sciatti, superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole e semplice esecuzione, come la verifica dell'esistenza o meno di titoli facili da verificare e non comportanti sottili e complicate indagini.

aquiliana della P.A. in ambito tributario, per erroneo provvedimento di autotutela in termini di colpa di apparato.

Con tale definizione si intende sottolineare come, a fronte di un comportamento posto in essere in violazione di norme di legge, la colpa dell'amministrazione deve considerarsi in re ipsa nella lesione del principio di legalità.

Lo stesso dicasi per il caso in cui l'amministrazione finanziaria abbia posto in essere un atto di conferma del precedente provvedimento o non si sia pronunciata sull'istanza di autotutela. In tale caso, la tutela offerta al contribuente sarà quella connessa all'impugnativa del provvedimento stesso, annullato eventualmente il quale, potrà farsi luogo il risarcimento del danno. In tale circostanza, il contribuente vanta un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. che legittima lo stesso alla proposizione di una domanda volta ad ottenere il ristoro economico dei danni prodotti.

Infatti, attraverso la valorizzazione del concetto di interesse legittimo in termini di bene della vita da tutelare, si è arrivati alla conclusione della insufficienza del rimedio caducatorio al fine della soddisfazione del contribuente danneggiato, cosicché, lungi dal riconoscere la responsabilità della P.A. solo in correlazione alla violazione del principio di legalità, risulta essere ammissibile anche il risarcimento di posizioni giuridiche soggettive siffatte.

5. Conclusioni.

Dalla disamina condotta, risulta di immediata percezione che l'istituto dell'autotutela tributaria, nonostante le differenze e le peculiarità rispetto al riesame a carattere amministrativo, continua a rivestire i caratteri di un'attività discrezionale.

Difatti, essa si qualifica quale esplicazione di poteri di amministrazione attiva che permettono da un lato di realizzare i principi di buon andamento ed imparzialità dell'*agere* amministrativo, dall'altro di garantire una tutela maggiormente effettiva del contribuente in relazione ad un'erronea imposizione fiscale.

Considerare la risposta in autotutela da parte della P.A. come doverosa significa non cogliere l'importanza del perseguimento dell'interesse pubblico come bussola dell'*agere* amministrativo. Non è possibile, infatti, ridurre quest'ultimo ad una mera applicazione automatica e vincolata di precetti, in quanto l'amministrazione si fa portavoce di una pletera di interessi, la cui composizione non è sempre agevole ed immediata. Può accadere, nella prassi, che un provvedimento viziato da profili di illegittimità venga conservato dalla P.A. in

quanto non esiste un ulteriore interesse pubblico di rango superiore che ne giustifichi la caducazione.

La P.A. (e l'amministrazione finanziaria, in particolare) non è un mero esecutore materiale di scelte poste al vertice dal legislatore. Essa ha il compito di vagliare le migliori soluzioni per rendere effettivi i dettami della legge, tenendo conto di principi quali la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti.

Non è possibile operare a priori una scelta a favore della tutela della stretta legalità, in quanto come il diritto amministrativo moderno ci insegna, bisogna squarciare il velo della forma, per andare a guardare alla sostanza dei rapporti, dei provvedimenti e delle situazioni per evitare di creare un sistema asfittico che annichilisce le garanzie approntate dall'ordinamento.

In un contesto del genere, si comprende il motivo per il quale l'autotutela, oltre ad essere strumento rimediabile rispetto agli errori commessi dalle amministrazioni, si ponga come istituto di deflazione dei procedimenti giudiziari al pari dei condoni fiscali e della conciliazione.

Assume pertanto una natura composita che si pone anche come accessoria rispetto alla stessa imposizione fiscale. Ciò dimostra come non sia possibile imbrigliare il concetto di autotutela tributaria in rigidi schemi formalistici e fissi. Infatti, l'autotutela permette all'amministrazione finanziaria di ritornare sulle proprie statuizioni al fine di tutelare il rispetto dei principi che governano non solo l'amministrazione tout court, ma soprattutto l'ordinamento tributario, il quale persegue l'obiettivo fondamentale di garantire un'imposizione legittima, attraverso un attento bilanciamento di interessi.

La nuova "arera" e gli strumenti di controllo giudiziario sulle authorities. le nuove forme agitive di natura amministrativa e le garanzie procedurali e sostanziali.

di Adabella GRATANI*

SOMMARIO: **1.** L'energia dopo il dopoguerra dalla natura di merce a fulcro degli equilibri concorrenziali e commerciali internazionali. **2.** Uno sguardo domestico. Il passaggio ad un regime di mercato libero per luce e gas. **3.** La natura dell'ARERA e gli strumenti di controllo giudiziario. **4.** L'ampiezza del sindacato giudiziario nei confronti degli atti delle Authorities. **5.** Il differente sindacato sull'attività sanzionatoria delle Authorities.

1. L'energia dopo il dopoguerra dalla natura di merce a fulcro degli equilibri concorrenziali e commerciali internazionali.

Il Trattato originario CEE non contemplava l'energia, le reti, nè come merce, nè come servizio, nè come bene *latu sensu* ambientale. Il Trattato europeo coevo del 25 marzo 1957, Euratom si occupava di una particolare energia (nucleare), in una epoca che prendeva a riferimento il post bellicum della seconda guerra mondiale. Allorchè si inizia ad inquadrare l'energia come merce si attira la sua disciplina all'interno degli obiettivi per l'instaurazione dell'allora mercato comune, oggi mercato interno¹, per perseguire il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri (art. 2, dell'allora TCE)² con un'unica tariffa doganale³. Gli obiettivi successivamente sono mutati fino a giungere nel XXI

* Assegnista Università TorVergata, Diritto Amministrativo, Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico, Università degli Studi di Pavia, Avvocato Cassazionista, Docente di Diritto Pubblico, Università di Brescia, a.a.2017/18, Autore di numerose pubblicazioni.

¹ Art. 26, par. 2 del TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati». Gli articoli relativi alla libertà di circolazione «sono norme fondamentali per la Comunità ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà», in Corte di Giustizia, sent. 13 dicembre 1989, C-49/89, *Corsica Ferries France / Direction générale des douanes françaises*, in Raccolta 1989.

² Ora art. 3, par. 3 del TUE : «L'Unione instaura un mercato interno (...)» e nella Parte III del Titolo I, in particolare all'art. 26, par. 1, del TFUE: «L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati». Entrambi i Trattati in G.U.UE n. 326 del 26 ottobre 2012.

³ Terminato il periodo transitorio che assegnava agli Stati un lasso di tempo per il progressivo adeguamento, con la firma dell'Atto Unico Europeo sottoscritto nel 1986 – ispirato al Libro Bianco della Commissione della CEE del 1985 che, a sua volta, includeva 279 provvedimenti legislativi per completare il mercato interno – si realizza l'esigenza di rivedere i Trattati di Roma «*al fine di*

secolo ad affrontare la sfida della creazione di un mercato libero in materia energetica⁴. Un obiettivo che sottende tutele anche di impatto ambientale come quella di garantire il corretto approvvigionamento all'energia riducendo al minimo l'inquinamento, nonché assicurare una totale accessibilità energetica a tutti i soggetti con prezzi competitivi, grazie al miglioramento delle reti energetiche.

Tra le prime misure⁵ intervenute negli anni '90, nel mercato dell'energia, è quella di prevedere una procedura europea per garantire la trasparenza dei prezzi dell'energia prodotta da gas ed elettricità al consumatore finale industriale; richiedendo un regime di pubblicità al punto da obbligare le imprese fornitrici energia a comunicare all'Istituto statistico delle Comunità Europee e alle Autorità competenti degli Stati membri i prezzi e le condizioni di vendita, al fine di rendere più omogenea e agevole la formazione delle tariffe⁶. I principi di trasparenza nella determinazione dei prezzi rappresentano una delle misure per assicurare «i presupposti di una concorrenza non falsata nel mercato comune», «essenziale per la realizzazione e il buon funzionamento del mercato interno dell'energia» (Considerando 1).

rilanciare l'integrazione europea e portare a termine la realizzazione del mercato interno" (G.U.CE n. 169 del 29 giugno 1987). L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Milano, 2012, p. 2-3. A ciò si aggiunga il rilievo che nel linguaggio "non tecnico" l'espressione "mercato comune" viene, addirittura, utilizzata come sinonimo di Unione Europea, secondo G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 391 e ss.

⁴ Documento della Commissione Europea in *Le politiche dell'Unione Europea. Energia*, Lussemburgo, 2015, www.publications.europa.eu.

⁵ Cfr. la Direttiva n.90/377/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1990, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica (G.U.U.E n. 185 del 17 luglio 1990); Direttiva 93/87/CEE della Commissione del 22 ottobre 1993 che modifica la direttiva 90/377/CEE per quanto riguarda le località e le regioni di indagine nella Repubblica federale di Germania abrogata Direttiva 2008/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica (rifusione) a sua volta abrogata dal Regolamento 2016/1952/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, relativo alle statistiche europee sui prezzi di gas naturale ed energia elettrica in vigore GUUE L 311, del 17 novembre 2016, p. 1-12.

⁶ M. P. CHITI, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 1025 e ss.

Norme comuni per il mercato dell'energia sono approvate poi con la travagliata⁷ Direttiva n. 96/92/CE⁸ e con la Direttiva n. 98/30/CE⁹ che rappresentano (cfr. i rispettivi Considerando 1) un passo importante verso l'integrazione del mercato interno dell'energia, tale da regolamentare la gestione, la trasmissione e la distribuzione dell'elettricità e del gas, nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione. Le dette misure di liberalizzazione – volte a rendere gradualmente "libero" il mercato monopolistico di energia elettrica e gas – rappresentano il "primo passo"¹⁰, a livello europeo del processo verso la realizzazione del mercato energetico pienamente concorrenziale.

La "seconda fase" per l'attuazione del mercato perfettamente concorrenziale, sempre per i settori dell'energia elettrica e del gas, è promossa con la Direttiva n. **2003/54/CE**¹¹ e con la Direttiva n. **2003/55/CE**¹², definite anche «secondo direttive sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas»¹³. In maniera analoga alle precedenti, entrambe le direttive «pongono le basi per la

⁷ *Ibid.*, p. 1029, in cui viene ricordato come le approvazioni di tali Direttive fossero avvenute "a seguito di un iter lungo e contrastato, che vide il non facile accordo politico raggiunto su soluzioni di compromesso, attenuate rispetto all'originaria portata liberalizzatrice delle proposte della Commissione".

⁸ Direttiva n. 96/92/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica Gazzetta ufficiale n. L 027 del 30 gennaio 1997 p.20-29, G.U.U.E n. 27 del 30 gennaio 1997, abrogata da Direttiva n.2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva n. 96/92/CE - Dichiarazioni riguardanti lo smantellamento di impianti e le attività di gestione dei rifiuti, abrogata a sua volta da Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica in vigore GUCE L 211, del 14 agosto 2009, p. 55-93.

⁹ Direttiva n.98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale G.U.U.E n. 204 del 21 luglio 1998, abrogata da Direttiva n.2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/CE a sua volta abrogata da Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale in vigore GUUE L 211, del 14 agosto 2009, p. 94-136.

¹⁰ F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 609 e ss.

¹¹ Direttiva n. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva n. 96/92/CE - Dichiarazioni riguardanti lo smantellamento di impianti e le attività di gestione dei rifiuti G.U.U.E n. 176 del 15 luglio 2003 abrogata da Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica in vigore GUUE L 211, del 14 agosto 2009, p. 55-93.

¹² Direttiva n. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/CE G.U.U.E n. 176 del 15 luglio 2003, abrogata dalla Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica in vigore GUUE L 211, del 14 agosto 2009, p. 55-93.

¹³ M. P. Chiti, *Op. cit.*

liberalizzazione del mercato, richiedendo la conformità di tali settori ai principi di trasparenza e di non discriminazione»¹⁴ disciplinando le procedure di generazione dell'energia, trasmissione/trasporto/stoccaggio e distribuzione o fornitura. La progressione verso il mercato libero si evince considerando che l'accesso alla rete dei gestori dei sistemi non è limitato, ma libero e non discriminatorio (Considerando 7 e 8 per il gas naturale e Considerando 6 e 7 per l'energia elettrica)¹⁵. L'apertura dei mercati energetici è prevista per i "clienti idonei" dal luglio 2004 e per "tutti i clienti" dal luglio 2007 (art. 23 "Direttiva gas" e art. 21 "Direttiva energia elettrica"). Punto focale contemplato nelle Direttive richiamate è la previsione del principio di tutela dei consumatori, assicurando trasparenza nelle condizioni generali di contratto, meccanismi di risoluzione delle controversie, nonché la possibilità di modifica del fornitore (art. 3, par. 3 "Direttiva gas" e art. 3, par. 5 "Direttiva elettricità").

L'ultima fase del procedimento di liberalizzazione del mercato dell'energia, è attuata con il c.d. "Terzo pacchetto energia"¹⁶ che vede l'intervento della Direttiva n. 2009/72/CE¹⁷ e della successiva Direttiva n. 2009/73/CE¹⁸, nonché del Regolamento n. 713/2009/CE¹⁹ che istituisce l'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia, del Regolamento n. 714/2009/CE²⁰ sugli scambi transfrontalieri per l'energia elettrica, e del Regolamento n. 715/2009/CE²¹ sulle reti di trasporto del gas naturale. Tali misure hanno inteso sottoporre le decisioni dei gestori delle infrastrutture energetiche a un sistema di regolazione e di

¹⁴E. A. RAFFAELLI e J. F. BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2006, p. 45 e ss.,

¹⁵Art. 2, par. 28, Direttiva n. **2003/55/CE**, «i clienti che sono liberi di acquistare gas naturale dal fornitore di propria scelta»; *idem* per l'energia elettrica in art. 2, par. 12, Direttiva n. **2003/54/CE** **cit.**.

¹⁶Così definito, *ex multis*, da S. CIOTTI *et al.*, *Le accise sui prodotti energetici e sull'elettricità*, Torino, 2014 p. 180 e ss., in cui si ricorda anche il c.d. "Pacchetto clima-energia" per favorire lo sviluppo di fonti rinnovabili.

¹⁷ Direttiva n. 2009/72/CE *cit. supra*

¹⁸ Direttiva n. 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 2003/55/CE in vigore GUUE L 211, 14 agosto 2009, p. 94-136.

¹⁹Regolamento n. 713/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia in vigore GUUE L 211, 14 agosto 2009, p. 1-14.

²⁰Regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003 in vigore GUUE L 211, 14 agosto 2009, p. 15-35.

²¹ Regolamento n. 715/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005 in vigore CUUE L 211, 14 agosto 2009, p. 36-54.

controlli «estremamente penetrante»²². Una delle maggiori novità consiste nel sistema di *unbundling*²³, funzionale e giuridico, consistente nella separazione tra la rete e la gestione del servizio che rappresenta la "precondizione"²⁴ per la definizione di un sistema pienamente concorrenziale. Tale separazione può essere proprietaria (*ownership unbundling*), gestionale o sistema dell'Operatore indipendente (*Independent System Operator-ISO*), oppure sistema del Gestore di trasporto indipendente (*Independent Transmission System Operator -ITO*)²⁵. A tale quadro, va ad aggiungersi il Trattato di Lisbona, in vigore dall' 1 dicembre 2009, che contiene un apposito Titolo, il XXI, dedicato all'energia, inserendola tra le materie di competenza concorrente. In particolare, l'art. 194, par. 1, del TFUE stabilisce che la politica energetica europea è intesa, in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, nonché a promuovere il risparmio energetico e l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie rinnovabili e l'interconnessione delle reti energetiche. Attualmente, l'Unione Europea consuma un quinto dell'energia prodotta a livello mondiale, pur possedendo ridotte riserve energetiche, una inadeguatezza delle infrastrutture nel territorio nazionale degli Stati, rendendola dipendente, in tal modo, dalle importazioni per coprire solo la metà del fabbisogno europeo²⁶.

²²Secondo E. BRUTI LIBERATI, *Il mercato dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel terzo pacchetto energia*, in M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI, *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Milano, 2011, p. 31 e ss.

²³Definito come «Separazione tra le varie componenti della filiera produttiva di un'impresa verticalmente integrata finalizzata a introdurre una maggiore competitività nel mercato di riferimento», in Dizionario di Economia e Finanza (2012), www.treccani.it

²⁴Termine di F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore : atti del convegno, Pisa, 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007, secondo cui tale sistema interviene «disintegrando gli assetti proprietari e contrattualizzando le relazioni tra i vari soggetti».

²⁵La separazione proprietaria è la «forma più avanzata di separazione» e presuppone la cessione di una o più "porzioni" della propria attività e, in particolare, implica la designazione del proprietario della rete come gestore del sistema di trasporto e la sua indipendenza dalle imprese di fornitura e produzione. Il sistema ISO, invece, impone al soggetto proprietario della rete una gestione affidata a un soggetto terzo «che diviene completamente ed esclusivamente responsabile del funzionamento della rete». Infine, nel sistema ITO si ammette la proprietà della rete e anche il controllo del gestore dell'attività di trasporto, purché, quest'ultimo, sia indipendente dal punto di vista decisionale e funzionale; precisazioni in M. GIACHETTI FANTINI, *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale: il caso italiano nel panorama europeo*, Aperta Contrada, 7 luglio 2017.

²⁶Indagine in *L'Unione dell'energia e l'azione per il clima*, Commissione Europea, febbraio 2017, www.publications.europa.eu.

Il settore energetico giunge ad essere considerato altamente "strategico"²⁷, nel XXI secolo, al punto che il 2012 è proclamato a livello internazionale, anno dell'energia sostenibile²⁸, che si pone alla base dell'economia mondiale e non solo europea influenzando l'economia internazionale²⁹.

In occasione della stesura del Programma di lavoro della Commissione Europea per il 2018³⁰, è ribadito l'obiettivo fondamentale di "completare l'Unione dell'energia" soprattutto in un'ottica concorrenziale (Allegato I, nuove iniziative n. 5) in ragione dello "stato di fatto" e dei passi che si sono realizzati fino ad oggi. Un quadro che spinge la stessa UE a promuovere una maggiore cooperazione tra gli Stati, ad incentivare la formazione di una "co-creazione" dei progetti energetici³¹: in tale contesto gli Stati membri devono essere consapevoli di dipendere gli uni dagli altri per poter garantire ai loro cittadini un approvvigionamento energetico sicuro "fondato su un'effettiva solidarietà e un'autentica fiducia"³². In occasione del "Second Energy Union Tour 2017-

²⁷M. ARCELLI *et al.*, *Il settore energetico in Europa: gli scenari futuri e le sfide del presente*, Catanzaro, 2006, p. 9 e ss., la sfida energetica «sta alla base dello sviluppo economico di qualsiasi sistema socio-economico».

²⁸Vd. la Risoluzione ONU adottata dalla Assemblea Generale, nel 69th plenary meeting, il 20 dicembre 2010, n. 65/151, che proclamava il 2012 «International Year of Sustainable Energy for All», ribadendo come l'efficienza energetica e l'accesso universale all'energia pulita siano obiettivi fondamentali: "(...) Recognizing that access to modern affordable energy services in developing countries is essential for the achievement of the internationally agreed development goals, including the Millennium Development Goals, and sustainable development, which would help to reduce poverty and to improve the conditions and standard of living for the majority of the world's population», in www.undocs.org.

²⁹S. QUADRI, *Energia sostenibile: diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Torino, 2012, Premessa. «(...) influenzando il futuro dei rapporti politici a livello globale»,

³⁰Comunicazione della Commissione intitolato «Un programma per un'Unione più unita, più forte e più democratica», al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strasburgo, 24 ottobre 2017, COM(2017) 650 final.

³¹«Completing the Energy Union requires close cooperation between the Commission, Member States and all segments of society. It is a process of co-creation in which the timely submission by Member States of draft integrated national energy and climate plans for the post-2020 period is a key milestone», esigenza indicata in "Third Report on the State of the Energy Union", Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli Investimenti, Bruxelles, 23 novembre 2017, COM(2017) 688 final.

³²Esigenza racchiusa in "Pacchetto "Unione dell'energia". Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici", Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni e alla Banca Europea per gli Investimenti, Bruxelles, 25 febbraio 2015 COM(2015) 80 final, in cui viene sottolineato che «(...) l'Unione dell'energia che auspichiamo si esprime con una sola voce sulla scena mondiale" e che la visione europea "è quella di un'Unione dell'energia che mette in primo piano i cittadini che svolgono un ruolo attivo nella transizione energetica, si avvantaggiano delle nuove tecnologie per pagare di meno e partecipano attivamente al mercato, e che tutela i consumatori vulnerabili».

2018³³, è ribadito come «Our objective remains crystal clear – by 2019, the Energy Union must no longer be a policy. It must be a reality».

2. Uno sguardo domestico. Il passaggio ad un regime di mercato libero per luce e gas.

La liberalizzazione del mercato dell'energia italiano s' intraprende nel 1999 in virtù del recepimento della normativa europea³⁴ che connatura le attività relative a produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia come "libere" (art. 1, comma I); per il mercato del gas si attende la metà del 2000³⁵, relativamente alla libertà delle attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato (art. 1, comma I).

Un sistema, quello dell'energia e del gas, prima governato da un regime di monopolio vede consentire al possibilità di scegliere tra più offerte sul mercato 1 luglio 2007, anche per le utenze domestiche. Lo Stato abbandona il ruolo di «attore primario nell'economia produttiva" per assumere le sorti di "arbitro e regolatore del mercato»³⁶. Sono fissati e attuati i principi europei di trasparenza e concorrenza del mercato, e soprattutto dell'obbligo di separazione della società di gestione e distribuzione con la proprietà della rete di distribuzione.

Le Direttive UE del "Terzo pacchetto energia" sono recepite³⁷ in modo non corretto, comportando una possibile condanna per inadempimento agli obblighi europei³⁸. E' introdotto il divieto, per il gestore del sistema di trasmissione nazionale, di esercitare attività di produzione e di fornitura di energia elettrica, nonché di gestire infrastrutture o impianti di produzione (art. 36, comma II). Per i clienti domestici e per le piccole medie imprese rimane possibile l'applicazione del regime c.d. di "maggior tutela", un'opzione che garantisce – ancora, fino al

³³Iniziativa promossa dalla Commissione organizzata al fine di presentare e diffondere, all'interno degli Stati membri, le opportunità che l'Unione dell'energia offre per l'Europa; per maggiori informazioni sui Paesi visitati www.ec.europa.eu/commission/priorities/energy-union-and-climate/2017-2018-energy-union-tour_en.

³⁴ D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (G.U.RI n. 75 del 31 marzo 1999)

³⁵ D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 164 Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (G.U.RI n. 142 del 20 giugno 2000).

³⁶ S. GLINIANSKI e G. PINO, *Decreto liberalizzazioni e sciopero dei servizi pubblici essenziali: atti del convegno tenuto presso l'Università Luiss Guido Carli, Roma, 3 luglio 2012*, Torino, 2013, p. 82 e ss.

³⁷ D.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 (G.U.RI n. 148 del 28 giugno 2011)

³⁸La Commissione Europea, il 26 febbraio 2015, ha avviato due procedure d'infrazione contro l'Italia per il non corretto recepimento delle Direttive 2009/72 e 2009/73 (c.d. "Terzo pacchetto energia") e per l'incompleto recepimento della Direttiva 2012/27 sull'efficienza energetica.

1 luglio 2019 allo consumatore l'erogazione di energia alle condizioni economiche e contrattuali stabilite trimestralmente dall'A.R.E.R.A.³⁹, contrapponendosi alle tariffe stabilite dal libero mercato.

Con la Legge annuale⁴⁰ per il mercato e la concorrenza è prevista la definitiva e completa apertura del mercato libero dell'energia elettrica e del gas a partire dal 1 settembre 2019 (art. 1, commi 59 e 60), così da comportare l'interruzione del regime di "*maggior tutela*", con l'eliminazione della definizione delle tariffe da parte dell'Autorità per i consumatori che non abbiano ancora optato per un fornitore sul mercato libero⁴¹. Sono previsti altresì appositi requisiti per l'ammissione sul mercato dei soggetti venditori di energia per il tramite di una valutazione "*Codice Energy Rating*".

Il passaggio in un regime di mercato libero per luce e gas, ha comportato la modifica delle disposizioni tariffarie e contrattuali degli utenti che, fino al 1 luglio 2019, rimangono sottoposti al regime "*di tutela*" dell'A.R.E.R.A. Attualmente, il settore liberalizzato prevede, in via generale, soluzioni contrattuali a prezzo fisso oppure a prezzo variabile con una libertà di accesso e di cambiamento di fornitore; mentre nel settore a "*maggior tutela*", il fornitore è esclusivamente l'azienda locale di distribuzione la quale applica tariffe regolate dall'Autorità che vengono aggiornate ogni tre mesi secondo gli andamenti del mercato. Con la "*liberalizzazione forzata*"⁴² le società di distribuzione elettrica avranno un ruolo più limitato: attraverso le loro reti o infrastrutture consegneranno energia prodotta e venduta da altre aziende elettriche, quelle di vendita.

Per agevolare gli utenti, l'A.R.E.R.A. dal 1 gennaio 2017, durante il regime transitorio, (2017-2019) applica la c.d. "*tutela simile*". Si tratta di un regime contrattuale di 12 mesi non rinnovabile in cui i prezzi imposti sono simili a quelli di "*maggior tutela*" ma con l'applicazione di un *bonus* diverso da fornitore a fornitore per una sola volta⁴³. Per comprendere, in linee generali, cosa questa liberalizzazione "completa" comporterà in termini economici non è di immediata

³⁹Si tratta, non solo di tariffe inerenti alla compravendita di luce e gas dal produttore al cliente finale, ma anche di tariffe relative alla distribuzione e al trasporto.

⁴⁰ L. 4 agosto 2017, n. 124 (G.U.RI n. 189 del 14 agosto 2017)

⁴¹ Vd deliberazione ARERA del 10 novembre 2017, n. 746/2017/R/COM contenente le prime indicazioni operative ai fornitori, affinché provvedano a comunicare agli utenti la cessazione di tale regime tutelato per abbracciare altro gestore.

⁴²J. GILIBERTO, *Luce e gas, la liberalizzazione rinviata per paura del mercato*, 5.04.2017, www.ilsole24ore.it.

⁴³Delibera del 7 giugno 2016, n. 369/2016/R/eel, www.arera.it.

comprensione, poiché dipende dal contesto di mercato e dalle singole condizioni previste dai contratti⁴⁴.

In attesa dell'entrata in vigore della liberalizzazione totale, si sono attivate le associazioni di consumatori, individuate dall'Autorità come "facilitatori" per la divulgazione delle informazioni transitorie⁴⁵.

3. La natura dell'ARERA, deficit democratico e gli strumenti di controllo giudiziario.

L'Autorità⁴⁶ per l'Energia Elettrica e per il Gas (A.E.E.G.)⁴⁷ diviene Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (A.E.E.G.S.I.), ed oggi Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (A.R.E.R.A.). Trattasi di un organismo indipendente, non di garanzia -ad esempio le autorità (GDPR) del Garante della privacy, (ANAC) anticorruzione etc.- ma di regolamentazione e controllo.

⁴⁴ Secondo L. SERAFINI, *Bollette luce e gas, slitta a luglio 2019 la fine delle tariffe "tutelate". Rischi e vantaggi per i consumatori*, 5 aprile 2017, www.ilsole24ore.it.

⁴⁵ Delibera del 24 novembre 2017, n. 689/2016/R/eel, www.arera.it.

⁴⁶ L'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico è un organismo indipendente, istituito con L. 14 novembre 1995, n. 481 (G.U.R.I n. 270 del 18 novembre 1995) con il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, svolgendo inoltre una funzione consultiva nei confronti di Parlamento e Governo.

⁴⁷ L. 23 agosto 2004, n. 239 (art. 1, comma VII, in G.U.R.I n. 215 del 13 settembre 2004). Con il Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici. (GURI n.284 del 6 dicembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 251) entrato in vigore il 6 dicembre 2011, ad eccezione dell'art. 4 che entra in vigore l'1 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 (in SO n. 276, relativo alla G.U. 27 dicembre 2011, n. 300), all'Autorità sono state attribuite competenze anche in materia di servizi idrici. Infatti, l'articolo 21, comma 19, prevede che: "con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481". Dlvo 4 luglio 2014, n. 102, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE. (GU n.165 del 18 luglio 2014), in vigore dal 19 luglio 2014, sull'efficienza energetica, sono attribuite all'Autorità specifiche funzioni in materia di teleriscaldamento e teleraffrescamento; in tale ambito, l'Autorità esercita altresì i poteri di controllo, ispezione e sanzione previsti dalla legge istitutiva, nonché i poteri sanzionatori di cui all'articolo 16 del Dlvo n. 102/2014. Con Legge 27 dicembre 2017, n. 205, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. (GURI n.302 del 29 dicembre 2017 - Suppl. Ordinario n. 62), in vigore dall'1 gennaio 2018, ad eccezione dei commi 756, 808, 816, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 1127 e 1168 dell'art. 1 e dei commi 16, 36 e 37 dell'art. 18 in vigore il 29 dicembre 2017, sono state attribuite all'Autorità funzioni di regolazione e controllo del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati. Pure per questo settore le competenze conferite sono svolte con i medesimi poteri e nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, incluse quelle di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge istitutiva n.481/1995.

La figura dell'Authority è di origine americana, trae spunto dalle *Independent Regulatory Agencies*⁴⁸, per attuare un processo di regolazione pubblica dell'economia, caratterizzato da uno sviluppo veloce di tecnologie, plurime utilizzazioni in settori variegati. L'Authority ingloba in se attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali sanzionatori, incaricata "with keeping out of politics", ovvero a distanza dalle componenti politiche⁴⁹.

Uno degli ambiti controversi che di recente torna⁵⁰ ad attirare le attenzioni degli operatori del settore, forse in concomitanza del nuovo volto dell'ARERA, concerne il novero dei rimedi esperibili avverso gli atti delle cd. Autorità indipendenti e l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sulle loro decisioni.

Le autorità amministrative indipendenti, pur con natura di apparati formalmente amministrativi, svolgono funzioni salienti quali: a) la regolazione di un settore (*rulemaking*) ovvero in poteri normativi e quasi normativi nella regolazione di un mercato che sfociano in atti amministrativi generali, determinazioni, delibere e Linee Guida; b) l'aggiudicazione (*adjudication*), ovvero la c.d. funzione «para-giurisdizionale» dell'applicazione delle norme che regolano un certo settore economico in cui opera l'impresa con l'adozione dei relativi provvedimenti; c) la comminazione di sanzioni a carico di imprenditori ed esponenti dei soggetti

⁴⁸ Vd. nel 1887, la Commerce Regulatory Commission, avente la funzione di disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie e dirimere il conflitto tra interessi apertosi negli Stati Uniti in seguito allo sviluppo delle strade ferrate. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti* in Enc. Giur., 1995.

⁴⁹ Per un quadro globale vedere R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, www.rivista.ssef.it, p.1-18; S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in Giorn. dir. amm., 2011, 1, p.102.

⁵⁰ C. CONTESSA *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti* del 24 luglio 2018, www.giustizia-amministrativa.it/documents; R. GIOVAGNOLI *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, www.jusforyou.it/media, del 20 luglio 2018; *idem* con lo stesso titolo nel 2013, www.giurdanella.it/wp-content/uploads/2013/04/Giovagnoli-sindacato_autoria_indipendenti.pdf; S. STAIANO *Essere giudice «a limitato fine» Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, del 4 luglio 2018, www.astrid-online.it/static/upload/stai/staiano_federalismi.pdf, n. 14/2018; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement* (decreto legislativo n. 3/2017) del 14 aprile 2018, www.sipotra.it; E. CUCIT, *Autorità amministrative indipendenti e legalità di regolazione. Le valutazioni tecniche opinabili riservate all'Agcm, autorità amministrative indipendenti e legalità di regolazione* Corso magistratura on-line mp3 2016/2017, del 4 dicembre 2017, www.justowin.it/new/2017/12/04/autorita-amministrative-indipendenti-e-legalita-di-regolazione/; A. ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, del 27 gennaio 2016, http://federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?artid=31262; A.E. BASILICO *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 Cedu*, Rivista AIC n: 4/2011 del 29 novembre 2011; R. ROLLI-A. TAGLIALATELA, *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giustamm* n. 2 - 2010, www.giustamm.it/bd/dottrina/3689.

vigilati, in presenza di determinate condotte tipizzate, tramite modelli procedurali che ricalcano l'applicazione della legge 24 novembre 1981, n. 689.

La problematica sulla democraticità delle decisioni/normazione delle Autorità indipendenti, si scontra con uno spazio che non è occupato da fonti di rango primario, ove la funzione della regolazione di uno o più settori, che si esterna con attività normativa e attività amministrativa, si traduce nella predeterminazione delle regole di comportamento destinate a vincolare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati di volta in volta regolati.

In questa sede il *deficit* di legittimazione democratica che sovente si contesta ai "regolatori" e il difetto di legalità sostanziale (in quanto il legislatore nell'attribuire i poteri di *regulation* spesso non ne delimita l'oggetto e non fissa i criteri generali cui essi devono attenersi) è ammesso sia alla luce di una normazione che si vuole "neutrale", ovvero svincolata da un potere politico e da scelte partitiche mutevoli, sia in quanto nasce dallo stesso mercato concorrenziale; una normazione agganciata ai principi costituzionali di cui agli artt. 21, 41, 47 e 97, oltre che ai principi europei della libera concorrenza, della libertà di circolazione e di stabilimento, della tutela dell'investitore-risparmiatore. Altri assentono operando un riferimento ad una riserva tecnica, che rappresenta il vero tratto distintivo della figura dell'ente pubblico, di cui, peraltro, le Autorità indipendenti potrebbero costituire uno sviluppo e un perfezionamento.

Il tema della democraticità delle decisioni è strettamente connesso ad un controllo al sindacato ovvero alla giustiziabilità degli atti dell'Autorità. Detto rilievo deve anche contemperare il risvolto che più è penetrante il controllo giurisdizionale sull'operato dell'ente, meno forte è il grado di indipendenza al medesimo garantito. Alla luce di tali rilievi il controllo giurisdizionale si impernia sulla c.d. legalità procedimentale rafforzata, costituito dal verificare che siano rispettate le garanzie procedimentali, l'applicazione del giusto procedimento: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, nell'assicurare le garanzie del contraddittorio ed il potenziamento delle forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori. Rilevante è assicurare la conoscenza e la partecipazione effettiva al processo decisionale attraverso le procedure di consultazione preventiva, volte a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati attraverso audizioni e meccanismi di «notice and comment», tratti dall'esperienza statunitense, con cui è data

preventivamente notizia del progetto di atto ed è consentito agli interessati di fare pervenire le proprie osservazioni⁵¹. Inoltre, il provvedimento finale, l'atto di regolazione, deve contenere una cd. "giustificazione sostanziale" ovvero una motivazione articolata della valutazione delle risultanze istruttorie emerse nel corso della consultazione⁵², l'autorità deve indicare le finalità dell'intervento regolatorio anche alla luce delle osservazioni svolte dai regolati.

In sede giurisdizionale è pertanto curata, in particolare, la figura sintomatica dell'eccesso di potere quale strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore.

Il dibattito se tali organismi⁵³ fossero da ricondurre all'alveo della pubblica amministrazione o fossero invece assimilabili al potere giudiziario, ha consentito di prediligere⁵⁴ la tesi della natura amministrativa. Superata la questione della natura giuridica delle Autorità Indipendenti (e, conseguentemente, degli atti da questa adottati), risulta ormai pacifica la loro natura amministrativa, seppur con delle evidenti peculiarità⁵⁵. Difatti per loro trova applicazione la disciplina generale riguardante le pubbliche amministrazioni⁵⁶, con la peculiarità che il

⁵¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 luglio 2011, n. 1737.

⁵² Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009. Per i compiti di regolazione, il contraddittorio e le procedure di consultazione consentono alle Autorità di disporre di elementi conoscitivi, e al contempo permettono ai soggetti regolati di esprimere il proprio punto di vista tramite le osservazioni (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710). La giurisprudenza ha messo più volte in luce l'applicazione, anche per gli atti regolatori, delle garanzie fissate dalla Legge n. 241/90 in tema di partecipazione e, come già detto, obbligo di motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153). L'obbligo della articolata motivazione non si traduce in una puntuale replica a ogni osservazione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215).

⁵³ Cass.Civ, Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341.

⁵⁴ Sulla stessa linea, Consiglio di Stato, Sez. I, 16 marzo 2011, n. 4478; T.A.R. Lazio, Roma, 27 gennaio 2011, n. 2516 Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818 che ha confermato i precedenti orientamenti affermando che è evidente la natura di pubblica amministrazione in senso stretto delle autorità indipendenti poiché esse, da un lato sono composte da soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali (art. 2, comma 10, L. n. 481 del 1995), dall'altro svolgono una serie di funzioni e compiti propri dello Stato. Inoltre le autorità sono definite tali dallo stesso legislatore (art. 119, comma 1, lett. b, c.p.a.) in ragione della loro piena indipendenza di giudizio e di valutazione, la quale non va intesa come motivo di esonero dall'applicazione della disciplina generale riguardante le pubbliche amministrazioni (Cons. St., Sez. III, 5 aprile 2011, n. 2120), ma comporta, più limitatamente, che il Governo non può esercitare la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4231).

⁵⁵ Il Consiglio di Stato ha rilevato come la grande autonomia consente alle autorità di derogare le norme generali valide per tutte le pubbliche amministrazioni, solo però a condizione di un ragionevole e funzionale esercizio in diretta correlazione con le specificità per cui tale autonomia è stata conferita (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 aprile 2015, n. 1739; Id., Sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 14).

⁵⁶ Cons. St., sez. III, 5 aprile 2011, n. 2120.

Governo non può esercitare verso le stesse la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento⁵⁷.

Ditalchè, è pacifico che trovino applicazione i rimedi giudiziari amministrativi e che quelli gerarchici ed in opposizione siano esclusi dal novero dei mezzi di tutela azionabili avverso gli atti delle Autorità, data l'indefettibilità del carattere dell'indipendenza. Qualche dubbio, invece, si pone in merito all'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica previsto e disciplinato dal D.P.R. n.1199/71⁵⁸. La sua tradizionale configurazione di rimedio amministrativo (incluso dal legislatore tra i ricorsi amministrativi) porterebbe a escludere anche la possibilità di esperimento di un tale ricorso, onde evitare l'introduzione di un controllo surrettizio, vanificando il requisito dell'indipendenza.

Tuttavia, la giurisprudenza si è sempre mostrata favorevole ad ammettere tale rimedio avverso gli atti provenienti dalle autorità indipendenti.⁵⁹ L'intervento legislativo nel 2009⁶⁰ che ha reso vincolante, oltre che obbligatorio, il parere del Consiglio di Stato sulla delibera del Consiglio dei Ministri che decide il ricorso straordinario, ha indotto a riconsiderare le precedenti conclusioni. Sul punto è intervenuta la giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁶¹, la quale, constatando il mutamento della natura di tale rimedio, da amministrativa a giurisdizionale, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo, ha di conseguenza fatto venir meno le ragioni impeditive ad un suo esperimento sugli atti delle autorità.

L'ammissibilità del ricorso straordinario è poi confermata dal legislatore che, nell'art. 119 c.p.a.⁶², non ha previsto l'esclusione del rimedio giudiziale sancita invece dai successivi artt. 120 e 128 per altri riti speciali.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4231. L'indipendenza dal controllo governativo si manifesta anzitutto con la predisposizione di un regime di autonomia organizzativa interna; sul piano «funzionale» con l'attribuzione da parte della legge della piena autonomia di giudizio e valutazione (Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2015, n. 184); su quello strutturale, tramite le disposizioni che regolano le modalità di nomina e le incompatibilità dei componenti, nonché il trattamento economico e giuridico del personale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3 marzo 2014, n. 3663; Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2014, n. 6334).

⁵⁸ L'Art. 8. Così recita: «Contro gli atti amministrativi definitivi è ammesso ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per motivi di legittimità da parte di chi vi abbia interesse».

⁵⁹ In questa direzione: Consiglio di Stato, Sez. I, 20 maggio 2008, n. 7341; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 23 maggio 2008, n. 4869

⁶⁰ art. 69, comma 2, L. n. 69/09. Con la suddetta novella, il rimedio diviene solo formalmente amministrativo, ma nella sostanza la decisione è rimessa al Consiglio di Stato.

⁶¹ Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73; Cass., SS.UU., 14 maggio 2014, n. 10414. Tali pronunciamenti decretano l'esperibilità del rimedio avverso gli atti delle Autorità indipendenti.

⁶² L'art. 119 si riferisce espressamente ai provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti.

Da ultimo il giudice amministrativo ha allargato anche alle autorità indipendenti, che abbiano emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario, la legittimazione a proporre l'istanza di trasposizione di tale ricorso in sede giurisdizionale⁶³.

Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti costituisce uno dei temi più dibattuti in giurisprudenza. In materia, il Consiglio di Stato⁶⁴, interpretando le parole della CEDU nella sentenza «Grande Stevens», ha chiarito che non vi è alcun obbligo di estendere le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa davanti all'autorità, purché sia assicurata la possibilità di ricorso davanti ad un giudice munito di poteri di piena giurisdizione, e che quindi le suddette garanzie possano attuarsi compiutamente in tale sede.

4. L'ampiezza del sindacato giudiziario nei confronti degli atti delle Authorities.

Le giurisprudenze amministrativa ed ordinaria in tema di sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti hanno sempre riservato uno spazio centrale al tema della discrezionalità tecnica.

Trattasi questione "antica", che trova una svolta a far data dalla nota sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999⁶⁵, che pone un distinguo netto tra la discrezionalità tecnica e la discrezionalità amministrativa⁶⁶, segnando il passaggio in cui si ammette che il giudice, pur senza potersi sostituire all'Amministrazione, possa, comunque, censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili non solo agli occhi del profano (giudizio estrinseco), ma anche a quelli dell'esperto (giudizio intrinseco), attraverso il controllo dell'attendibilità del criterio tecnico utilizzato del suo esito applicativo.

Così, laddove si verta in una norma con margini di elasticità interpretativa, e quindi compatibile con una pluralità di soluzioni tecniche, il giudice non deve

⁶³ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 5 luglio 2013, n. 1756.

⁶⁴ Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595-1596.

⁶⁵ Nel caso di specie era stato impugnato il decreto del Ministro di grazia e giustizia recante il diniego di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio dell'infermità cardiopatica.

⁶⁶ D. GIANNINI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, Giuffrè, www.iusexplorer.it Tra la "discrezionalità amministrativa" e la "discrezionalità tecnica", perciò, vi è una diversità concettuale di fondo: mentre la discrezionalità amministrativa consta sia del momento del giudizio (nel quale si acquisiscono e si esaminano i fatti), che del momento della scelta (nel quale si compie una sintesi degli interessi in gioco e si determina la soluzione più opportuna), la discrezionalità tecnica, viceversa, contiene il solo profilo del giudizio, risolvendosi soltanto in una analisi di fatti, sia pure complessi, ma non di interessi. Vd. anche M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti* Giornale di diritto amministrativo 4/2015, p. 559- 570.

imporre la soluzione tecnica che lo convince maggiormente, ma solo verificare se l'Amministrazione abbia rispettato quel margine di elasticità, collocandosi entro i confini dell'attendibilità.

Secondo la pronuncia del '99 citata⁶⁷, il giudice può, quindi, verificare direttamente l'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'amministrazione e del procedimento applicativo seguito (sindacato c.d. intrinseco), avvalendosi delle stesse conoscenze tecniche dell'autorità, grazie all'introduzione nel processo amministrativo della consulenza tecnica d'ufficio⁶⁸. Se quella ora descritta è connotata come discrezionalità tecnica, si verte nella discrezionalità amministrativa, laddove operato il sindacato e riconoscendo, a fronte di più soluzioni tutte opinabili, tutte parimenti attendibili, che debba prevalere la scelta tecnica compiuta dall'Amministrazione.

Valutati i criteri che sottostanno ad una discrezionalità tecnica e amministrativa, interessante è comprendere l'intensità del controllo, cioè se il sindacato giurisdizionale possa giungere a sostituirsi alla volontà della p.a. (sindacato c.d. forte), o invece debba arrestarsi all'annullamento della decisione, senza sovrapporre la propria valutazione a quella in precedenza svolta dall'autorità (sindacato c.d. debole).

La giurisprudenza⁶⁹ ha optato in prevalenza per la seconda alternativa, ritenendo che al giudice amministrativo sia permesso riesaminare la valutazione compiuta dall'autorità, potendo sindacarla fino a mettere in discussione i criteri tecnici opinabili adottati, ma non può, oltre ad annullare la decisione, anche sostituirla con una propria⁷⁰. La dicotomia sindacato forte/debole, invero, è stata poi superata dal Consiglio di Stato⁷¹, allineandosi a un modello europeo, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, e in cui sia attribuito al giudice il compito, non di esercitare un potere assegnato dalla legge a un'autorità, ma di verificare se quest'ultimo sia correttamente esercitato⁷².

⁶⁷ Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601

⁶⁸ art. 16, L. 21 luglio 2000, n. 205.

⁶⁹ *Ex multis* Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479; Id., 10 dicembre 2014, n. 6041; Id., 15 dicembre 2014, n. 6154; Id., 4 luglio 2012, n. 2901; Id., 28 settembre 2012, n. 5140.

⁷⁰ Cons. St., Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228; Id., 11 settembre 2014, n. 4629; Id., 21 maggio 2013, n. 2722; Id., 11 marzo 2012, n. 1192; Id., 2 maggio 2012, n. 2521.

⁷¹ Cons. St., Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6050.

⁷² Cons. St., Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (20 gennaio 2014, n. 1013), riprendendo alcuni precedenti⁷³, confermano l'orientamento secondo cui il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, sui provvedimenti delle autorità indipendenti, comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e includono apprezzamenti ovvero un controllo sulla ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti espressivi di valutazioni tecniche è un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Sotto quest'ultimo aspetto, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., la cognizione giudiziale non si ferma alla fase rescindente, ma si estende alla rideterminazione della sanzione nell'esercizio della giurisdizione di merito.⁷⁴

Il quesito «se le valutazioni tecniche operate dalle Autorità al fine di dare attuazione al precetto legale, possano o debbano esser sindacate da parte del giudice amministrativo, pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità» (il caso riguardava la nozione di mercato rilevante) trova nella pronuncia del 2014 una svolta. Occorre mutare atteggiamento versus un sindacato del giudice amministrativo di tipo "debole", che si limita ad una mera declaratoria di accertamento, del rispetto o meno, della legge con connotati neutri nel merito, soprattutto per quei casi in cui gli apprezzamenti tecnici presentano margini di opinabilità. Le pronunce che giudicano l'operato delle autorità indipendenti illegittimo, impedendo di trovare un parametro giuridico, da giudicare per i casi futuri, creano una stasi nel sistema e minano la certezza del diritto.

Le Sezioni Unite giudicano che « Non può ... sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal

⁷³ Cass., SS.UU., 29 aprile 2005, n. 8882; Id., 17 marzo 2008, n. 7063; Id., 13 maggio 2013, n. 11345 si pronunciano sull'estensione del sindacato del giudice amministrativo a fronte di provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti e, nello specifico, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)., I ricorrenti avevano lamentato «*il preteso rifiuto da parte del giudice amministrativo di esercitare appieno il potere giurisdizionale spettantegli*» a fronte di un provvedimento inibitorio adottato dall'AGCM riguardo a condotte considerate integranti un abuso di posizione dominante, sanzionate ai sensi dell'art. 3 L. 287/90.

⁷⁴ Cons. St., Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085; Id., 7 settembre 2012, n. 4753; Id., 16 settembre 2011, n. 5171.

verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica». Spesso la casistica impone accertamenti di tipo tecnico (discrezionalità tecnica) e giammai discrezionali. Le valutazioni tecniche delle pubbliche amministrazioni indipendenti devono essere assoggettate al sindacato del giudice senza che ciò possa determinare un'invasione della sfera di merito dell'amministrazione.

Le Sezioni Unite incentivano la via di sindacare i criteri tecnici come utilizzati dalla p.a., prendendo a riferimento i presupposti di fatto involgenti i profili tecnici e le conseguenze che la loro applicazione e interpretazione essi hanno portato «vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto». L'opinabilità della valutazione tecnica diventa il parametro dell'estensione del sindacato del giudice amministrativo, rimanendo pur nei parametri dello stretto sindacato di legittimità e non di merito, la cui cognizione è destinata ad arrestarsi a fronte di un ventaglio di soluzioni tecniche, ugualmente possibili.

Le Sezioni Unite, superando l'impostazione tradizionale che distingue tra sindacato intrinseco di tipo forte o debole, statuiscono che «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini».

Il quadro giurisprudenziale in materia di *Autorities*, consente anche di entrare nel merito del tema della sindacabilità degli atti dell'ARERA. Il Consiglio di Stato

giudica positivamente la *riperimetrazione* delle tariffe come eseguite dalla ex AEEGSI⁷⁵, assumendo che si verta in una valutazione tecnico-discrezionale attendibile, ragionevole ed adeguatamente motivata. Trattasi di un settore ove le valutazioni relative alle determinazioni tariffarie regolatorie sono caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica non immediatamente comprensibili ai non addetti, «in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l'impiego di concetti e nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario», e tali da necessitare l'ausilio di periti, per meglio comprendere le questioni sottese.

In questo contesto il Consiglio di Stato rimprovera ai giudici di primo grado di «avere esercitato un tipo di sindacato che si è arrestato in superficie, senza entrare nella complessità tecnica della materia oggetto di regolazione. La sentenza, infatti, si è limitata ad etichettare in termini di inadeguatezza motivazionale ogni scelta non immediatamente intelligibile, confondendo il piano della complessità tecnica con quello della carenza motivazionale»⁷⁶ Con un tal procedere e il giudice amministrativo di appello ha ritenuto che proprio la naturale complessità delle valutazioni delle Autorità Indipendenti renda oltremodo necessario un potenziamento del sindacato giurisdizionale (di carattere intrinseco e forte)⁷⁷.

Concludendo sul punto, il Consiglio di Stato ritiene che il vaglio non deve fermarsi rinunciando a comprendere il tecnicismo delle valutazioni e avanzare giudizi superficiali di illegittimità o inadeguatezza, bensì devono procedere ad un sindacato intrinseco, esaminando le valutazioni utilizzando gli stessi criteri e parametri tecnici dell'Autorità⁷⁸, al fine di vagliarne la ragionevolezza. La «scarsa intelligibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei

⁷⁵ Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165. Nel caso di specie, il T.a.r. Lombardia aveva annullato la Deliberazione 25 ottobre 2012, n. 436/2012/R/Gas, relativa alle modifiche apportate ad alcuni parametri relativi ai meccanismi di determinazione tariffaria.

⁷⁶ *ibidem*.

⁷⁷ E ancora il Consiglio ritiene che: «A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve, infatti, avvenire "con gli occhi dell'esperto", ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione».

⁷⁸ Conclude, sostenendo che «le scelte regolatorie in materie tecnicamente complesse possono risultare incomprensibili agli occhi del profano, ma questo non basta per desumerne il difetto di motivazione, avendo il giudice l'onere di esaminarle riutilizzando gli stessi criteri tecnici utilizzati dall'Autorità per verificare se, in tale ottica "specialistica", la scelta regolatoria riveli una sua intrinseca attendibilità o ragionevolezza».

criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione. Ciò ancor di più in considerazione del fatto che gli atti di regolazione in questione costituiscono esercizio di una potestà normativa attribuita a soggetti privi di rappresentatività e di legittimazione democratica perché estranei alla tradizionale tripartizione dei poteri ed al circuito della responsabilità politica delineato dall'art. 95 Cost.».

Anche con riferimento agli atti e le decisioni dell'Autorità per il servizio idrico si debbano estendere le considerazioni svolte dalla giurisprudenza con riguardo alla sindacabilità dell'operato delle Autorità amministrative indipendenti, essendo un altro ambito caratterizzato da un elevato tecnicismo, ciò a garanzia non solo del privato, ma anche dell'Autorità stessa, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché apparentemente di difficile comprensione. Così, in un'altra pronuncia⁷⁹, sulla rideterminazione della componente tariffaria idrica in merito agli oneri finanziari del gestore, il Consiglio di Stato, si è avvalso della consulenza tecnica d'ufficio ai fini di un compiuto sindacato giudiziale 'esterno', *sub specie* di non manifesta illogicità, sull'attendibilità e ragionevolezza. Ciò al fine di valutarne la conformità al vigente assetto normativo quale scaturito dall'esito referendario, non potendo più ormai tale componente tariffaria essere improntata al criterio "*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*", bensì al criterio, diverso e più restrittivo, della copertura integrale dei costi. Le misure sono state considerate legittime in quanto «mirano a ristabilire la parità di trattamento in contesti ben determinati e specifici, senza alcuna pretesa di realizzare una disciplina permanente delle fattispecie in questione».

⁷⁹ Con la sentenza n. 2481 del 26 maggio 2017 il Consiglio di Stato respinge i ricorsi avverso le sentenze del TAR Lombardia, n. 779/2014 e n. 780/2014, ribadendo la piena legittimità del metodo tariffario (MTT) adottata dall'AEEGSI per definire i criteri per le tariffe del sistema idrico integrato, affermando in particolare che l'AEEGSI stabilendo i singoli parametri del metodo tariffario (MTT) ha posto attenzione alle specificità tecniche e normative che caratterizzano il Sistema Idrico Integrato, calcolando separatamente gli oneri finanziari e fiscali, attenendosi al solo criterio della copertura del costo efficiente di ogni singola componente. I giudici hanno stabilito che il principio del cd. *full cost recovery* è compatibile con l'esito del referendum. Nel caso di specie, il T.a.r. per la Lombardia respingeva i ricorsi proposti dal Codacons e dalla Federazione Nazionale di Consumatori e Utenti - Federconsumatori avverso la deliberazione con cui l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico aveva approvato il metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato per gli anni 2012 e 2013.

5. Il differente sindacato sull'attività sanzionatoria delle Authorities.

Il sindacato sugli atti delle Authorities si configura con profili differenziati a seconda si verta nella attività di regolazione e in quella sanzionatoria. L'attività sanzionatoria presuppone condotte già regolamentate in un mercato già operante secondo modelli di libera concorrenza e si profila come penalizzante di quelle condotte non correttamente osservanti le regole, colpendo con interventi ex post i comportamenti (accordi o abusi di posizione dominante) che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo. L'estrinsecazione del potere sanzionatorio, diversamente da quella regolatorio, è una manifestazione di un potere/dovere, ovvero di un'attività a carattere vincolato, mediante il quale è accertata la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie che non solo si discosta da quella regolamentata, ma che è espressamente contrastata ovvero non voluta operante nel settore regolamentato. Non vi è esercizio di poteri di policy, né esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio nella attività sanzionatoria⁸⁰.

I rilievi che vengono in esame in questo contesto sono in parte quelli evidenziati sopra nell'ambito della descrizione della fattispecie sanzionata, proprio in considerazione dei concetti giuridici indeterminati, la loro integrazione con regole tecniche specialistiche (economiche e non solo). Si riverbera anche in questo contesto la necessità che l'organo controllore si munisca di volta in volta di un ausiliare tecnico per evitare di incorrere sempre in valutazioni tecniche opinabili, in un abuso della c.d. discrezionalità tecnica.

In questo contesto il giudice è tenuto ad operare sempre un controllo sul fatto, facendosi affiancare da un ausiliario, ma gli è precluso un sindacato sulla sanzione e sostituirsi alla autorità amministrativa per una eventuale modifica della sanzione, rimanendo detta funzione di esclusiva competenza della autorità indipendente. Potrà limitarsi ad accogliere o rigettare il ricorso avente ad oggetto l'annullamento del provvedimento sanzionatorio, ma non a modificarlo in punto di sanzione.

⁸⁰ Vd. R. GIOVAGNOLI *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale, cit.* Le peculiarità (procedimentali e processuali) in campo sanzionatorio si spiegano in considerazione del fatto che le sanzioni amministrative, pur essendo adottate da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere autoritativo, non sono propriamente provvedimenti amministrativi. Ciò che caratterizza immancabilmente il provvedimento amministrativo, invero, è il fatto che esso è sempre diretto alla cura di un interesse pubblico particolare, in nome del quale il potere è attribuito.

La funzione sanzionatoria e rieducativa nel contesto delle Authority si esplica con due configurazioni distinte. Una che vede l'adozione di atti sanzionatori all'esito di un procedimento (delineato, nei suoi tratti generali dalla legge n. 689/1981) e sottoposte ad un particolare regime processuale (si impugnano, di regola, davanti al giudice ordinario, attraverso uno speciale rito). Un'altra, quella cd. delle *decisioni con impegni*⁸¹, che possono intervenire in diverse fasi procedurali, nel rigoroso e doveroso contraddittorio delle parti e senza necessitare dell'intervento del giudice.

Anche quando il provvedimento amministrativo è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell'esercizio del potere, ma la conseguenza indiretta di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato. Le decisioni con impegni, le misure cautelari e i programmi di clemenza costituiscono strumenti innovativi ed efficienti per l'ARERA, benchè siano noti⁸² e già adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) fin dagli anni 2003, nella repressione delle intese e degli abusi di posizione dominante.

Le peculiarità del sistema delle decisioni di impegni, che prendono ad oggetto il ripristino della situazione violata, del danno cagionato, etc. sono molteplici e richiedono un'altra sede di approfondimento per le sue analisi (esempio esecuzione esatta dell'impegno assunto in tempi precisi, con modalità previamente determinate, corresponsione di una somma di denaro) e le conseguenze ove non siano rispettati gli elementi dell'impegno nelle esatte coordinate assunte, ovvero con modalità e tempistiche diverse, ovvero sia impossibile porre in essere le condotte previamente stabilite, etc.

Dette peculiarità sono state vagliate e sono ancora di particolare interesse nel settore della antitrust; ancora da studiare nel nuovo comparto dell'Authority della

⁸¹ Vd. linee guida sulla procedura di valutazione degli impegni di cui all'art. 45 del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 9, https://www.arera.it/allegati/operatori/impegni_LineeGuida.pdf. L'art. 45, comma 3, del decreto legislativo n. 93/2011 ha introdotto l'istituto degli impegni nell'ambito dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità, fissando alcune regole fondamentali e demandando all'Autorità medesima il potere di regolamentare le modalità procedurali per la valutazione degli stessi (art. 45, comma 6). L'Autorità ha quindi approvato con deliberazione n. 243/2012/E/com il 'Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni.

⁸² Vd. Regolamento N. 1/2003/CE del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in GUCE L1 del 4 gennaio 2003. Ex multis vd. C. GARILLI *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza*, in Rassegna degli orientamenti europei ed italiani, 2012, pp454 ss

nuova ARERA⁸³ e dei settori di pertinenza che si sono ampliati anche negli ultimi tempi.

Le decisioni con impegni hanno la peculiarità di presentare elementi prettamente di natura amministrativa (public enforcement) e di natura civile (private enforcement) con un ruolo sostanzialmente complementare: la prima portando all'accertamento e l'indicazione (eventualmente) della sanzione dell'infrazione; la seconda al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno subito a seguito della violazione perpetrata e le modalità di esecuzione per farvi fronte di natura ripristinatoria o meramente risarcitoria ove la prima non sia possibile. In questi termini, le conseguenze civilistiche di un'infrazione alla regolazione dell'Arera, analogamente alle sanzioni imposte dalle Autorità pubbliche, svolgono anch'esse una funzione dissuasiva, determinando un aumento dei costi attesi dalle imprese che prendono parte a detti illeciti.

Lo strumento delle decisioni con impegni introduce una ibridazione dell'attività delle autorità indipendenti. Una critica avanzata allo strumento delle decisioni con impegni è quella di veder condurre l'autorità ad una «deriva regolatoria» tale da spingere ad avviare provvedimenti non sufficientemente robusti nelle motivazioni ma al tempo stesso idonei a consentire l'adozione di impegni presentati dalle parti in grado di risolvere pre-esistenti criticità concorrenziali presenti nel settore di indagine.

Alla luce della esperienza diretta in sede europea, si è visto, sulla base dei nove casi conclusi con l'accettazione di impegni da parte della Commissione Europea nel settore dell'energia nel periodo 2008-2010, come l'utilizzo delle norme antitrust a fini del perseguimento di obiettivi di «politica della concorrenza» abbia evidenziato che il settore soffriva ancora di un soddisfacente livello concorrenziale a fine 2007 (al momento della pubblicazione della Sector Enquiry svolta dalla Commissione). Da tale rilievo ne consegue che quand'anche l'ARERA sia un regolatore indipendente molto attivo e con una profonda conoscenza dei mercati, la sua funzione sostanziale è quella di prevenire il malfunzionamento del mercato e di rafforzare sempre più il coordinamento dei suoi settori con quello dell'AGCM assicurando i rispetto delle regole europee e nazionali.

⁸³ L'Autorità di regolazione per l'Energia Reti e Ambienti (ARERA) ha dichiarato ammissibili gli impegni presentati da Sorgenia S.p.A. in altro contesto l'Arera, a seguito di alcune ispezioni effettuate con la determina 42 del 21 maggio 2018, ha avviato sulla base dell'esito dei controlli un «procedimento sanzionatorio nei confronti di Acea Ato5» sul mancato rispetto della regolazione sul Metodo Tariffario Transitorio 2012-2013 e Metodo Tariffario Idrico 2014-2015 e 2016-2019, oltretutto, in particolare, l'applicazione delle tariffe all'utenza e l'efficienza del servizio di misura.

Matrimonio, unioni civili e nuovi modelli familiari alla luce della legge n. 76 del 20 maggio 2016.

di Alessandro PALMA*

SOMMARIO: **1.** Definizione e fondamento costituzionale del matrimonio e delle unioni civili. **2.** Analogie e differenze tra matrimonio ed unioni civili. **3.** Il mancato riconoscimento nelle unioni civili dell'obbligo di fedeltà ed il mancato richiamo all'istituto della separazione personale dei coniugi quale fase intermedia prima dello scioglimento definitivo del vincolo tra le parti. **4.** Le differenze tra matrimonio ed unioni civili in tema di adozione. **5.** La disciplina giuridica del cognome e della non consumazione nella legge n. 76 del 2016. **6.** Riflessioni conclusive sulle unioni civili tra i problemi rimasti irrisolti e le prospettive delle loro possibili soluzioni.

1. Definizione e fondamento costituzionale del matrimonio e delle unioni civili.

Il matrimonio è uno degli istituti giuridici di più antica e consolidata tradizione, ciononostante quella matrimoniale è una materia in continua evoluzione verso la quale non si deve avere alcuna pretesa di procedere in maniera stabile o definitiva ma solo in una prospettiva attuale¹.

Per quanto, infatti, il complesso procedimento della celebrazione delle nozze sia disciplinato dalla legge con un certa analiticità², risulta, tuttavia, ancora

* Avvocato, specializzato in professioni legali, Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e culture della materia in Diritto Ecclesiastico e Diritti Confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Tutor di Diritto Costituzionale alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II nonché Tutor di Diritto Ecclesiastico presso l'Università Telematica Pegaso.

¹ M. TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 299 e ss.

² Emerge, dunque, la distinzione tra matrimonio come atto giuridico (dal cui punto di vista affiorano le questioni della forma della celebrazione e delle condizioni necessarie per poter contrarre matrimonio) e matrimonio come rapporto giuridico (in cui vengono in rilievo, invece, gli effetti e, dunque, i rapporti personali e patrimoniali che per gli sposi derivano dalla celebrazione). Tale distinzione è decisiva nell'ordinamento giuridico italiano in cui convivono le diverse tipologie di matrimonio civile e concordatario (i matrimoni acattolici, sussunti sotto un unico *genus* e riguardati dal codice civile, dalla legge 1159 del 1929 e, in questi ultimi anni, dalle intese sottoscritte dalle diverse confessioni, sono considerati da buona parte della dottrina non un *tertium genus*, ma come una sottospecie del matrimonio civile). Nella vastissima bibliografia sul tema si veda V. DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1946; R. BOTTA, *Il matrimonio concordatario*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia. Trattato di diritto*

problematico individuare cosa sia il matrimonio, il suo contenuto e la funzione dell'atto³, giacché né la Costituzione né il codice civile lo definiscono esplicitamente. Al riguardo, la Costituzione si limita a riconoscere all'articolo 29 i diritti della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» quale vincolo «ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi»⁴.

In particolare, quale fondamento costituzionale della famiglia, assieme agli articoli 2 (essendo la famiglia una formazione sociale nella quale l'uomo svolge la sua personalità), 30 (che individua i diritti ed i doveri dei coniugi anche con riferimento alla prole) e 31 (che indica gli ambiti di tutela che devono essere apprestati dallo Stato in riferimento alla famiglia come gruppo sociale, all'infanzia e alla maternità), l'articolo 29 non fa infatti alcun riferimento al matrimonio in termini monogamici⁵, indissolubili ed eterosessuali⁶.

In egual modo, anche sul versante codicistico, nelle norme che disciplinano il matrimonio (artt. 143 e ss.) se da un lato è possibile riscontrare non solo riferimenti alla famiglia nucleare ma anche alla famiglia cosiddetta parentale (come ad esempio in tema di successione legittima e di impresa familiare), dall'altro manca qualsiasi riferimento alla diversità di sesso dei coniugi che appare, dunque, soltanto un requisito implicito del matrimonio.

privato, a cura di A. ALBISETTI, R. BOTTA, S. CICCARELLO, L. ROSSI CARNEO, R. TOMMASINI, Utet, Torino, 1999; P. A. D'AVACK, *Il diritto matrimoniale dei culti acattolici nell'ordinamento giuridico italiano*, Luzzatti, Roma, 1993; P. DI MARZIO, *Matrimonio concordatario*, Cedam, Padova, 2008; ID., *Matrimonio concordatario e gli altri matrimoni religiosi on effetti civili*, Cedam, Padova, 2008; P. MONETA, *Matrimonio religioso ed ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 2002; C. BIANCA, *Il matrimonio concordatario nella prospettiva civilistica*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 1 e ss.; AA. VV., *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli Accordi di Villa Madama*, a cura di E. VITALI, G. CASUSCELLI, Giuffrè, Milano, 1988; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in A. SCIAJOLA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1971 p. 200 e ss.; ID., *Matrimonio concordatario*, in *ED, aggiornamento I*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 754 e ss.; R. BACCARI, *L'efficacia civile del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1983; C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario, nota a Corte Cost., sentenze nn. 16 e 18 del 1982*, in *Giust. Civ.*, 1982, I, p. 1557 e ss.

³ P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 119.

⁴ Sul tema si veda A. PUGIOTTO, *Alla radice dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in www.forumcostituzionale.it, 2008; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2013.

⁵ N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 179 e ss.

⁶ Cfr. *Commissioni della Costituente per l'esame dei disegni di legge*, a cura di S. BOVA, Camera dei Deputati, Roma, 1985; S. BOVA, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel 'Comitato di redazione'*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E. CHELI, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 305-347.

Inoltre, al modello di famiglia presente al tempo e nella società dei Costituenti⁷, così radicato da essere considerato una entità di carattere sociale prima ancora che giuridico e, come tale, non bisognoso di una definizione giuridica che tutt'al più può avere carattere enunciativo di una realtà che già si riconosce esistente⁸, hanno fatto seguito molti altri tipi di famiglia non fondati sul matrimonio⁹. Del resto, nella direzione di nuove tipologie di famiglia, ricostituite, ricomposte, allargate, di fatto, si muove la stessa Costituzione che, all'articolo 30, nell'individuare i doveri dei genitori nei confronti dei figli anche se nati fuori dal matrimonio, riconosce implicitamente modelli di famiglia non necessariamente fondati sul matrimonio¹⁰.

A ciò deve aggiungersi la graduale rilevanza che ha assunto nel tempo la cosiddetta famiglia naturale o di fatto in cui l'inesistenza del vincolo matrimoniale, a differenza di quanto avviene nella famiglia legittima, ha fatto assumere rilievo giuridico all'essere del rapporto piuttosto che al suo dover essere¹¹ ed ha condotto al progressivo riconoscimento della famiglia di fatto quale situazione meritevole di tutela giuridica anche se quest'ultima non è completamente assoggettabile, sia per quanto riguarda il rapporto tra conviventi *more uxorio* sia per quanto attiene al rapporto tra genitori naturali e figli, alla disciplina prevista per la famiglia fondata sul matrimonio¹².

Anche la giurisprudenza si è mossa verso un progressivo accoglimento di un modello pluralistico di famiglia che riconosce insieme alla famiglia fondata sul matrimonio le altre relazioni familiari. La Corte Costituzionale, ad esempio, già

⁷ Cfr. P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. Civ.)*, in *ED*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 789 e ss.

⁸ *Ex plurimisi* rinvia a F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 315 e ss. In tal senso si veda anche R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10, 2000, p. 1066 e ss.; G. CATTANEO, *La famiglia nella Costituzione*, in G. BONILINI, I. CATTANEO, *Il diritto di famiglia. Trattato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 23 e ss.

In senso contrario si rinvia a C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 135 e ss.

⁹ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1999.

¹⁰ E' opportuno sottolineare che già con l'entrata in vigore della legge sul divorzio (legge n. 898/1970) ha iniziato a vacillare la convinzione che non vi è famiglia in senso tecnico-giuridico se non quella fondata sul matrimonio. Cfr. M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n.76*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹¹ Cass. Pen., 27 settembre 2001, n. 35121, in *Riv. Pen.*, 2001, p. 988 e ss.

¹² Ciò in base all'assunto che la convivenza *more uxorio* «rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio» e che, dunque, «l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti». Così Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giur. It.*, 1998, p. 1783 e ss.

con la sentenza numero 138 del 2010¹³, partendo dall'analisi dell'articolo 29 Cost. che riconosce la famiglia fondata sul matrimonio come società naturale, se da un lato ha sottolineato (come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente) che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato¹⁴, che questo doveva riconoscere, dall'altro ha chiarito che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali¹⁵.

Se, quindi, tali concetti devono essere interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi, detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata¹⁶. Pertanto, visto che la questione delle unioni omosessuali è rimasta del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea e considerato che, in assenza di diversi riferimenti, nulla è previsto dall'articolo 29 della Costituzione¹⁷ (articolato dai Costituenti sulla nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 che stabilisce che i coniugi devono essere

¹³ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2010; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte Costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *AIC, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010; A. RUGGIERI, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte Cost n. 138 del 2010?*, in *AIC, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4, 2011.

¹⁴ Cfr. R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10, 2000, p. 1066 e ss.

¹⁵ S. PRISCO, *Amore che vieni, amore che vai. Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; G. FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *www.juscivile.it*, 2015, p. 38 e ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in *AIC, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010.

¹⁶ Sul tema e sui differenti orientamenti storicistici e giusnaturalistici sorti sull'espressione «società naturale» si rinvia a F. MASTROMARTINO, *Il giudicato costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso: quale discrezionalità per il legislatore italiano?*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2015, 15, 1, p. 132 e ss.

¹⁷ Sui lavori preparatori dell'art. 29, si vedano, *ex plurimis*, R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7 ss.; V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in *Storicamente.org*, 6, 2010; F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Articolo 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Utet, Torino, 2006, I, spec. p. 602 e ss.; R. BALDUZZI, *Il modello costituzionale italiano di famiglia e l'evoluzione dei rapporti sociali*, in *Jus-online*, 2, 2015. Sull'art. 2, da ultimo, M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: art. 2*, Carocci, Roma, 2017.

persone di sesso diverso)¹⁸, il significato di tale precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica¹⁹. Ciò, infatti, non comporterebbe una semplice rilettura del sistema ma sarebbe una vera e propria interpretazione creativa capace di "includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata"²⁰. Se, dunque, l'articolo 29 si riferisce alla famiglia fondata sul matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto²¹, ciò non esclude la rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali. Infatti, come ha evidenziato la Corte Costituzionale, l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In questa prospettiva, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è così da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia,

¹⁸ In tal senso si orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ha riguardato proprio la posizione della donna alla quale si è inteso attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale.

¹⁹ Al riguardo vi è chi ha evidenziato che l'articolo 29 Cost. costituirebbe un ostacolo soltanto per «regole che portano uno svilimento del matrimonio» e che sulla scorta della diversità tra l'unione *same sex* e quella eterosessuale, imperniata sulla funzione procreativa connaturata alla seconda, «nemmeno una parificazione di disciplina porterebbe a una confusione tra i due fenomeni e, quindi, ad uno svilimento dell'istituto matrimoniale». Ciò in quanto «proprio la diversità dei due fenomeni consentirebbe [...] un trattamento giuridico simile, o addirittura identico, senza che ciascuno perda le sue caratteristiche». Così M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 714 e ss.

²⁰ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *forum dei Quaderni Costituzionali*, consultabile su www.forumcostituzionale.it.

²¹ In tal senso si è già espressa la Corte Cass. n. 7877 del 2000 per la quale la diversità di sesso dei coniugi è requisito essenziale per l'esistenza stessa del matrimonio. Inoltre, sempre dall'esame della sentenza n. 138 del 2010 non è casuale che la Costituzione, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale (sul tema *cfr.* R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *AIC, Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, 3, p. 10 e ss.; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, 5, p. 275 e ss.; G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Giappichelli, Torino, 2016). In tal senso si sono espresse in seguito sia la Corte di Cassazione con sentenza n. 4184 del 2012 sia la Corte Costituzionale con sentenza n. 170 del 2014.

ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri²².

E' in tale contesto che, dopo le infruttuose iniziative legislative degli anni passati, la recente approvazione della Legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, apre nuovi scenari per quel che concerne le relazioni affettive e, più in generale, il diritto di famiglia ed i plurimi modelli su cui ormai da tempo si discute²³.

Infatti, con la legge n. 76 del 2016, composta da un unico articolo suddiviso in numerosi commi²⁴, sono state istituite le unioni civili quale specifica formazione

²² M. FORTINO, *Piccoli passi e cautele interpretative delle Corti sui diritti delle unioni omosessuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2016, pp. 132-133.

²³ Sull'argomento si rinvia a M. DI PIRRO, *Unioni civili e convivenze di fatto nella legge Cirinnà (l. 20 maggio 2016 n. 76)*, Simone, Napoli, 2016; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza. Aggiornato alla legge 20 maggio 2016 n. 76*, Cedam, Padova, 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze: commento alla L.76 del 2016*, Giuffrè, Milano, 2016; M. BLASI, A. FIGONE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016; G. VASSALLO, *Unioni civili e convivenze di fatto dopo la legge 20 maggio 2016, n.76*, Dike, Roma, 2016; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it*, 2, 2016; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 881 e ss; di P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 10/2016, p. 845 e ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/2017; M. MAZZUCA, *Qualche riflessione su alcuni profili della legge n. 76 del 2016*, in *Ordines*, 2016, p. 126 e ss.; L. GUAGLIONE, *La nuova legge sulle unioni civili e convivenze*, Nel Diritto Editore, Roma, 2016; E. QUADRÌ, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, *ivi*; E. GIUSTI, F. VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia*, *ivi*, 2016; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *www.juscivile.it*; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, *ivi*; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle «unioni civili» e sulle «convivenze di fatto»: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1014 e ss.; F. ROMEO, M. C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, *ivi*, p. 971 e ss.; S. PRISCO, *La musica della vita. Quaderno di biopolitica e bioetica di un giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; S. PARISI, *Famiglia "di diritto": un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinna sulle unioni civili*, in *Quad. Cost.*, 3, 2016, p. 567 e ss.; M. BELLETTI, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76)*, in *AIC-Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2016; S. ATTOLLINO, *Nuovi modelli familiari. Considerazioni in ordine al Consiglio di Stato n. 4899 del 2015 sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statochiese.it)*, 2016.

²⁴ Cfr. V. MAZZOTTA, *Art. 1 comma 1 – Finalità*, in *Unioni civili e convivenze. Guida alla legge n. 76/2016*, a cura di M. A. LUPOI, C. CECHELLA, V. CIANCIOLO, V. MAZZOTTA, Maggioli, Rimini, 2016, p. 58 e ss.

sociale tra persone maggiorenni²⁵ dello stesso sesso che, in possesso dei requisiti previsti dalla legge, dichiarano liberamente e volontariamente il loro legame affettivo innanzi all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni²⁶.

La disciplina sulle unioni civili, costituita da un primo nucleo di norme volte a regolamentare l'atto di costituzione dell'unione civile (prevedendo, al riguardo, alcuni richiami al codice civile ed in particolare agli artt. 68, 69, 120, 123, 125, 127, 128, 129 e 129 bis) e poi da ulteriori disposizioni che concernono da un lato l'invalidità o lo scioglimento dell'unione civile e, dall'altro, la regolamentazione degli effetti personali e patrimoniali scaturenti dell'unione, ricalca in gran parte quanto è previsto dal Codice civile con riferimento al vincolo matrimoniale tra i coniugi²⁷.

²⁵ Il fatto che nel testo della legge, tra le condizioni necessarie per procedere all'unione, manchi il richiamo alla maggiore età deve essere visto alla luce di quanto stabilito già nel secondo comma dell'articolo 1 della legge in esame. In esso, infatti, si limita ai soli maggiorenni la possibilità di costituire un'unione civile, così come del resto è previsto, riguardo al matrimonio, dall'art. 84 c.c. Manca, invece, la possibilità che il Tribunale, accertata la maturità psico-fisica del minore ultrasedicenne, lo ammetta a contrarre l'unione civile (il testo unificato discusso in Senato prima del maxiemendamento del 26 febbraio 2016, prevedeva la possibilità, per un minorenni, di essere parte di una unione civile con l'autorizzazione del Tribunale per i minorenni per cui si procede conformemente a quanto previsto dall'articolo 84 del codice civile). Cfr. G. DOSI, *La Nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144 e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 34 per il quale trattandosi di un presupposto di validità, l'unione civile contratta, per ipotesi, da un soggetto minore di età, è da considerarsi affetta dalla stessa nullità prevista nel comma sesto dell'unico articolo della l. n. 76 del 20 maggio 2016.

²⁶ Inoltre, a differenza di quanto è stabilito per la costituzione del vincolo matrimoniale, non sono previste attività preliminari (come ad esempio le pubblicazioni, al posto delle quali è previsto un procedimento istruttorio governato dall'ufficiale di stato civile) alla costituzione dell'unione civile. Il DPCM 23 luglio 2016 n. 11, *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76, si limita infatti a prevedere che per due persone maggiorenni dello stesso sesso che vogliono costituire una unione civile devono farne richiesta congiuntamente all'ufficiale dello stato civile del Comune di loro scelta indicando i propri dati anagrafici, la cittadinanza, il luogo di residenza nonché l'insussistenza di cause impeditive di cui all'articolo 1, comma 14, della legge istitutiva. Sul tema E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, II, p. 1691 e ss. osserva come non si possa negare che – con la descritta procedura – si sia voluto operare sul valore simbolico della disciplina dettata dal Codice civile per il matrimonio.

²⁷ Sulla natura dell'unione civile si è molto discusso. Molti, lamentando che la sua disciplina non coincida con quella del matrimonio, hanno prospettato la violazione del principio d'eguaglianza o del divieto di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Per un differente orientamento, invece, sarebbe censurabile proprio la sua sostanziale sovrapposizione al matrimonio, che consentirebbe di dubitare della compatibilità del nuovo istituto con l'art. 29 Cost. Per una ricostruzione delle varie posizioni cfr. M. BELLETTI, *Le Unioni di persone dello stesso sesso in attesa di un intervento legislativo tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, p. 426 e ss.

Infatti, sia nel caso dell'unione matrimoniale che in quella civile, la legge, pur senza far riferimento alla premessa socialmente ritenuta alla base di tali relazioni giuridiche²⁸, individua chiaramente i diritti ed i doveri che ne derivano. Tuttavia, come già affermato dalla Corte Costituzionale, che ha escluso quanto l'aspirazione al riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali possa essere realizzata solo attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio²⁹, la differenza giuridica tra le due differenti unioni è da desumere dal diverso riferimento costituzionale che, nel caso di quelle civili, quali specifiche formazioni sociali, è costituito dall'articolo 2³⁰.

Tale differenza formale secondo la quale per le unioni civili, che ricadono nel quadro delle tutele accordate alle specifiche formazioni sociali ex articolo 2 Cost., non vi è alcun richiamo all'articolo 29, perde la sua importanza se si pensa che

²⁸ La verità è che ciò che conta, agli occhi della legge, non è tanto l'aspetto interno dei sentimenti quanto piuttosto quello esterno della forma dell'atto matrimoniale con i suoi effetti tipizzati e discendenti da una altrettanto tipizzata modalità di conclusione. Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Edizioni Scientifiche Italiani, Napoli, 2013, p. 337; ID. *Amore e diritto. Ovverosia i diritti dell'amore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 125-126; R. BIANCHERI, *Legami di coppia e di affettività. Dall'amore romantico alla relazione pura*, in *SocietàMutamentoPolitica*, Rivista italiana di sociologia, Firenze University Press, Firenze, 2011, 2, 4, pp. 119 - 124; E. DURKHEIM, *Per una sociologia della famiglia*, a cura di F. CITTARELLA, Armando Editore, Roma, 1999; G. SIMMEL, *Sull'intimità*, a cura di V. COTESTA, Armando Editore, Roma, 1996; A. GIDDENS, *La trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nelle società moderne*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 72 e ss. Sul tema della crisi della famiglia tradizionale si rinvia anche a PAPA GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Familiaris Consortio*, 22 novembre 1981; PAPA FRANCESCO, Esortazione Apostolica post sinodale *Amoris Laetitia*, 8 aprile 2016. In particolare, poi, nell'*Evangelii Gaudium* di PAPA FRANCESCO si legge che «la famiglia attraversa una crisi culturale profonda, come tutte le comunità e i legami sociali. Nel caso della famiglia la fragilità dei legami diventa particolarmente grave perché si tratta della cellula fondamentale della società, del luogo dove si impara a convivere nella differenza e appartenere ad altri e dove i genitori trasmettono la fede ai figli».

²⁹ Corte Cost., 14 aprile 2010, n. 138; Si veda anche F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla «aspirazione al matrimonio» al «diritto» alla «convivenza»*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 1221 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, p. 2709 e ss.; G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 574 e ss.; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 e ss.

³⁰ Non a caso la legge n. 76 del 2016 ha posto fine alla questione se il matrimonio omosessuale celebrato secondo le leggi di un Paese straniero possa essere poi trascritto in Italia. Se prima di tale legge alcuni Comuni avevano permesso alle coppie omosessuali coniugatesi all'estero di registrare la loro unione, adesso l'articolo 1 comma 28 della legge in esame, ponendo fine alla lacuna legislativa, ha stabilito che il Governo adotti un decreto legislativo volto a modificare ed a riordinare le norme in materia di diritto internazionale privato. E' prevista, così, l'applicazione della disciplina italiana sulle unioni civili alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o istituto analogo.

sia l'unione civile che quella matrimoniale devono essere lette alla luce del medesimo principio fondamentale, essendo anche la famiglia fondata sul matrimonio, quale formazione sociale nella quale si svolge la personalità dell'individuo, una *species* del *genus* previsto dall'articolo 2 della Costituzione³¹.

2. Analogie e differenze tra matrimonio ed unioni civili.

Come si è detto, la legge istitutiva delle unioni civili prevede una serie di disposizioni che, in gran parte, ricalcano sostanzialmente quanto previsto dal codice civile con riferimento al matrimonio³².

Al riguardo, la disciplina delle cause impeditive previste dall'articolo 1, comma 4, della legge 76 del 2016 ricalca la normativa codicistica prevista per il matrimonio³³. Così, sono cause impeditive alla costituzione dell'unione civile e ne determinano la nullità³⁴ (proprio come nel matrimonio ex artt. 117 e 118 c.c.) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile (art. 86 c.c.), l'interdizione di una delle parti per infermità di mente (artt. 85 e 119 c.c.), la sussistenza di rapporti di parentela, di affinità o di adozione

³¹ In tal senso l'articolo 2 Cost. deve essere considerato una clausola aperta che permette un'ampia tutela delle formazioni sociali di volta in volta emergenti nell'evoluzione del contesto sociale. Cfr. L. ARCIDIACONO, A. CARULLO, G. RIZZA, *Diritto costituzionale*, Monduzzi Editore, Milano, 2005; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2007; A. MEI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto nella legge Cirinnà approvata l'11.5.2016: analogie e differenze con l'istituto del matrimonio*, in *La nuova procedura civile (www.lanuovaproceduracivile.com)*, maggio 2016; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2013, pp. 4-10.

³² Il testo dell'intera legge sull'unione civile adotta diverse modalità o tecniche normative: quella del rinvio (alla disciplina del matrimonio), quella della disposizione imitativa o parzialmente riprodottriva (ancora, della disciplina del matrimonio) e quella della disposizione a contenuto originale *ad hoc*. Cfr. P. ZATTI, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, II, p. 1663 e ss.

³³ G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 49 e ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 8 e ss.

³⁴ Il DPCM 23 luglio 2016 n. 11, *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76, prevede all'articolo 2 che l'ufficiale di stato civile verifichi entro 15 giorni dal ricevimento della richiesta di costituzione dell'unione civile l'esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti e, in particolare, l'assenza di impedimenti alla costituzione dell'unione. L'ufficiale di stato civile può, quindi, acquisire d'ufficio eventuali documenti necessari per provare l'inesistenza delle cause impeditive indicate nell'articolo 1 comma 4. In ogni caso, l'unione civile costituita in violazione di una causa impeditiva può essere impugnata da ciascuna delle parti dell'unione, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero (che ex art. 125 c.c. non può promuovere l'azione se non in presenza della morte di una delle parti dell'unione civile) e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ed attuale.

tra le parti (art. 87 c.c.)³⁵, la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte (art. 88 c.c.)³⁶.

Oltre al richiamo al codice civile in tema di impugnativa per incapacità di intendere o di volere (art. 120 c.c.), di simulazione (art. 123 c.c.), di azione del pubblico ministero (art. 125 c.c.), di operazione dei coniugi in pendenza del giudizio (art. 126 c.c.), di intrasmissibilità dell'azione agli eredi (art. 127 c.c.), di matrimonio putativo (art. 128 c.c.), di diritti dei coniugi in buona fede (art. 129 c.c.) e di responsabilità dei coniugi in mala fede (art. 129 bis c.c.), anche la disciplina dell'impugnazione dell'unione civile, proprio come per la normativa prevista per il matrimonio, è ammessa in caso di violenza, di timore di eccezionale gravità, di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali³⁷ dell'altra parte (art. 122 c. c.)³⁸.

³⁵ Oltre ai rapporti di parentela indicati dall'articolo 87 c.c. non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio ed il nipote e la zia e la nipote. Si tratta di rapporti di parentela già disciplinati dall'articolo 87 c.c. che, però, prevedendo la diversità di sesso, sancisce il divieto solo tra zio e la nipote ovvero tra zia ed il nipote. Con tale legge ora il legislatore ha chiarito che il divieto è operante anche tra zii e nipoti dello stesso sesso.

³⁶ Il legislatore non ha dunque perseguito la strada del richiamo, in quanto compatibile, alla disciplina matrimoniale sulle condizioni necessarie per contrarre matrimonio poste agli artt. 84 ss. del codice civile ma ha piuttosto scelto di indicare espressamente, con una elencazione da intendersi tassativa, le singole cause impeditive per la costituzione dell'unione civile. G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. GORGONI, 2016, p. 77 e ss. Fra le regole richiamate dal quarto comma, manca il divieto temporaneo di nuovo vincolo, presente, invece, per il matrimonio, dall'art. 89 cod. civ., L'omissione è giustificata dato che ormai la dottrina è unanime nel ritenere che la *ratio* della norma sia da ricercare non nell'opportunità del lutto vedovile quanto piuttosto nella necessità di evitare l'incertezza – assente nella fattispecie – sulla paternità della prole (cosiddetta *turbatio sanguinis*).

³⁷ L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune; le circostanze di cui all'articolo 122, terzo comma, numeri 2), 3) e 4), del codice civile. La parte può in qualunque tempo impugnare il matrimonio o l'unione civile dell'altra parte. Se si oppone la nullità della prima unione civile, tale questione deve essere preventivamente giudicata.

³⁸ Cfr. l'articolo 1, comma 7, della legge n. 76 del 2016. L'azione, tuttavia, non può essere proposta qualora vi sia stata coabitazione per un anno dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore.

Inoltre, ricalcano quanto previsto dal codice civile per il matrimonio sia la regolamentazione degli effetti personali³⁹ e patrimoniali⁴⁰ dell'unione civile sia il regime successorio⁴¹.

Ancora, il comma 19 della legge in esame prevede che all'unione civile si applichino le disposizioni previste al titolo XIII del libro primo del codice civile in tema di obbligazioni alimentari ovvero le disposizioni di cui al primo comma dell'articolo 116 c.c. concernente il matrimonio dello straniero nello Stato. Il medesimo comma richiama poi le norme in tema di allontanamento dalla casa familiare (art. 146 c.c.), di costituzione del fondo patrimoniale e di separazione

³⁹ «Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni» (art. 1, comma 11, l. n. 76 del 2016; cfr. art. 159 c.c.). Inoltre, «le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato» (art. 1, comma 12, l. n. 76 del 2016). Il Legislatore in tema, però, non richiama la disciplina prevista dall'articolo 145 c.c. per il caso in cui le parti dell'unione civile siano in disaccordo sull'individuazione dell'indirizzo della vita familiare.

⁴⁰ In base all'articolo 1, comma 13, della legge n. 76 del 2016 il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni (art. 159 c. c). E', dunque, fatta salva la possibilità che le parti addivengano ad una convenzione patrimoniale. A quest'ultima si applicano le disposizioni del codice civile relative alla forma (art. 162), alla modifica (art. 163), alla simulazione (art. 164) e alla capacità dell'inabilitato (art. 166) per la stipula delle convenzioni matrimoniali. Come per il matrimonio, resta ferma la possibilità dei *partners* di optare per il regime di separazione dei beni. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II (fondo patrimoniale, artt. 167-171), III (comunione legale, artt. 177-197), IV (comunione convenzionale, artt. 210 e 211), V (separazione dei beni, artt. 215-219) e VI (impresa familiare, art. 230- Bis) del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Cfr. sul tema C. VENUTI, *La disciplina dei rapporti patrimoniali nel d.d.l. Cirinnà*, in F. ROMEO, C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali, riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 994 e ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1797 e ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella L. n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 902 e ss.; G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 30 e ss.; G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti ed altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, (a cura di) M. GORGONI, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 94 e ss.

⁴¹ Il comma 21 dell'articolo 1 della legge n. 76 del 2016, in relazione al regime successorio riservato alle parti dell'unione civile, rinvia alle disposizioni previste dal capo III (in tema di indegnità) e dal capo X (successione dei legittimari) del titolo I, dal titolo II (successione legittima) e dal capo II (collazione) e dal capo V-bis del titolo IV (patto di famiglia) del libro secondo del codice civile. In tema di successione legittima nell'ambito delle unioni civili si rinvia a R. FIORELLA, *Schema: le successioni alla luce della riforma sulle unioni civili (L. 76/2016)*, in *La nuova procedura civile*, maggio 2016.

dei beni (art. 2647 c.c.), di trascrizione delle domande aventi ad oggetto lo scioglimento della comunione (art. 2655, comma 1, c.c.) ed in tema di nota di trascrizione (art. 2659 c.c.).

Inoltre, poiché la normativa non regolamenta espressamente ogni effetto dell'unione civile, l'articolo 1, comma 20, mediante un rinvio di portata generale volto ad assicurare una migliore tutela delle parti dell'unione civile⁴² (escluso solo per le norme del codice civile nonché per la legge n. 184 del 1983 in materia di adozione), prevede che all'unione civile si applichino le disposizioni sul matrimonio e sui coniugi che ricorrano in leggi, atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi.

Tuttavia, malgrado le numerose analogie con il vincolo matrimoniale ed i continui rinvii alla sua disciplina codicistica, vi sono anche rilevanti differenze tra il regime giuridico dei due istituti.

3. Il mancato riconoscimento nelle unioni civili dell'obbligo di fedeltà ed il mancato richiamo all'istituto della separazione personale dei coniugi quale fase intermedia prima dello scioglimento definitivo del vincolo tra le parti.

In base all'articolo 143, comma 1, c. c. marito e moglie, in virtù di quel principio di eguaglianza chiaramente evidenziato dalla Riforma del diritto di famiglia (legge n.151 del 1975), acquistano gli stessi diritti ed assumono gli stessi doveri. I coniugi, oltre a concordare l'indirizzo della vita familiare e a fissare la residenza della famiglia tenendo in considerazione le esigenze di entrambi i coniugi e della famiglia, sono tenuti, dal punto di vista patrimoniale, a contribuire ai bisogni della famiglia in proporzione alla loro capacità di lavoro professionale o domestico (art. 144 c.c.).

Sono, inoltre, tenuti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli tenendo conto delle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni (art. 147 c.c.). Tra i doveri poi di natura personale che i coniugi assumono con il matrimonio vi è, indubbiamente, l'obbligo di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione nell'interesse della famiglia e di coabitazione (art.143, comma 2, c.c.).

Obbligo di fedeltà che, un tempo addirittura teorizzato come una sorta di servitù d'amore, cioè uno *ius in corpus* esclusivo spettante al coniuge a cui

⁴² Se non espressamente richiamate, non saranno dunque applicabili all'unione civile eventuali disposizioni limitative dei diritti e degli obblighi derivanti dalla costituzione dell'unione.

corrispondeva un *debitum coniugale* vicendevole⁴³, ha subito nel corso del tempo, non essendo teorizzato nel suo contenuto a livello legale, diverse formulazioni. Venuta meno la natura pubblicistica in quanto posta a difesa del decoro del coniuge nei confronti dell'altro in termini di stima pubblica (si spiega così come mai l'adulterio della moglie ed il concubinato fossero previsti dalla legge come reati)⁴⁴, la fedeltà oggi è posta a tutela della comunione di vita dei coniugi e deve essere intesa, sganciata da una restrittiva astensione dalle relazioni sessuali extraconiugali⁴⁵, come impegno di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale e di lealtà tra i coniugi⁴⁶.

Al riguardo, deve essere sottolineato che, in maniera diversa da quanto era stato previsto dall'originario disegno di legge sulle unioni civili⁴⁷, la differenza più importante che emerge dalla attuale disciplina sulle unioni civili è l'assenza dell'obbligo di fedeltà per i coniugi⁴⁸.

La decisione di eliminare dal testo l'obbligo reciproco di fedeltà ha fatto molto discutere la dottrina. Alcuni hanno sostenuto che l'assenza di tale obbligo debba essere comunque ricompreso nell'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale previsto esplicitamente dall'articolo 1, comma 11, della legge n. 76 del 2016⁴⁹, altri ritengono, invece, che la scelta, frutto di una precisa scelta

⁴³ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 370.

⁴⁴ La Corte Costituzionale con le sentenze numero 126 del 1968 e 147 del 1969, ha dichiarato incostituzionali sia l'art. 559 c. p. che l'art. 660.

⁴⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza numero 99 del 1974. Si veda anche G. LAGOMARSINO, *L'esclusione della fedeltà coniugale prima e dopo la riforma del diritto di famiglia, con riferimento all'esclusione canonica della fedeltà nel nostro ordinamento*, in *Il diritto delle persone e della famiglia*, 2015.

⁴⁶ In tal senso Corte Cass. n. 15557 del 2008; Corte Cass. n. 9287 del 1997; Corte Cass. n. 1045 del 1976. Cfr. anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Giuffrè, Milano, 2008; G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito e il risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, pp. 15-16; G. CHINE', M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel diritto editore, Molfetta, 2017.

⁴⁷ Il Disegno di legge 2081 all'articolo 3, comma 1, stabiliva infatti che «con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni».

⁴⁸ E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *Giustizia civile. com.*, 2016.

⁴⁹ Cfr. R. CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, Giappichelli, Torino, 2016, p. 5; G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni*

politica⁵⁰, è senz'altro inopportuna perché la disparità di trattamento tra persone etero e omosessuali sul tema della fedeltà appare frutto di pregiudizio sulla qualità del vincolo che lega le coppie dello stesso sesso⁵¹.

Altri, ancora, alla posizione di chi ritiene la mancanza dell'obbligo di fedeltà "non solo incostituzionale, ma anche irrazionale"⁵², osservano che l'assenza dell'obbligo di fedeltà nelle unioni civili non abbia un rilievo concreto non essendo possibile, in assenza dell'istituto della separazione, pronunciare alcun addebito in caso di violazione del suddetto obbligo⁵³.

In ogni caso, la L. n. 76 del 2016 attribuisce al matrimonio il monopolio della fedeltà⁵⁴. Oltre a ciò, all'assenza dell'obbligo di fedeltà che priva l'unione civile di ogni riferimento a quell'affettività tipica dell'istituto matrimoniale (posto che l'obbligo di fedeltà è il primo ad essere enunciato dall'art. 143 c.c.)⁵⁵, si aggiunge che la legge n. 76 del 2016 non fa cenno all'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia e non richiama l'istituto della separazione.

Quanto all'assenza di qualsiasi riferimento al dovere di collaborazione, quale dovere di raggiungere un accordo sulle decisioni che costellano la vita di tutti i giorni di una coppia, è un'ulteriore conferma del fatto che l'unione civile tra persone dello stesso sesso non costituisce, per volontà espressa del legislatore, un'unione di tipo familiare, bensì «una specifica formazione sociale ai sensi degli art. 2 e 3 della Costituzione». In tema, se una parte della dottrina ha evidenziato che tale assenza sia dovuta al fatto che l'unione civile, a differenza del matrimonio, non è naturalmente predisposta alla procreazione⁵⁶, altri hanno

civili), in www.articolo29.it, 3 marzo 2016; F. RUSCELLO, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio in Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 752 e ss. Si veda anche V. CIANCIOLO, *Unioni civili e Convivenze, guida commentata alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 32 e ss.

⁵⁰ In tal senso cfr. G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in www.articolo29.it, 2016.

⁵¹ F. DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustizia civile.com*, 6, 2016.

⁵² Posizione espressa da Mario Mauro, Senatore Gal nella precedente Legislatura, in un'intervista consultabile su: http://www.repubblica.it/politica/2016/02/25/news/senatori_pd_via_dal_codice_civile_l_obbligo_di_fedelta_tra_coniugi_-134205875/?refresh_ce.

⁵³ E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?* in *Giustizia civile.com*, 2016, pp. 5 e ss.

⁵⁴ L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 213-227.

⁵⁵ Anche se non manca chi ritiene tale obbligo «un retaggio di una visione ormai superata e vetusta del matrimonio, della famiglia e dei doveri e diritti dei coniugi». Cfr. il ddl. Numero 2253, ad oggi non ancora esaminato, presentato il 25 febbraio 2016 dalla Senatrice Laura Cantini.

⁵⁶ A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 211 e ss.

sottolineato che non necessariamente la riproduzione rappresenta un elemento costitutivo o necessario della relazione matrimoniale poiché vi sono sia molte coppie sposate che non vogliono o non possono avere figli sia realtà in cui la filiazione è completamente slegata dal contesto matrimoniale⁵⁷.

L'assenza di qualsiasi riferimento al dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia oltre a destare, dunque, non poche perplessità, se si considera che anche tale tipo di unione, come del resto è espressamente previsto dall'articolo 1, comma 2, della legge n. 76 del 2016, costituisce, anche senza la presenza di figli, un nucleo familiare a tutti gli effetti⁵⁸, fa riemergere, ancora una volta, quella differenza, sulla quale naturalmente ha inciso la tradizione giuridica occidentale e l'influsso del cristianesimo sull'istituto matrimoniale⁵⁹, tra unione civile e unione basata sul matrimonio.

Quanto, poi, all'assenza di un regime intermedio prima del divorzio, quale la separazione personale, attualmente lo scioglimento dell'unione civile, determinato dalle cause previste dalla legge, non è preceduto da alcuna attenuazione del vincolo esistente tra le parti. Dall'analisi del testo di legge emerge, dunque, che non si applicano né la disciplina della separazione giudiziale *ex art. 151 c. c.*, né quella consensuale *ex art. 158 c. c.*⁶⁰. Così, l'articolo 1, comma 23, della l. numero 76 del 2016 prevede che l'unione civile si possa sciogliere nei casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge n. 898 del 1970 (legge sul divorzio).

L'unione, inoltre, si scioglie, oltre che a seguito di una sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, anche quando le parti abbiano manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione (*ex articolo 1, comma 24*)⁶¹.

⁵⁷F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in www.gruppodipisa.it.

⁵⁸ Quale nucleo familiare a tutti gli effetti, appare allora inspiegabile qualsiasi riferimento al dovere di fedeltà poiché esso appare imprescindibilmente connaturato all'essenza di qualsiasi relazione stabile.

⁵⁹ Del resto, nel Diritto Canonico il Can. 1055 CIC afferma chiaramente che «il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento».

⁶⁰ Il testo del ddl S. 2081 prevedeva, invece, un rinvio generico alle norme in materia di separazione personale dei coniugi.

⁶¹ Secondo quanto disposto dall'articolo 1, comma 25, della legge in esame, nelle ipotesi di scioglimento dell'unione civile si applica parzialmente la disciplina prevista per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Si applicano, così, in quanto compatibili gli articoli 4,

In più, a differenza di quanto avviene in caso di violazione dei doveri matrimoniali da parte di uno dei coniugi tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, ipotesi che può determinare l'addebito della separazione (art. 151 c. c.) e dare luogo, sulla scia di un più ampio processo volto ad innestare nell'ambito dei rapporti familiari la disciplina aquiliana, al risarcimento del danno endofamiliare (quale danno ingiusto rilevante ex art. 2043 c.c.)⁶², nell'unione civile la stessa violazione dei doveri che ne sono alla base non determinerà alcun addebito ma solo un risarcimento del danno⁶³.

In definitiva, da quanto detto fino ad ora, così come dalla previsione di un meccanismo risolutore che fa perno sulla volontà unilaterale e sul mero disimpegno di uno solo dei partner⁶⁴ e dalla previsione di un tempo necessario per proporre domanda di scioglimento dell'unione civile, notevolmente inferiore a quello stabilito per lo scioglimento del matrimonio, emergono differenze tra i due regimi giuridici che inducono a ritenere che alla base di tale scelta legislativa vi sia il convincimento che l'unione civile sia meno impegnativa, duratura e

5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898. Si applicano, inoltre, le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. Sul tema cfr. anche A. MEI, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto nella legge Cirinnà approvata l'11.5.2016: analogie e differenze con l'istituto del matrimonio*, in *La nuova procedura civile (www.lanuovaproceduracivile.com)*, maggio 2016; G. SAVI, *Lo scioglimento "volontario" dell'unione civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, p. 681 e ss.

⁶² Per molto tempo dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio non potesse essere foriera di alcun tipo di risarcimento, stante la particolarità del rapporto in questione ed in considerazione che si trattasse di "doveri" e non di "obblighi". Si riteneva, dunque, che non potesse essere configurabile un vero e proprio inadempimento. Valorizzando la precipua natura del rapporto che intercorre tra i coniugi si escludeva, dunque, l'applicabilità in materia familiare della disciplina sulla responsabilità aquiliana. Tuttavia, è in atto ormai da tempo un procedimento di erosione del principio di immunità che caratterizzava i rapporti familiari con la conseguente possibilità di sindacato giurisdizionale sui rapporti personali, compresi i doveri che discendono dal vincolo matrimoniale. In linea con questa nuova ipotesi interpretativa è stato riconosciuto che la violazione dei doveri matrimoniali oltre a determinare la separazione con addebito sia sufficiente a dar vita al risarcimento del danno ingiusto **cagionato dalla violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio**. Cfr. Cass. Civ. n. 9801/2005. Cass. civ., 20 giugno 2013, n. 15481, <http://www.personaedanno.it>, che ha reputato configurabile tale illecito anche all'interno di una unione di fatto.

⁶³ Già nel 2013 la Corte di Cassazione ha affermato che «*la violazione dei diritti fondamentali della persona è configurabile anche all'interno di un'unione di fatto*», purché avente «*le caratteristiche di serietà e stabilità, in considerazione dell'irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo*» (Cass. Civ. n. 15481/2013).

⁶⁴ L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1787 e ss.

caratterizzata da un rapporto di minore intensità solidaristica rispetto a quella che ha origine dal vincolo matrimoniale⁶⁵. Tutto ciò, inoltre, senza che la legge si preoccupi degli eventuali figli, trascurando l'ipotesi che la coppia, per effetto di possibili adozioni secondo l'indirizzo adottato da parte della giurisprudenza, abbia figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti⁶⁶.

4. Le differenze tra matrimonio ed unioni civili in tema di adozione.

In tema di adozioni la legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili al comma 20 dell'articolo 1, prevedendo la non applicabilità della disposizione "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla Legge 4 maggio 1983, n. 184, si è limitata a statuire che resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti. La legge, dunque, rinunciando espressamente ad innovare la materia, non ammette, a differenza di quando avviene per i coniugi, né l'adozione legittimante né quella prevista in casi particolari⁶⁷.

Eppure se l'ipotesi di adozione legittimante non è stata proprio presa in considerazione durante la stesura della legge n. 76 del 2016, diversa è l'ipotesi dell'adozione in casi particolari che, al centro di un acceso dibattito parlamentare, ed inizialmente prevista dal ddl 2081 sulle unioni civili, deve essere indagata alla luce di quanto disposto dall'articolo 1, comma 20, della legge n.76 del 2016.

Da questa previsione vi è, dunque, chi ritiene che la legge in esame escluda anche la possibilità per i singoli individui di una unione civile di procedere con l'adozione in casi particolari. Ciò in ragione del fatto che la non applicabilità delle disposizioni della legge n. 184 del 1983 che riguardano la responsabilità genitoriale dei coniugi⁶⁸ a chi abbia contratto un'unione civile, chiaramente

⁶⁵ In tal senso M. GORGONI, *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 99 e ss.; In senso contrario, G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in www.articolo29.it, 2016, pp. 15-16.

⁶⁶ Il giudice dovrà provvedere in merito ad affidamento, collocamento, diritto di visita e modalità di contribuzione al mantenimento. Grazie all'estensione operata dall'articolo 1, comma 20, si applicheranno integralmente le norme degli artt. 4 e 6 della legge sul divorzio.

⁶⁷ A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale* di Alessandra, in *Giurisprudenza italiana*, 7/2016; E. QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 47/2017; V. BARBA, *Unioni civili e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 4/2017.

⁶⁸ Il cui articolo 44 precisa che i minori possono essere adottati anche qualora non ricorrano i presupposti di cui all'art. 7, ovvero lo stato di abbandono dichiarato ai sensi di tale norma, nei casi specifici che di seguito elenca: a) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro

afferzata dalla legge n. 76 del 2016, risulta convergente con l'interpretazione di chi legge l'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983 in combinato disposto con gli artt. 48 e 50 della suindicata legge, i quali consentono l'esercizio comune della responsabilità genitoriale soltanto in caso di adozione da parte di una coppia di coniugi o di adozione del figlio del coniuge⁶⁹.

Eppure vi è chi nella locuzione "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti, ha visto nel Legislatore la volontà di sottolineare che la mancata applicabilità all'unione civile delle norme esistenti in materia di adozione non preclude le interpretazioni delle disposizioni vigenti già operate dalla giurisprudenza⁷⁰ in tema di possibilità per i singoli individui omosessuali di domandare l'adozione in casi particolari⁷¹. Infatti, proprio in

coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi. Nei casi di cui alle lettere a) e c) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare.

⁶⁹ Al di fuori di questa ipotesi, dunque, ed in particolare nel caso di adozione da parte di persona non coniugata, l'esercizio della responsabilità genitoriale competerebbe esclusivamente all'adottante. Ciò significherebbe, nel caso di unione civile, attribuire esclusivamente a chi presenta la domanda di adozione particolare l'esercizio della responsabilità genitoriale, privandone il genitore che, previa specifica nuova pronuncia del Tribunale per i minorenni, potrebbe riacquistarla solo nell'ipotesi di cessazione dall'esercizio della prima, ai sensi dell'art. 50, l. n. 184/1983 (Cfr. Cass. civ. sez. III 11 aprile 2017 n. 9251).

⁷⁰ In generale, è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi, dove la giurisprudenza è stata chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore: - affidamento del figlio, in sede di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale (Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, 570, con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*); - affidamento familiare, ex art. 4, legge n. 184/1983, ad una coppia omosessuale (Trib. min. Bologna, decr. 31 ottobre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 273, con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*); - riconoscimento dello status *filiationis* conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità (App. Torino, decr. 29 ottobre 2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 822, con nota di M. FARINA, *Il riconoscimento di status limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*). L'esigenza di tutela del minore emerge anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra persone del medesimo sesso, riconosce, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* c.c., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto di mantenere un rapporto significativo con i figli secondo un calendario di incontri stabilito (Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in *Fam. dir.*, 2016, 40. Di diverso avviso, App. Palermo, ord. 30 agosto 2015, *ibidem*, 44).

⁷¹ G. CHINE', M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto editore, Molfetta, 2017, p. 217. Cfr. anche Corte Cass. 12962/2016. In tale sentenza, infatti, la Corte di Cassazione ha aderito all'interpretazione offerta dalla prevalente giurisprudenza di merito dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983, ritenendo che il genitore omosessuale possa adottare il figlio biologico del *partner* per quanto non sussista una impossibilità di fatto dell'affidamento preadottivo, bensì solo di diritto.

applicazione dell'art. 44, lett. d), legge n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero. Ciò in quanto la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" deve intendersi, non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche in quello di impossibilità "di diritto", cioè dovuta alla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione "piena"; inoltre, il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma minore, corrisponde al preminente interesse del bambino, visto come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale⁷².

In questo senso, del resto, era anche il testo originale della legge Cirinnà che prevedeva chiaramente, oltre ad una serie di diritti e doveri sostanzialmente simili a quelli previsti per il matrimonio, anche la possibilità di adozione del figlio naturale del partner. Il ddl 2081 sulle unioni civili, presentato in Senato il 6 ottobre 2015 prevedeva, infatti, l'istituto, poi eliminato in seguito alle numerose polemiche e allo stallo venutosi a verificare⁷³, della *stepchild adoption* che era volto a consentire ad un membro di una coppia di essere riconosciuto come genitore del figlio, biologico o adottivo, del compagno⁷⁴.

Probabilmente l'assenza nella legge numero 76 del 2016 degli istituti dell'adozione legittimante e della *stepchild adoption* si basa sul presupposto che solo il matrimonio, quale istituto naturale, possiede, a differenza di una coppia unita civilmente, tradizionalmente e naturalmente finalità procreative.

Questo tipo di adozione, infatti, «non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice». Secondo la Cassazione, inoltre, questa adozione «prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché, alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore». Non c'è, dunque, abbandono del minore nella famiglia omogenitoriale, ma c'è un legame affettivo consolidato al quale va data rilevanza giuridica per la piena realizzazione dei diritti fondamentali del bambino, da quello ad avere due genitori con pari responsabilità al diritto al riconoscimento della propria identità personale.

⁷² Così Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2015, 2, pp. 117-123. Si veda anche Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, www.iusexplorer.it; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *JusCivile*, 2016, 3, p. 195 e ss.

⁷³ In molti, del resto, vedevano in questa possibilità un modo per incentivare sia la fecondazione eterologa sia la pratica dell'utero in affitto. Cfr. Legge n. 40 del 2004 in tema di *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

⁷⁴ L'art. 5 del d.d.l. 2081 inseriva all'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola «coniuge» le parole «o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» e dopo quelle «e dell'altro coniuge» le parole «o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

Sul tema, ovviamente, il dibattito è ancora aperto. Basti pensare che recentemente, nel tentativo di assicurare al minore il diritto ad una famiglia e di scardinare le differenze ancora esistenti tra il regime giuridico del matrimonio e quello delle unioni civili, il 29 marzo 2016 è stato presentato in Senato il d.d.l. 2301 in tema di norme per l'adozione coparentale.

Nel tentativo di colmare la lacuna che connota il nostro ordinamento in materia di diritti delle coppie non unite in matrimonio e, in particolare, delle unioni tra persone dello stesso sesso, tale disegno di legge (di cui ancora non è stato avviato l'esame), fatta salva la possibilità di una più ampia revisione della normativa sulle adozioni, ha proprio l'obiettivo di realizzare una piena parificazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso alle coppie unite in matrimonio in punto di adozione coparentale, attraverso l'approvazione di un unico articolo.

5. La disciplina giuridica del cognome, dell'affinità e della non consumazione nella legge n. 76 del 2016.

Come si è visto, l'unione civile si costituisce mediante dichiarazione resa da due persone maggiorenni innanzi all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni. In base a quanto previsto dall'articolo 1, comma 10, della legge in esame, con la medesima dichiarazione le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione, un cognome comune scegliendo tra i loro cognomi. Inoltre, la parte può specificare se intende anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso⁷⁵.

Da quanto detto risulta evidente la differenza con la disciplina prevista nel caso di matrimonio. Trattasi, infatti, di una facoltà di scelta non concessa nell'ambito del vincolo coniugale, atteso che la norma dell'articolo 143 bis c.c. si limita a sancire che la moglie aggiunge il proprio cognome a quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze. Dunque, marito e moglie non possono scegliere il cognome, né il marito può aggiungere

⁷⁵ M. NOVELLA BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Famiglia e diritto*, 10/2016; M. FINOCCHIARO, *Durante la cerimonia può essere scelto anche il cognome*, in *Guida al diritto*, 9/2017.

al proprio quello della moglie⁷⁶ determinando, così, una deroga, non più giustificabile, al principio di uguaglianza tra coniugi⁷⁷.

Tale assetto, «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto della famiglia romanistica, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza di uomo e donna⁷⁸, non trova invece riscontro nelle regole dettate con riguardo all'unione civile che prevedono che le parti dell'unione civile conservino i rispettivi cognomi, potendo nondimeno optare per uno di essi e attribuiscono al membro della coppia il cui cognome non sia stato scelto come quello comune la facoltà di anteporre o di posporre al cognome comune il proprio, facendone dichiarazione all'ufficiale dello stato civile⁷⁹.

Significativo è anche il fatto che la legge non menziona, né direttamente né indirettamente, le disposizioni relative alla affinità (art. 78 c.c.), cioè il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, pur richiamando (al comma 19 dell'art. 1, L. n. 76/2016) il Titolo XIII del Libro primo e, quindi, anche gli artt. 433, nn. 4 e 5, e 434 c.c. in tema di obblighi alimentari, che contemplano tra gli obbligati i suoceri, il genero e la nuora. Pare quindi che nessun vincolo giuridico venga a crearsi tra una parte dell'unione e i parenti dell'altra parte e che il richiamo agli obblighi alimentari tra affini, che pur è stato effettuato, sia privo di effetti in quanto il relativo vincolo non può sorgere tra parte dell'unione e parenti dell'altra parte, stante appunto il mancato richiamo dell'art. 78 c.c. e la generale previsione dell'art. 1, comma 20.

⁷⁶ M. C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza tra coniugi*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1016 e ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2005, p. 140 e ss.; M. N. BUGETTI, *La prospettata riforma delle norme in materia di cognome*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 653 e ss.

⁷⁷ G. FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di uguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Antologia a cura di P. PERLINGIERI, M. SESTA, vol. I, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2007, p. 317. Sul punto si veda anche M.C. DE CICCO, *Cognome e principi costituzionali*, *ivi*, p. 333; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 256, nt. 624; M. C. DE CICCO, "La normativa" sul cognome e l'uguaglianza tra genitori, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 968 e ss.; R. CAMPIONE, *L'unione civile tra la disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 13-17.

⁷⁸ Corte cost., 19 febbraio 2006, n. 61, in *Famiglia*, 2006, p. 931, con nota di M.N. BUGETTI, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza*; T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'articolo 29 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, p. 228 e ss.

⁷⁹ Tutto ciò, però, senza che la legge n. 76 del 2016 richiami in alcun modo la possibilità prevista dall'art. 5, comma 3, l. n. 898/1970 al fine di tutelare il diritto all'identità personale della ex parte dell'unione civile per lungo tempo identificata con il cognome dell'altra.

Ciò desta non poche perplessità dato che l'affinità, come i vincoli di parentela, che pure non vengono in rilievo a proposito dell'unione civile, è conseguenza della capacità espansiva del matrimonio⁸⁰, che non è invece attribuita all'unione, i cui effetti sostanzialmente riguardano solo i membri della coppia che la costituiscono.

Anche in tema di non consumazione si evince un'ulteriore differenza tra la disciplina prevista per le unioni civili e quella prevista nel caso di matrimonio. Infatti, secondo l'articolo 3, n. 2, lettera F) della legge n. 898/1970 la non consumazione rappresenta causa di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio senza la necessità di una previa pronuncia di separazione e quindi del decorso dei tre anni dalla comparizione delle parti innanzi al Presidente purché la separazione non sia stata interrotta. Introdotta dal Legislatore solo nel progetto di legge definitivo⁸¹ sulla scorta della mentalità dell'epoca che ammetteva senza difficoltà che l'inconsumazione potesse rappresentare un "difetto" del rapporto matrimoniale tale da incidere sul vincolo stesso⁸², questa causa autonoma di divorzio è prevista per i coniugi e non per gli uniti civilmente. Essa assume rilevanza in quanto espressione dell'assenza di una comunione di vita tra coniugi o di una mancata costituzione tra gli stessi di un *consortium omnis vitae*⁸³ e, quale istituto sostanzialmente mutuato dal diritto canonico,

⁸⁰ Contra G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1797 e ss.

⁸¹ Si vedano gli Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, IV Legislatura, Proposta di Legge n. 2630.

⁸² Del resto nel diritto canonico continuava a vivere la tradizione che attribuiva alla consumazione un ruolo determinante, tanto da rendere legittimo lo scioglimento del vincolo sacramentale non supportato da effettivi atti procreativi. Evidentemente ciò bastava perché il Parlamento ritenesse a sua volta l'inconsumazione un motivo di scioglimento pure del vincolo civile. Il matrimonio canonico costituiva, dunque, una sorta di prototipo: il fatto che l'inconsumazione potesse portare allo scioglimento del vincolo canonico, indusse il legislatore italiano ad includere a sua volta questa ipotesi fra quelle di scioglimento. Si tratta di un atteggiamento comprensibile, se solo si tiene conto dello stretto rapporto concettuale tra matrimonio civile e matrimonio canonico che, del resto, è stato messo ben in luce dall'esame dei lavori preparatori della legge sul divorzio. Così S. BALDETTI, *Note in materia di scioglimento del matrimonio civile non consumato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), novembre 2014. Sul tema cfr. anche P. MONETA, *Il Matrimonio nel nuovo diritto canonico*, La Tribuna, Piacenza, 2008; D. LOMBARDI, *Storia del Matrimonio dal Medioevo a oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁸³ Se, infatti, la famiglia è una formazione sociale, esplicativa della personalità individuale, fondata sulla spontaneità degli affetti e sulla libertà dei consensi, e se il matrimonio emerge come "atto fondativo" di una comunità di persone libere ed eguali che condividono un reciproco impegno di cure ed affetti, d'attenzione e di solidarietà in vista del soddisfacimento d'interessi e bisogni non dell'individuo in quanto tale ma del soggetto come persona (cfr. Cass. Civ. n. 1595 del 07.05.1976), il fatto oggettivo dell'inconsumazione sussiste, dunque, nei casi in cui non si sia realizzata e non sia operante un'intesa sessuale. In questa ipotesi la sessualità di ciascuno dei coniugi non ha avuto modo di trovare adeguata espressione nell'ambito del rapporto di coppia, ovvero non ha avuto modo di coniugarsi con le aspettative erotico sessuali dell'altro coniuge". Sul

assume rilievo nel matrimonio come particolare causa di scioglimento. Al contrario, la Legge n. 76 del 2016, che certamente non ha risentito dell'influsso canonistico⁸⁴, non riconosce tale causa di scioglimento anche in ragione del presupposto che l'unione civile, a differenza del matrimonio, non è inquadrabile quale istituto naturale nel senso canonistico del termine⁸⁵.

6. Riflessioni conclusive sulle unioni civili tra i problemi rimasti irrisolti e le prospettive delle loro possibili soluzioni.

La legge numero 76 del 2016 ha definitivamente consacrato a livello normativo (anche se si registrano precedenti interventi sia pure frammentari e settoriali)⁸⁶ l'accoglimento di un modello pluralistico di famiglia capace di riconoscere anche le altre relazioni familiari assieme alla famiglia fondata sul matrimonio che, a causa dei cambiamenti legati alla crescente dinamicità delle relazioni sociali, alle modificazioni delle strutture socio economiche e delle condizioni di vita che queste determinano, appare attraversata da una crisi profonda⁸⁷.

Risulta, evidente che nell'epoca attuale lo specchio della Costituzione, ove limitato all'art. 29, non sia più idoneo a riflettere l'intera gamma delle relazioni affettive emerse nel corso del tempo⁸⁸.

Così, il graduale riconoscimento di un pluralismo dei modelli familiari⁸⁹, che si è sviluppato attraverso il ricorso al concetto di formazione sociale nel cui ambito

tema si veda V. TOZZI, *La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechurchiese.it), maggio 2007.

⁸⁴ Sul tema cfr. S. BALDETTI, *La legge sulle unioni civili nel quadro del diritto matrimoniale italiano, tra secolarizzazione ed eredità canonistiche*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Le Proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 192 - 193.

⁸⁵ Cfr. P. MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 25-27.

⁸⁶ Si pensi alla l. 21/2013, artt. 342 bis e ter c.c.; all'art. 6 della l. 184/1983, agli artt. 406 e 407 c.c.; all'art. 5 della l. n.40/2004; agli artt. 572, 612 bis c.p. e all'art. 199 c.p.p.

⁸⁷ In questa direzione T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettiva di riforma*, in *NLCC*, 2015, p. 615 e ss.; cfr. anche V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. dir. Civ.*, 2013, I, p. 1043 e ss.

⁸⁸ Sulle vicende che hanno accompagnato l'approvazione della legge in esame si rinvia a M. CIRINNA', *L'Italia che non c'era. Unioni civili: la dura battaglia per una legge storica*, Fandango, Roma, 2017.

⁸⁹ Il dibattito in Italia sul tema delle unioni omosessuali ha interessato la sensibilità sociale, politica e giuridica del Paese. In tema merita di essere ricordata anche la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4899, depositata il 26 ottobre 2015. Definita da alcuni sentenza fuori dal tempo (M. WINKLER, *Nozze gay, Consiglio di Stato: una sentenza fuori dal tempo*, articolo apparso sul *Fatto quotidiano* il 28 ottobre 2015), dopo diverse pronunce dei Tribunali amministrativi regionali in merito al problema della legittimità della trascrizione nei registri di stato civile dei matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, tale sentenza ha escluso che il matrimonio celebrato

si svolge la personalità umana (art. 2 Cost.), ha permesso di estendere il sostantivo famiglia a talune relazioni affettive non matrimoniali, la cui natura familiare deve essere rinvenuta nella sussistenza di vincoli di vario genere che possono assumere rilevanza giuridica⁹⁰.

In tal senso, la legge 2016, n. 76, costituisce la definitiva -e più esplicita- presa d'atto, da parte del Legislatore, circa la sussistenza, accanto al modello matrimoniale nella sua consolidata e ultramillenaria nozione⁹¹, di ulteriori archetipi di vincoli affettivi, due dei quali – le unioni civili e le convivenze di fatto – portati ad emersione sul piano del diritto positivo. La legge in esame, dunque, si inserisce quale nuovo stadio in un percorso di graduale sgretolamento del rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio, il quale già aveva tratto impulso

all'estero tra persone dello stesso sesso, stante il sistema regolatorio di riferimento, risulti esse un atto sprovvisto di un elemento essenziale (la diversità di sesso dei nubendi) ai fini della sua idoneità a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento. Cfr. anche L. MORASSUTTO, *Il Consiglio di Stato e la spallata alla giurisdizione ordinaria*, in www.articolo29.it, 2015; ID., *Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni seme-sex: all'ombra dei divieti e dei reati*, in *Genius*, anno II, n. 2, dicembre 2015, pp. 121-139; Correttamente esclusa da L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, IV, *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. AULETTA, I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 22 e ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1791 e ss.

⁹⁰ La dottrina prevalente considera ormai superato l'approccio costituzionale della famiglia come società naturale fondata esclusivamente sul matrimonio. *Ex plurimis* si veda T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2014; ID., *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *NLCC*, 2015, p. 615 e ss; ID., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 370 e ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2014; V. ZAMBRANO, *Lo scioglimento dell'unione non fondata sul matrimonio*, in AA. VV., *La separazione della famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2014, p. 249 e ss; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 1105 e ss; C. SALVIA, *Natura e storia dell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia, 1942-2008*, in *Riv. Civ. dir. Priv.*, 2008, p. 566 e ss.; P. BARCELLONA, *famiglia (dir. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 779 e ss; A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, p. 1025 e ss.; C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012; ID., *L'equivoco della famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2017; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 509 e ss.; A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte Costituzionale*, in AA. VV. (a cura di), *La società naturale e i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 20110, p. 128 e ss.

⁹¹ È l'espressione utilizzata nell'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2009, Tribunale di Venezia, III sezione civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1905, annotata da G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, p. 911 e ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2009, p. 726 e ss.; A. Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?*, in www.forumcostituzionale.it, 30 giugno 2009, pp. 1-7; J. PATRONE, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2009, n. 4, p. 143 e ss.

dall'entrata in vigore della legge sul divorzio, era passato attraverso la riforma del diritto di famiglia e aveva ricevuto ulteriore implementazione in virtù della legge sull'affidamento condiviso, nonché della riforma della filiazione⁹². In tale direzione il significato costituzionale di famiglia ha mostrato di essere permeabile ai mutamenti sociali⁹³.

Dunque, all'ostinata difesa di un concetto naturalistico di famiglia, rivelatrice della difficoltà a riconoscere dignità giuridica al fenomeno della pluralizzazione delle manifestazioni affettive, ha fatto seguito il progressivo riconoscimento di diversi modelli per la vita di coppia⁹⁴. L'ordinamento giuridico italiano, così, pur non riconoscendo il diritto a persone dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio, ha scelto comunque di garantire a queste ultime la possibilità di costituire un'unione stabile e (potenzialmente) duratura dalla quale sorgono, in sostanza, gli stessi diritti e gli stessi obblighi che derivano dall'istituto matrimoniale.

Va anche detto che, la legge numero 76 del 2016, se rappresenta indubbiamente un punto di svolta per il nostro ordinamento giuridico, non contempla la possibilità dell'obiezione di coscienza, ossia la facoltà per l'ufficiale di stato civile di astenersi, per motivi etici o religiosi, dal dovere di ufficio consistente nel ricevere la dichiarazione di costituzione dell'unione civile⁹⁵.

⁹² In realtà, come si è visto, già attraverso la l. 10 dicembre 2012, n. 219, in tema di *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, il legislatore, allo scopo di eliminare ogni diversità tra i figli nati nel matrimonio e la prole generata al di fuori di esso, ha inaugurato una nozione legale di famiglia nella quale risulta assai depotenziato il ruolo dello stesso istituto matrimoniale.

⁹³ A. RUGGIERI, *Strane idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e di implicazioni di ordine istituzionale*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA; *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 331 e ss.; V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1, 2013, p. 7 e ss.

⁹⁴ Cfr. V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, p. 276 e ss.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2, p. 527 e ss. Si segnala, inoltre, A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 23 e ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 520 e ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. Fam.*, 2006, p. 1230 e ss.; F. ANGELINI, *Quando dirsi "si" fa la differenza. Modelli di famiglia e orientamento sessuale*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci Editore, Roma, 2014, p. 93 e ss. Si veda anche P. ZATTI, *Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, pp. 9-42; ID., *Familia, familiae. Declinazioni di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 2, pp. 337-376.

⁹⁵ Sul tema si veda F. GRANDI, *Unioni civili e obiezione di coscienza: «questo matrimonio non s'ha da fare, nè domani, nè mai»*, in *GenIus*, 1, 2017, p. 15 e ss.; A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *Federalismi.it*, 20, 2017

Così, l'ufficiale dello stato civile non può venir meno al dovere d'ufficio se, per motivi di coscienza, non condivide la legge dello Stato che comunque è tenuto ad applicare. In particolare, nel caso specifico della costituzione dell'unione civile, durante l'iter che ha condotto all'approvazione della legge numero 76, la Commissione Giustizia ha respinto proprio un emendamento finalizzato ad introdurre, per i funzionari dello Stato, la facoltà di astenersi dalla stipula delle unioni civili. Pertanto, non essendovi nel testo della legge alcuna previsione circa l'obiezione di coscienza, mancando nel testo della legge la previsione dell'obiezione di coscienza, il mancato adempimento dei propri obblighi da parte dell'ufficiale di stato civile in tema di unioni civili verrebbe a configurarsi come rifiuto od omissione di atti d'ufficio, perseguibile ai sensi dell'art. 328 c.p.⁹⁶.

Del resto, in occasione della pubblicazione del d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, contenente il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, indispensabile per l'effettiva attuazione della nuova normativa -adempimento completato con l'emanazione del decreto del Ministro dell'interno del 28 luglio 2016 recante nell'Allegato A le formule destinate agli ufficiali dello stato civile tenuti a redigere gli atti relativi alle unioni civili- Il Consiglio di Stato, tenuto a verificare che le disposizioni della norma primaria fossero ben attuate⁹⁷, si è espresso sul tema.

Al riguardo, infatti, ha chiarito che una questione di coscienza assume rilievo giuridico quando, trovando spazio in una norma di legge, è *secundum legem*. Ciò in quanto in un sistema costituzionale e democratico è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Ora, nel caso della legge 76/2016 un emendamento in tal senso è stato addirittura respinto dall'assemblea parlamentare, che ha così tal modo espresso la sua contrarietà - assolutamente non modificabile in sede di attuazione - all'introduzione dell'istituto dell'obiezione di coscienza.

Allo stesso modo, però, sottolinea il Consiglio di Stato, gli adempimenti previsti dalla legge n. 76 del 2016, che costituiscono dovere civico, sono a carico dell'*ufficiale di stato civile*, ossia di un pubblico ufficiale che può anche essere diverso dalla persona del sindaco. Pertanto, la legge sulle unioni civili, individuando un'ampia categoria di soggetti tenuti ad adempiere al proprio *munus*, riconosce la possibilità che nel caso in cui per un funzionario rilevi un "impedimento di coscienza", un altro ufficiale di stato civile possa adempiere agli

⁹⁶ A. G. PARISI, *Unioni civili e obiezione di coscienza*, in www.comparazionedirittocivile.it.

⁹⁷ Cons. Stato, Sez. Atti normativi, 21 luglio 2016, n. 1695/2016.

obblighi necessari alla costituzione dell'unione, assicurando una piena tutela all'interesse della coppia richiedente. Tutto ciò, ovviamente, senza porre in discussione *il diritto fondamentale ed assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile*.

Del resto, è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell'ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della "coscienza individuale" del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione il diritto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile. Pertanto, in assenza della previsione dell'obiezione di coscienza per l'ufficiale di stato di stato civile, «la pratica ha suggerito «accomodamenti» amministrativi, caso per caso, ispirati all'intento di salvaguardare tanto le invocate motivazioni di renitenza ad un obbligo, quanto chi richiede una prestazione pubblica, come ad esempio consentire all'operatore renitente di non firmare di persona provvedimenti, o sostituirlo nella loro adozione, giacché altri componenti dell'ufficio si mostravano invece disponibili agli atti necessari»⁹⁸.

La seconda questione che la legge sulle unioni civili lascia aperta è, come si è visto, quella relativa alla *stepchild adoption*, quale possibilità per il partner del genitore di essere legittimamente coinvolto, nell'ambito di una coppia di soggetti del medesimo sesso, nello sviluppo affettivo ed educativo della prole⁹⁹. Sul tema, il disegno di legge Cirinnà modificava l'art. 44 l. 184 del 1983, stabilendo al comma 1, lett. b) che il minore potesse essere adottato, oltre che dal coniuge, nel caso in cui fosse figlio (anche adottivo) dell'altro coniuge, dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Il testo di legge definitivo, però, fondamentalmente tace sul punto ed è chiaro che così è stata eliminata una parte significativa del progetto. Il comma 20, infatti, limitandosi al riguardo ad affermare che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» e che resta esclusa l'applicabilità diretta delle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184, di fatto attribuisce al giudice il compito, volta per volta, di affrontare la questione¹⁰⁰. Ciò, tuttavia, nel silenzio della legge,

⁹⁸ S. PRISCO, *Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e Religioni*, 2017, 2, pp. 819-844; R. TONIATTI, *Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull'ineguaglianza delle forme familiari*, in *GenIus* 1, 2017, p. 25 e ss.

⁹⁹ S. NICCOLAI, *La maternità omosessuale e il diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015.

¹⁰⁰ Cfr. V. COCOZZA, *Le unioni civili fra Giudice e Legislatore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiede.it), 2018.

dà luogo, dato che la presenza di figli nelle unioni o famiglie omosessuali è un dato di fatto, ad un diritto inevitabilmente incerto. In assenza di una disciplina legislativa generale e astratta, così, l'intervento giudiziale, che anche se volto a tutelare il *best interest of the child*¹⁰¹ appare necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti, solo parzialmente può attuare quel diritto del minore, coerentemente a quanto si afferma nell'art. 1 l. n. 184 del 1983, di crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia¹⁰². Senza considerare poi che «se in Italia ci si dispone e si è ormai orientati in giurisprudenza ad accordare la *stepchild adoption* "in casi particolari", con effetti dunque limitati, il problema che si pone è che altrove l'adozione è nelle medesime ipotesi piena e d'altra parte operano in materia le norme di diritto internazionale privato, che impongono la trascrizione di atti legittimi negli ordinamenti nei quali erano stati formati, salvo il vincolo di un limite interno di ordine pubblico, che peraltro nemmeno esso costituisce più un argine invalicabile, attesi gli obblighi internazionali e sovranazionali che il nostro ordinamento è tenuto a rispettare»¹⁰³.

Come si vede, dunque, le questioni le cui soluzioni la legge in esame lascia aperte sono ancora tante. Tuttavia, al di là dei problemi ancora rimasti aperti, deve essere sottolineato che l'approvazione della L. n. 76/2016, inquadrandosi in un contesto di riforme atte ad incidere profondamente sulla valenza giuridica dell'istituto matrimoniale, rappresenta un intervento legislativo fortemente impattante sul tema delle relazioni affettive che, in ultima istanza, contribuisce a restituire un'immagine del diritto di famiglia in rapida, incessante ed irrequieta evoluzione¹⁰⁴.

¹⁰¹ A. SPERTI, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in *GenIus*, 1, 2015, p. 236 e ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

¹⁰² G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1771 e ss.

¹⁰³ S. PRISCO, *Le unioni omosessuali: alcuni problemi rimasti aperti e le prospettive delle loro possibili soluzioni nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e Religioni*, 2017, 2, pp. 819-844, *ivi* p. 837; *cf.* anche I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIus*, 1, 2017, p. 70 e ss.; F. PESCE, *La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato alla prova della nuova disciplina sulle unioni civili*, in *GenIus*, 1, 2017, p. 79 e ss.

¹⁰⁴ L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1779 e ss.

La responsabilità dello Stato-Giudice e dei magistrati e dello Stato-Giudice a tre anni dall'entrata in vigore della legge n. 18 del 2015: una nuova visione d'insieme?

di Jessica DE VIVO*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La legge n. 117/88 (legge Vassalli). **3.** Gli orientamenti della Corte di Giustizia. **4.** Dalla legge Vassalli alla l. n. 18/2015. **5.** La sentenza n. 164/2017 della Corte costituzionale: un *revirement* del Giudice delle leggi? **6.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La responsabilità civile dei magistrati è da tempo uno dei temi "caldi" del dibattito costituzionalistico e non solo. Il binomio potere-responsabilità, infatti, implica necessariamente la costante ricerca di un (giusto) equilibrio tra due esigenze, entrambe tutelate a livello costituzionale: da un lato il sereno esercizio delle funzioni giudiziarie (artt. 101 e 104 Cost.) e, dall'altro, il principio della responsabilità per i funzionari e i pubblici dipendenti (art. 28 Cost.), cui fa eco la necessità che i cittadini lesi da quella stessa attività giurisdizionale possano trovare tutela (art. 24 Cost.).

Peraltro, la responsabilità di cui si va trattando non è dei magistrati o, meglio, non è solo dei magistrati. Infatti, dopo le sentenze *Kobler*, *Traghetti del Mediterraneo* e *Commissione c. Italia* della Corte di Giustizia e la modifica della legge Vassalli ad opera della l. n. 18/2015, sussiste una più ampia ed articolata responsabilità dello Stato da attività giurisdizionale, rispetto alla quale la responsabilità dei magistrati «si pone in termini di specie a genere, costituendone solo una ipotesi»¹.

Proprio a seguito di questi interventi della Corte di Giustizia (ma non solo) è intervenuta la l. n. 18/2015 a modificare radicalmente la vecchia legge n. 117/88

* Dottoressa di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca; abilitata all'esercizio della professione forense.

¹ F. ELEFANTE, *La responsabilità dello Stato e dei giudici da attività giurisdizionale. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2016, p. 13.

(legge Vassalli), giudicata da molti come un sostanziale fallimento², o, come la definisce autorevole dottrina, «un classico esempio di legislazione di carta»³.

A ciò si aggiunga l'intervento della Corte costituzionale che, con sentenza n. 164 del 2017, ha statuito su ben cinque ordinanze di rimessione relative a cruciali profili della normativa vigente in materia di responsabilità civile dei magistrati, rigettandole tutte.

È dunque indispensabile ricostruire il quadro normativo, anche alla luce dei recenti interventi da parte della Corte costituzionale e della stessa Corte di Giustizia (cui si accennava poc'anzi), le quali, congiuntamente, hanno contribuito a ridisegnare i confini della responsabilità dello Stato e dei magistrati per attività giurisdizionale, facendo avvicinare sempre più il modello italiano a quello degli altri paesi europei, pur restando sempre nel doppio binario della responsabilità diretta dello Stato e di quella indiretta del magistrato.

2. La legge n. 117/88 (legge Vassalli).

La legge n. 117/88 (o legge Vassalli, dal nome del Ministro di giustizia dell'epoca) ha costituito «la contestata attuazione della volontà referendaria espressasi, a larghissima maggioranza per l'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.»⁴, con il fine ultimo di rendere effettivamente responsabili anche i magistrati.

L'assetto della legge Vassalli si basava sulla sola responsabilità diretta dello Stato⁵, salvo rivalsa nei confronti del magistrato (con una responsabilità indiretta, dunque, di quest'ultimo); il medesimo impianto, come si vedrà, è stato mantenuto anche dal legislatore del 2015, il quale, però, ha divaricato ulteriormente le due responsabilità, ampliando notevolmente quella dello Stato. La responsabilità del magistrato, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 117/88, traeva la sua fonte solo nel dolo, nella colpa grave o nel diniego di giustizia; la risarcibilità per il cittadino leso era garantita per tutti i danni ingiusti derivanti da privazione della libertà personale.

² Cfr. F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quaderni costituzionali*, settembre 2017, n. 3, p. 693.

³ A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, Napoli, Jovene, 2010, p. 16.

⁴ F. ELEFANTE, *La responsabilità dello Stato e dei giudici da attività giurisdizionale. Profili costituzionali*, cit., pp. 146-147.

⁵ L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi in cui il fatto che ha causato il danno costituisca reato, circostanza per cui il magistrato è direttamente responsabile, secondo quanto previsto dall'art. 13 della legge in questione.

Posto che, in assenza di una esplicita qualificazione nella normativa, per dolo si intende una violazione cosciente e volontaria della legge da parte del magistrato⁶, il legislatore del 1988 aveva tassativamente specificato le ipotesi di colpa grave, che consistevano in: grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento (affermazione di un fatto falso); negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento (negazione di un fatto vero); emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Come si vedrà, il legislatore del 2015, invece, ha preferito "oggettivizzare" la colpa grave, mediante l'epurazione proprio del concetto di negligenza inescusabile.

Accanto alle ipotesi di colpa grave, però, la legge n. 117/88 prevedeva la cd. clausola di salvaguardia, ai sensi della quale non poteva dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove⁷. Benché l'intenzione del legislatore del 1988 fosse quella di disegnare un confine tra ciò che rientra nell'attività interpretativa e che, dunque, non può dare luogo a responsabilità e ciò che, invece, è ascrivibile alle ipotesi di colpa grave, dando così luogo a responsabilità, è indubbio che la giurisprudenza di legittimità, negli anni, abbia elaborato un'interpretazione molto restrittiva per individuare le ipotesi di responsabilità per colpa grave e che, al contrario, le maglie dell'attività interpretativa siano state ampliate a tal punto da ricomprendervi ipotesi che, da parte della dottrina, non sarebbero inquadrabili in tale alveo⁸. Era evidente, dunque, la necessità di una rimodulazione della clausola di salvaguardia; la riforma del 2015, però, si è spinta ben oltre, fino a procedere ad una totale cancellazione, che però, come si vedrà, non è stata tacciata di incostituzionalità dal Giudice delle leggi.

La l. n. 117/88, poi, prevedeva (così come prevede l'attuale legge del 2015) la proposizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato e, in particolare, nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo aver esperito tutti i

⁶ Cfr. L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 11*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 112.

⁷ Per una disamina più completa sul punto si veda, *ex multis*, F.P. LUISO, *La responsabilità civile del magistrato secondo la legge 13 aprile 1988 n. 117*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2009, p. 175 ss..

⁸ Sia consentito il rimando a J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in *Federalismi.it*, n. 7, 06/04/2016, pp. 13-14.

mezzi di impugnazione ordinari e, comunque, quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento, fatta salva l'azione di rivalsa, nella misura di un terzo, nei confronti del magistrato.

Il legislatore dell'88 aveva previsto un filtro endoprocessuale: ai sensi dell'art. 5, infatti, l'azione poteva essere considerata inammissibile qualora non avesse rispettato i termini o i presupposti indicati dalla legge o in presenza di una infondatezza manifesta. Anche in questo caso, l'interpretazione eccessivamente estensiva di questo strumento⁹ da parte della giurisprudenza di legittimità ha convinto il legislatore del 2015 a procedere alla totale cancellazione del filtro di ammissibilità.

3. Gli orientamenti della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia europea si è occupata a più riprese del delicato tema della responsabilità civile dei magistrati¹⁰. Il punto di partenza è stato, senza dubbio, la celebre sentenza *Franovich* del 1991¹¹, in cui la Corte ha precisato come gli Stati membri, destinatari delle direttive, godessero di una piena facoltà di scegliere tra gli strumenti diversi per portare a termine lo scopo indicato in quelle stesse direttive ma, al contempo, i cittadini avessero la facoltà di potersi rivolgere al giudice nazionale in presenza di una violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato membro. Tale possibilità è stata poi ampliata a partire dagli anni 2000, fino a ricomprendervi qualsiasi violazione del diritto comunitario anche proveniente da un organo giurisdizionale di ultimo grado (sentenza *Kobler* del 2003¹²). L'*impasse* causato dal principio di intangibilità del giudicato viene superato sulla scorta della considerazione che l'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità non è *ex se* in grado di determinare alcun tipo di interferenza sulla

⁹ A titolo esemplificativo basti ricordare le sentenze della Cass. civ., Sez. III, 16 novembre 2006, n. 24386 e 5 maggio 2011 n. 9910, con cui si afferma che il procedimento preliminare di ammissibilità della domanda operato con il filtro ha carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei fatti contestati.

¹⁰ Sul punto, *ex multis*, si veda M.T. STILE, *La responsabilità dello Stato-giudice e del magistrato tra garanzie costituzionali e moniti europei*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 151 ss.

¹¹ Su tale decisione cfr. E. SCODITTI, "*Franovich*" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Il foro italiano*, 2004, 1, p. 4 ss.

¹² Corte di Giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler contro repubblica d'Austria*, su cui si rinvia a F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 220 ss.

sentenza ormai passata in giudicato, sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale¹³.

Qualche anno dopo, nel 2006, il Giudice di Lussemburgo è intervenuto nuovamente con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*¹⁴, la cui inottemperanza da parte dell'Italia ha poi dato luogo al successivo ricorso ai sensi dell'art. 250 TFUE proposto dalla Commissione Europea e alla successiva sentenza del 24.11.2011 *Commissione c. Italia*¹⁵. Il *thema decidendum* della sentenza *Traghetti del Mediterraneo* era l'art. 2, comma 2, della l. n. 117/88 (legge Vassalli), ossia la clausola di salvaguardia: con tale disposizione era previsto che nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non potesse dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. La Corte di Giustizia, richiamando esplicitamente la sentenza *Kobler*, giunge ad affermare che la clausola di salvaguardia, così come concepita dal legislatore del 1988 non è compatibile con il diritto comunitario, in quanto: «da un lato l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale, poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice [...] dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche

¹³ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale dedicata al "Poter judicial", 27-28 settembre 2007, in *www.rivistaaic.it*, 3 novembre 2007, p. 30.

¹⁴ Corte di Giustizia UE, sentenza 13 giugno 2006, causa C.173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. contro Repubblica italiana*. In proposito si veda, fra tutti, F. BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 19/06/2006. Cfr. ID., *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in N. ZANON, G. DI RENZO VILLATA, F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma: un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 124 ss..

¹⁵ Si tratta della sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-379/10 del 24 novembre 2011, con cui la Corte di Giustizia ha accolto il ricorso promosso dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana, nell'ambito di una procedura di infrazione, dichiarando il grave inadempimento dello Stato per l'esclusione di qualsivoglia responsabilità dello Stato per l'interpretazione delle norme di diritto o per la valutazione di fatti e prove da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado e altresì per la limitazione, da parte del legislatore nazionale, della responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave dell'organo giurisdizionale medesimo. Più ampiamente sul tema si vedano A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC*, 20/03/2012, n. 1, pp. 1-2; E. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 2012, n. 1, pp. 22-26; I. PELLIZZONE, *La responsabilità dello Stato-giudice tra interpretazione conforme, disapplicazione e prospettive di riforma. Brevi riflessioni a margine della sentenza del 24 novembre 2011 della Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 17/4/2012, n. 2.

pertinenti [...] al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta»¹⁶ - ma - «dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa»¹⁷.

La logica conseguenza, per la Corte, è che escludere *in toto* ogni responsabilità dello Stato sulla scorta del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un'interpretazione delle norme giuridiche equivale a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella già citata sentenza *Kobler*¹⁸.

È dunque agevole comprendere come la giurisprudenza europea impedisca ad una legislazione nazionale di «escludere, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione dello stesso imputabile ad un organo giurisdizionale (anche di ultimo grado) per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale»¹⁹.

Da quanto detto è possibile operare almeno due riflessioni. In primo luogo, in disparte il dibattito tra dottrina e giurisprudenza sull'impatto nell'ordinamento interno di queste pronunce, non si può non rilevare come la Corte di Giustizia abbia di fatto posto un freno a quell'ampia e concorde giurisprudenza di legittimità che, nel corso degli anni, aveva sempre interpretato la clausola di salvaguardia come un baluardo indispensabile ai fini della salvaguardia dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura²⁰.

In secondo luogo, è altrettanto evidente l'irragionevolezza nell'operare una distinzione tra una violazione del diritto interno e una violazione del diritto dell'Unione²¹, con differenti conseguenze. Diversamente opinando, vi sarebbe una diretta violazione dello stesso principio di uguaglianza, razionalità e ragionevolezza, ai sensi dell'art. 2 Cost..²²

¹⁶ Punto 34 della sentenza *de qua*.

¹⁷ Punto 35 della sentenza in commento.

¹⁸ Punto 36 della sentenza in esame.

¹⁹ R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, 18/12/2017, n. 4, p. 12.

²⁰ Sia consentito il rimando a J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, cit., p. 24.

²¹ Cfr. A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 19 ss.

²² Cfr. A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., p. 7.

4. Alla legge Vassalli alla legge n. 18/2015.

La l. n. 18/2015²³ «non è stata un fulmine a cielo sereno, ma la logica conseguenza di un dibattito che ha preso le mosse dalla profonda insoddisfazione dell'opinione pubblica e della stessa dottrina sui risultati conseguiti dalla precedente legge [...], incapace di fornire risposte adeguate sia al risultato del referendum del 1987 che alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea»²⁴.

È da premettere che la l. n. 18/2015 non ha abrogato la precedente legge Vassalli, ma si è "limitata" a modificare in modo massiccio la normativa previgente²⁵, allo scopo dichiarato di «rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati» (come recita lo stesso art. 1 della legge).

Volendo riassumere, sono essenzialmente tre le modifiche rilevanti apportate dalla normativa in commento. La prima novità è senza dubbio la nuova formulazione della clausola di salvaguardia, oggi esclusa non solo per le ipotesi di dolo (come era in precedenza), ma anche per le fattispecie di cui ai commi 3 e 3 *bis* dell'art. 2, ossia per tutte le ipotesi di colpa grave che, come già

²³ Per un commento alla riforma si vedano, *ex multis*, F. AULETTA, S. BOCCAGNA, N. RASCIO (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, Zanichelli, 2017; A. D'ALOIA, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 29 marzo 2015; F. BIONDI, *La riforma della responsabilità civile del magistrato: una responsabilità più dello Stato che dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, maggio 2015, n. 2, p. 409 ss.; E. CESQUI, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 3, p. 197 ss.; G. ZAMPETTI, *Osservazioni su alcuni aspetti processuali della nuova disciplina sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: profili costituzionali*, in *Osservatorio costituzionale*, 7 novembre 2016, n. 3; A. SCARCELLA, *Modifiche alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati o new deal nei rapporti tra politica e magistratura*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n. 4, p. 172 ss.; F. S. MARINI, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati fra crisi della sovranità e costituzionalismo multilivello*, in *Rivista AIC*, 26 novembre 2016, n. 4. Cfr. M. FRATINI, *Il Sistema del diritto civile. Vol. II La responsabilità extracontrattuale*, Roma, Dike, II Ed., 2017, p. 157 ss.

²⁴ A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, in *Osservatorio costituzionale*, 11/11/2016, n. 3, pp. 3-4. Sulla genesi della legge del 2015 si veda M. PIERANGELI, *Responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie: cosa richiede la costituzione? Brevi considerazioni anche alla luce delle modifiche introdotte con legge 27 febbraio 2015 n. 18*, in *Osservatorio costituzionale*, 8 novembre 2016, n. 3, p. 3 ss.

²⁵ La scelta del legislatore del 2015 di mantenere l'impianto della previgente legge Vassalli pur intervenendo massicciamente con profonde modifiche desta qualche perplessità. In questo senso si vedano J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, cit., pp. 27-28 e M. NISTICO', *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistemico e profili problematici*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, p. 15.

osservato, è stata "oggettivizzata" mediante l'espunzione della negligenza inescusabile. Peraltro, la legge n. 18 introduce una nuova fattispecie di colpa grave, ossia il "travisamento del fatto e delle prove", totalmente assente nella vecchia legge Vassalli, che viene accostato alle due vecchie previsioni dell'affermazione di un fatto falso e della negazione di un fatto vero²⁶.

La seconda novità è l'abolizione del filtro di ammissibilità; a fronte dell'inammissibilità della maggior parte delle domande presentate in circa venticinque anni di vigenza della legge Vassalli²⁷, il legislatore del 2015 ha ritenuto di dover provvedere in maniera drastica alla sua totale cancellazione. Come si cercherà di mettere in luce, benché il Giudice delle leggi in più occasioni avesse sottolineato la rilevanza costituzionale di un simile strumento, perché in grado di porre al riparo l'attività giudiziaria da possibili azioni temerarie e intimidatorie, gli stessi giudici costituzionali, a distanza di qualche anno, con sentenza n. 164 del 2017, hanno ritenuto quel filtro non costituzionalmente necessario.

Il terzo terreno in cui si muove l'onda di riforma del 2015 è quello dell'azione di rivalsa. Ai sensi del nuovo art. 7 comma 1, infatti, è previsto che il Presidente del Consiglio, entro due anni dal risarcimento, abbia l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, nel caso di diniego di giustizia o nel caso in cui la violazione manifesta della legge o del diritto dell'unione, o il travisamento del fatto o delle prove, siano stati determinati da negligenza inescusabile. Rimane esclusa, dunque, dall'obbligatorietà dell'azione l'affermazione di un fatto falso o la negazione di un fatto vero²⁸.

5. La sentenza n. 164/2017 della giurisprudenza costituzionale: un *revirement* del Giudice delle leggi?

²⁶ Essendo un'ulteriore ipotesi, la dottrina ha ritenuto che questa nuova fattispecie dovesse avere un *quid pluris* rispetto alle altre due ipotesi già presenti e dovesse, quindi, far riferimento alla valutazione del fatto o delle prove, non alla loro esistenza. Sul punto si vedano L. DE RENZIS, *La nuova legge di responsabilità civile e la giurisprudenza di legittimità: le nuove fattispecie di travisamento del fatto e della prova ed i possibili tentativi di inquadramento del sistema giuridico attuale*, Relazione tenuta il 17 aprile 2015 nel convegno su "La responsabilità civile dei magistrati" presso il Palazzo di Giustizia di Milano; E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di "colpa grave"*, in *Il foro italiano*, n. 6, 2015, spec. pp. 323-324.

²⁷ Per i dati statistici si veda V.M. CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, Cacucci, 2015, p. 122.

²⁸ Secondo M. NISTICO', *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit., p. 18, è da preferire un'interpretazione meno aderente al testo letterale, ma più attenta ai principi di autonomia e indipendenza della magistratura.

I punti nevralgici della riforma non hanno tardato a manifestare le proprie criticità anche davanti ai giudici costituzionali. Il Giudice delle leggi, infatti, si è recentemente occupato del tema della responsabilità dello Stato e dei magistrati, con la sentenza n. 164/2017²⁹, a seguito di ben cinque ordinanze di rimessione³⁰ che sono state sollevate con riferimento a molteplici aspetti della l. n. 18/2015. Le ordinanze suddette «si sono incentrate, in particolare, sui punti nevralgici delle “indicazioni” della Corte di giustizia»³¹ e, dunque, sulla “neutralizzazione” della clausola di salvaguardia, sull’abolizione del filtro di ammissibilità e, infine, sull’obbligatorietà/facoltatività dell’azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato.

Indicativo è il fatto che ben quattro delle cinque ordinanze siano state ritenute inammissibili perché irrilevanti e l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Genova (l’unica ad aver superato il giudizio della rilevanza) sia stata ritenuta infondata. Per quel che concerne le prime quattro ordinanze, il Giudice delle leggi conclude per l’irrilevanza seguendo un *iter* che parte da due celebri sentenze costituzionali sul punto: la n. 18 del 1989³² e la n. 237 del 2013. È proprio mediante il richiamo a queste sentenze che i giudici costituzionali traggono il convincimento “*dell’inapplicabilità dei propri precedenti alle questioni sollevate dai giudici a quibus e, conseguentemente, la loro inammissibilità sotto*

²⁹ Per alcuni commenti alla sentenza si vedano, *ex multis*, L. LONGHI, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati al giudizio della Corte costituzionale: i sottili equilibri tra diritto del danneggiato da un provvedimento giudiziario e tutela dell’indipendenza della funzione giurisdizionale in attesa della prova del tempo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, n. 4, p. 1524 ss.; S. CATALANO, *L’irrelevanza delle questioni sulla responsabilità civile dei magistrati: un cambio di rotta mascherato da conferma del precedente?*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, n. 4, p. 910 ss.; A.M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro «non è costituzionalmente necessario»*. *Nihil novi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, n. 4, p. 1961 ss.

³⁰ Si tratta delle ordinanze del 12 maggio 2015 del Tribunale di Verona, dell’8 maggio 2015 del Tribunale di Treviso, del 6 febbraio 2016 del Tribunale di Catania, del 25 febbraio 2016 del Tribunale di Enna e del 10 maggio 2016 del Tribunale di Genova (R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 1). Si vedano anche le riflessioni proposte da A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, cit. e M. G. NACCI, *Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all’incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell’esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Osservatorio AIC*, 9 marzo 2017, n. 1, p. 9 ss. Cfr. F. SORRENTINO, *Sull’attenuazione della clausola di salvaguardia in materia di responsabilità civile del magistrato: questioni ancora aperte?*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2018.

³¹ R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 21.

³² Per un’analisi più approfondita sul punto si rimanda a L. SCOTTI, *Addenda. I profili di costituzionalità della legge 13 aprile 1988, n. 117, e la sentenza 19 gennaio 1989, n. 18, della Corte Costituzionale*, in ID., *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 11*, cit.,

*il profilo della non rilevanza, in quanto involgenti norme (e i principi) che i tribunali rimettenti non avrebbero dovuto applicare nei giudizi sottoposti alla loro attenzione*³³.

Infatti, i giudici costituzionali evidenziano che: «tenuto conto di quanto gli stessi giudici rimettenti hanno posto in luce al fine di asseverare la sussistenza della rilevanza, se ne deve desumere che le questioni sono state dai rimettenti deliberate a prescindere da qualsiasi considerazione circa una loro diretta incidenza sullo statuto di autonomia e di indipendenza dei magistrati, tale da condizionare strutturalmente e funzionalmente lo *ius dicere*, ma facendo esclusivo riferimento alle sue modalità di esercizio»³⁴.

Continua la Corte affermando che: «si è escluso, infatti, che potesse strutturare il nesso di pregiudizialità, richiesto ai fini di rendere rilevante la questione, il mero richiamo del giudice a quo al turbamento psicologico e della propria serenità di giudizio prodotto dall'applicazione dei «ferri di sicurezza» nelle operazioni di traduzione degli imputati detenuti, non potendosi ovviamente qualificare per tale una soggettiva situazione psicologica come quella allegata dal giudicante che, oltre tutto, deriva da norme assolutamente estranee all'oggetto del processo principale» (sentenza n. 147 del 1974)³⁵.

In altre parole, per il Giudice delle leggi, la rilevanza potrà essere dimostrata solo se l'incidenza delle norme sulle garanzie costituzionali di imparzialità e indipendenza dei magistrati sia talmente pregnante, sotto il profilo della qualità, dell'intensità, dell'univocità e dell'evidenza della sua direzione, da determinare una concreta interferenza sulle stesse condizioni costituzionali che caratterizzano lo *status* di magistrato. Di qui la necessità che «*ai fini della rilevanza occorrerà ulteriormente verificare se la norma asseritamente interferente sullo status di magistrato ne comprometta o possa comprometterne l'indipendenza e la terzietà*

³³ R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 22.

³⁴ Punto 3.5. considerato in diritto della sentenza in esame.

³⁵ «*Allo stesso modo, si è pure escluso che potessero considerarsi rilevanti, in un qualsiasi giudizio di competenza della Corte dei conti, questioni volte a denunciare l'asserita menomazione della serenità e autonomia di giudizio dei magistrati di detta Corte derivante dal carattere, in assunto, «troppo latamente discrezionale» dei poteri riconosciuti al Presidente della Corte stessa in materia di assegnazione di funzioni e promozioni: le doglianze atenevano, infatti, a disposizioni che non dovevano essere applicate dal giudice rimettente, riflettendo «violazioni solo potenziali ma non attuali delle garanzie costituzionali»* (sentenza n. 19 del 1978). Punto 3.5. considerato in diritto della sentenza in esame.

*in relazione alla concreta reg giudicanda posta al suo esame ed alla specifica e conseguente decisione che è chiamato ad adottare nel giudizio a quo*³⁶.

L'importanza della decisione, tuttavia, si coglie maggiormente nella parte in cui esclude la fondatezza dell'ultima ordinanza, ossia quella sollevata dal Tribunale di Genova. Nel caso specifico³⁷, i giudici ordinari prospettano plurimi dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al solo art. 3, comma 2, della l. n. 18/15, ossia con l'abolizione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria proposta nei confronti dello Stato. Preliminarmente, i giudici rimettenti ritengono che la soppressione del filtro non possa trovare giustificazione negli interventi della Corte di Giustizia, che sarebbero finalizzati alla sola modifica della responsabilità dello Stato, non anche a quella dei magistrati.

Nel merito, poi, la norma censurata violerebbe gli artt. 111 (il meccanismo del filtro risponderebbe al comune interesse tanto del cittadino leso tanto dello Stato a che l'eventuale inammissibilità della domanda sia dichiarata in tempi brevi), 3 (l'abolizione del filtro contrasterebbe con il sempre più diffuso ricorso del legislatore a meccanismi di questo tipo), 101, 104 (l'abolizione del filtro tutelerebbe l'indipendenza e l'autonomia dei magistrati, ponendoli al riparo da domande temerarie o intimidatorie) e 25 Cost. (in assenza di un meccanismo di "filtro" il magistrato sarebbe incentivato ad esercitare la facoltà di intervento nel giudizio risarcitorio, non essendo più distinto in maniera netta l'esame dei profili di ammissibilità della domanda da quello del merito).

La Corte, invece, esclude l'incostituzionalità della disposizione in oggetto proprio alla luce dei principi di equivalenza e di effettività della giurisprudenza europea. Secondo il primo, il legislatore nazionale non può stabilire, in caso di azioni di risarcimento promosse per fatto del giudice, condizioni diverse e meno favorevoli di quelle stabilite per altre azioni di rivalsa attivabili nei confronti dello Stato. Il secondo principio, invece, esige che i meccanismi procedurali del diritto nazionali non siano predisposti in modo da rendere impossibile o, quantomeno, eccessivamente oneroso, l'ottenimento del risarcimento.

I giudici costituzionali, però, non si limitano ad affermare la compatibilità della normativa in questione con i dettami della giurisprudenza comunitaria, ma si spingono oltre, fino ad affermare la compatibilità di questi anche con il dettato costituzionale. Ciò sulla scorta del contesto peculiare, che richiede un delicato

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sul punto si veda F. SORRENTINO, *Sull'attenuazione della clausola di salvaguardia in materia di responsabilità civile del magistrato: questioni ancora aperte?*, in *Questione Giustizia*, 27 giugno 2018.

bilanciamento tra due interessi contrapposti, come si ricordava nell'*incipit*: da un lato il diritto del soggetto leso da un provvedimento giurisdizionale di ottenere il risarcimento per il pregiudizio subito; dall'altro, la tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura da possibili condizionamenti. In questo contesto, secondo la Corte, tale bilanciamento è stato effettuato in maniera corretta anche dal legislatore del 2015, «fondamentalmente tramite una più netta divaricazione tra la responsabilità civile dello Stato nei confronti del danneggiato – che le istituzioni europee chiedevano con forza di espandere – e la responsabilità civile del singolo magistrato»³⁸. In tale ottica, l'abolizione del filtro di ammissibilità ben si presta a fornire funzionalità al nuovo impianto normativo, non essendo, peraltro, costituzionalmente necessaria una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda contro lo Stato, quale strumento indefettibile per tutelare l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario. È ciò che, appunto, è stato fatto con la modifica della disciplina della responsabilità civile ad opera della l. n. 18, «per un verso mediante il mantenimento del divieto dell'azione diretta contro il magistrato e con la netta separazione dei due ambiti di responsabilità, dello Stato e del giudice; per un altro, con la previsione di presupposti autonomi e più restrittivi per la responsabilità del singolo magistrato, attivabile, in via di rivalsa, solo se e dopo che lo Stato sia rimasto soccombente nel giudizio di danno; per un altro ancora, tramite il mantenimento di un limite della misura della rivalsa»³⁹.

Tutto ciò, secondo i giudici costituzionali, dovrebbe indurre a «stornare il paventato pericolo che l'abolizione del meccanismo processuale in esame determini un pregiudizio alla "serenità del giudice" come pure la temuta deriva verso una "giurisprudenza difensiva"»⁴⁰.

Peraltro, «è ancora mediante una reinterpretezione contestualizzata dei propri precedenti – come nel caso della dichiarazione di inammissibilità delle altre quattro ordinanze – che la Corte confuta tutti i profili di censura sollevati dal tribunale di Genova»⁴¹. Il riferimento è alle sentenze nn. 18/1989 e 468/1990⁴²,

³⁸ Punto 5.3. della sentenza *de qua*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 24.

⁴² Secondo S. CATALANO, *L'irrelevanza delle questioni sulla responsabilità civile dei magistrati: un cambio di rotta mascherato da conferma del precedente?*, cit., pp. 912-913, «la lettura della sentenza lascia, a chi scrive, l'impressione che la Corte si ponga formalmente in linea di continuità con il proprio precedente, ma che, nella sostanza, abbia cambiato idea rispetto all'iter logico seguito in quel caso».

che devono essere interpretate alla luce di una lettura costituzionalizzata e in una cornice storica e normativa, secondo cui il preventivo giudizio di ammissibilità non può essere individuato come «la soluzione unica e costituzionalmente obbligata affinché un sistema di responsabilità civile non risulti strutturalmente lesivo dell'autonomia ed indipendenza della magistratura, incidendo sul "perturbamento della serenità" del giudice»⁴³. E, dunque, in un mutato quadro storico e normativo, il legislatore del 2015 ha operato quel bilanciamento di interessi contrapposti, con modalità che non possono essere censurate per irragionevolezza⁴⁴. Da ciò si fa derivare l'insussistenza della violazione dei principi costituzionali a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, ossia gli artt. 101 e 104 Cost.

Risultano altresì infondate le prospettate violazioni agli artt. 3, 25 e 111 Cost., in considerazione del fatto che il filtro di ammissibilità non è comparabile con gli strumenti deflattivi e semplificativi innestati dal legislatore nel regime delle impugnazioni civili (art. 3), che la pendenza della causa di danno contro lo Stato non costituisce un motivo di astensione o ricusazione del giudice autore del provvedimento, alla luce della giurisprudenza di legittimità sul punto (art. 25 Cost.) e, infine, che l'abolizione del filtro di ammissibilità non ha alcuna incidenza sulla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

6. Considerazioni conclusive.

La sentenza n. 164/2017, pur caratterizzandosi per una "*sostanziale neutralità*"⁴⁵ data dalle dichiarazioni di inammissibilità/infondatezza delle questioni sollevate, ha il pregio di fotografare un "*mutamento della visione d'insieme del sistema della responsabilità dei magistrati*"⁴⁶.

Per un verso è indubbio, infatti, che tale pronuncia risulti fortemente influenzata dalla giurisprudenza europea degli ultimi anni, che va nella direzione di preservare sempre più il cittadino leso da un provvedimento giurisdizionale, anche se proveniente da un organo di ultimo grado. Per vero, tale tendenza inaugurata dalla Corte costituzionale con la pronuncia *de qua* non sembra

⁴³ Punto 5.4. della sentenza *de qua*.

⁴⁴ Secondo A.M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro «non è costituzionalmente necessario»*. *Nihil novi*, cit., p. 1962, a differenza delle altre questioni che potranno ritornare al vaglio della Corte, non vi ritornerà, invece, la norma che ha abrogato il filtro, perché, rispetto ad essa, la sentenza «*chiude ogni discussione, perché [...] colloca l'abrogazione del filtro nell'esercizio, non irragionevole, della discrezionalità del legislatore*».

⁴⁵ R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit., p. 24.

⁴⁶ *Ibidem*.

presentarsi come una "novità assoluta". Infatti, è recente la sentenza del Tribunale di Messina del 30/05/2017⁴⁷, che, sotto la vigenza della vecchia legge Vassalli, ha condannato la Presidenza del Consiglio dei Ministri al risarcimento del danno patrimoniale derivato dalla morte della madre di tre minori, cagionata dall'ex marito a seguito di numerose minacce e violenze che avevano spinto la donna a denunciare più volte. Nel caso di specie, i giudici avevano affermato che i magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Caltagirone dovessero essere ritenuti responsabili civilmente ex art. 2, comma 3, lett. a) della l. n. 117/88 per non aver disposto alcun atto di indagine rispetto ai fatti denunciati né alcuna misura in grado di neutralizzare la pericolosità del marito della vittima, commettendo così una grave violazione di legge connotata da negligenza inescusabile⁴⁸. La portata innovativa della sentenza dei giudici ordinari si coglie, nel caso di specie, perché i giudici adottano una nuova chiave interpretativa: i giudici di merito, infatti, sembrano abbandonare i rigidi schemi adottati dalla giurisprudenza di legittimità in forza dei quali si legittimavano interpretazioni restrittive delle ipotesi di colpa grave connotata da negligenza inescusabile ed estensive di quelle "coperte" dalla clausola di salvaguardia, in favore di interpretazione che garantisca una più robusta tutela ai soggetti più vulnerabili⁴⁹. Anche in questa occasione, la sentenza del tribunale ordinario sembra aver recepito l'influenza delle decisioni di matrice europea in tema di protezione di soggetti vulnerabili e, in particolare, della sentenza *Talpis c. Italia* (peraltro richiamata direttamente dagli stessi giudici ordinari).

Per altro verso, è altrettanto indubbio che si tratti di una pronuncia che sembra prendere una direzione più definita dopo anni in cui la giurisprudenza costituzionale ha fatto emergere due consolidati indirizzi interpretativi⁵⁰. Da un lato l'orientamento che mette in luce un atteggiamento di "*deferential review nei riguardi delle scelte legislative*"⁵¹, tale da "*far pensare all'art. 28 Cost. come ad una disposizione costituzionale in bianco*"⁵². Dall'altro, il filone interpretativo in

⁴⁷ Sia consentito il rimando a J. DE VIVO, *Mancata tutela delle vittime e responsabilità civile dei pubblici ministeri. Nota a tribunale di Messina, I sez. civile, sent. del 30/5/2017 (n. 5384/2015)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 27 luglio 2017.

⁴⁸ *Ivi*, p. 1.

⁴⁹ *Ivi*, p. 2.

⁵⁰ A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, cit., p. 8.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*. Esemplificativa, a tal proposito, è la sentenza n. 2 del 1968, in cui si sostiene l'applicabilità dell'art. 28 Cost. anche agli uffici giudiziari, in quanto «*l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi legibus*

cui "in cui la Corte difende con forza la scelta legislativa di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati, nonché l'autonomia e la pienezza di esercizio della funzione giudiziaria"⁵³. Ecco, dunque, che la Corte sembra andare nel primo senso, compiendo un notevole passo avanti soprattutto nei confronti dello strumento del filtro di ammissibilità. Infatti, la giurisprudenza costituzionale sul punto ha finito per qualificare lo strumento *de quo* "quasi" come una soluzione obbligata⁵⁴, ma non l'ha definita come tale; la chiave è nel termine "quasi", poiché i giudici costituzionali si sono limitati a parlare di uno strumento avente rilievo costituzionale⁵⁵. A ciò si aggiunga l'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha "costretto" il legislatore italiano a sganciare in maniera più netta la responsabilità dello Stato (più ampia) da quella del giudice (più ristretta), al fine di assicurare la piena tutela degli individui lesi da un provvedimento proveniente dall'attività giurisdizionale.

D'altra parte, però, non si può non rilevare come una simile sentenza possa quantomeno apparire contraddittoria rispetto ai precedenti della stessa Corte, in primo luogo rispetto alla sentenza n. 468/90, che definisce il filtro come uno strumento indispensabile a garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia dei magistrati⁵⁶. Dunque, sarebbe stato auspicabile che la Corte si fosse soffermata maggiormente sulle ragioni per le quali la sentenza n. 164/2017 non si pone in contrasto con i precedenti giurisprudenziali sul punto, ma in continuità. Infatti, «il peso dei precedenti [...] avrebbe richiesto qualche precisazione ulteriore contro due rischi: a) che si affermi il sostanziale contrasto di Corte cost. n. 164/2017 con i suoi precedenti [...]; b) che si valorizzi oltre misura l'affermazione, che la Corte in concreto compie, secondo cui la sentenza n.

soluta, né l'altro fuori dall'organizzazione statale» (punto 1 considerato in diritto della sentenza *de qua*).

⁵³ A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, cit., p. 12. Esemplificativa di questo secondo filone giurisprudenziale è indubbiamente la sentenza n. 18/1989, in cui la Corte assunse una posizione estremamente favorevole rispetto alla normativa in questione, perché in grado di preservare il giudice da qualsiasi vincolo, rendendolo effettivamente libero da timori o influenze che avrebbero potuto comportare una soggezione di quest'ultimo da altri organi.

⁵⁴ È il caso, ad esempio, della già citata sentenza n. 18/1989.

⁵⁵ A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, cit., p. 32.

⁵⁶ Punto 4.4. considerato in diritto della sentenza *de qua*.

468/1990 aveva affermato l'indispensabilità di un filtro ma soltanto in caso di azione diretta contro il magistrato»⁵⁷.

In conclusione, la sentenza n. 164/2017 sembra aver fatto un piccolo passo nella direzione di un vero equilibrio nel binomio potere-responsabilità, ma nei prossimi anni, qualora l'applicazione della legge n. 18/2015 dovesse presentare altri problemi applicativi e interpretativi, sarà la stessa Corte a decidere quale strada percorrere, ossia quale *trend* giurisprudenziale far prevalere⁵⁸.

⁵⁷ A.M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro «non è costituzionalmente necessario»*. *Nihil novi*, cit., p. 1982.

⁵⁸ A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, cit., p. 28.

Brevi osservazioni a margine della Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – sentenza 05 giugno 2018, n. 22437

di Carlo GIORDANO* e Marianna RAGOSTA**

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Il fatto. 3. Il contratto di assicurazione e le clausole *claims made* in generale. 4. Meritevolezza e vessatorietà.

1. Premessa.

«Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "*on claims made basis*", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)».

Questo il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite in relazione all'annosa tematica, sempre maggiormente dibattuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilista, delle clausole "*on claims made basis*" apposte ai contratti di assicurazione.

* Avvocato, specializzato in professioni legali e cultore della materia in Diritto dell'energia presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

** Dott.ssa in Giurisprudenza, specializzata in professioni legali.

Per comprendere appieno l'*iter* ricognitivo ed argomentativo dei giudici di legittimità sotteso alla pronuncia in esame occorre necessariamente prender le mosse da una breve ricostruzione del fatto storico.

2. Il fatto.

In data 28 giugno 2002, in Treviso, si verificava il distacco e la caduta del braccio di una gru adibita all'edilizia nel cantiere in cui operava la C.E.V. S.p.a., determinando di tal guisa il crollo dell'adiacente magazzino della Martignone s.n.c., agente della Laboratori Piazza s.r.l. (già Laboratori piazza di Piazza Dario & C. s.n.c.), le cui merci (custodite nel magazzino della Martignone s.n.c.) venivano danneggiate. In seguito alla distruzione delle medesime, la Laboratori Piazza s.n.c., poi, s.r.l., nel 2003, convenne in giudizio la C.E.V. S.p.A. e la Martignone s.n.c., affinché fossero condannate al risarcimento dei danni cagionati.

Le società convenute si costituivano negando la propria responsabilità. La C.E.V. chiamava così in causa la società che aveva fabbricato la gru, la Potain Sud Europa s.r.l., che solo successivamente assunse la denominazione di Manitowoc s.r.l.

Quest'ultima fu convenuta in giudizio anche dalla Laboratori Piazza s.r.l..

La Manitowoc s.r.l., in seguito alla riunione delle cause, citò in giudizio per la manleva la Ras S.p.a., attualmente Allianz S.p.a., affermando che, essendosi verificato il sinistro nel 2002, per quell'evento era garantita dalla polizza assicurativa avente durata dal 1° gennaio 2001 al 1° gennaio 2003 con una franchigia di euro 4.547,00.

L'Allianz S.p.A. si costituiva in giudizio contestando la fondatezza della domanda di garanzia e sostenendo di aver stipulato con la Manitowoc due diversi contratti di assicurazione della responsabilità civile: l'uno di durata dal 1° gennaio 2001 al 31 dicembre 2002; l'altro di durata dal 1° gennaio 2003 al 1° gennaio 2004 e che in entrambi i contratti operasse la c.d. "clausola claims made", sicché l'assicuratore era obbligato all'indennizzo solo per i danni il cui risarcimento fosse stato richiesto all'assicurato durante il periodo di efficacia della polizza. Avendo la Laboratori Piazza s.r.l., terzo danneggiato, avanzato le proprie pretese nei confronti della Manitowoc solo nel 2003 doveva, farsi riferimento alla seconda polizza, in cui veniva prevista una franchigia di euro 150.000, sicché «nulla era dovuto dalla Allianz S.p.a. poiché il danno causato dall'assicurato era inferiore a tale limite».

Il Tribunale di Treviso, con la sentenza del febbraio 2007, accoglieva la domanda proposta dalla Laboratori Piazza s.r.l. nei confronti della C.E.V. S.p.A. e della Manitowoc s.r.l., condannando al pagamento a titolo di risarcimento danni della somma di euro 88.031, 69, oltre accessori e accogliendo la domanda di garanzia della Manitowoc nei confronti dell'Allianz, dichiarando nulla, ai sensi dell'art. 1341 c.c., la clausola *claims made*.

Avverso questa decisione proponevano appello, in via principale la Allianz S.p.a. e, in via incidentale, tutte le altre parti, esclusa la Martignone s.n.c..

Con la sentenza del 3 febbraio 2014, la Corte di Appello di Venezia accoglieva soltanto l'impugnazione principale della Allianz S.p.a., respingendo la domanda di garanzia avanzata dalla Manitowoc.

In particolare, il suesposto collegio giudicante riteneva che la clausola *claims made* di tipo puro non rendesse nullo il contratto ai sensi dell'art. 1895¹ c.c. e, inoltre, non dovesse essere considerata vessatoria, avendo l'effetto non di restringere la responsabilità dell'assicuratore, ma di delimitare l'oggetto del contratto.

Il giudice di Appello, dunque, evidenziava che, nonostante il fatto si fosse verificato nel 2002, la richiesta di risarcimento danni era stata avanzata solo nel 2003, anno per il quale la polizza contemplava un importo superiore al danno subito dalla Laboratori Piazza, pertanto, la Allianz non era tenuta a risarcire l'assicurata.

La Manitowoc s.r.l., al fine di far cassare la sentenza, propose ricorso per Cassazione, adducendo cinque motivi; invece, la Allianz S.p.a. e la C.E.V. S.p.a. resistero con separati controricorsi, la Laboratori Piazza s.r.l. depositò procura speciale di nomina del difensore e la Martignone s.n.c. di Martignone Giovanni & C. non svolse attività difensive.

Prima di scrutinare i motivi che deducono la nullità della clausola *claims made* inserita nei contratti di assicurazione stipulati dalla ricorrente, occorre, però, analizzare l'eccezione di giudicato interno, non oggetto di impugnazione, sollevata dalla Allianz S.p.a. in relazione alla validità di questa clausola, avendola il Tribunale ritenuta tale sotto il profilo della liceità, sebbene di natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.².

¹ Cfr. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013.

² Per maggiori approfondimenti A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con clausole d'uso*, Bologna, 1953; M. Bianca, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 1997; A. GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951.

Tale eccezione va disattesa, perché il giudice di primo grado, aderendo all'orientamento della Corte di Cassazione del 2005, ha affermato che la clausola *claims made* di cui al contratto di assicurazione *inter partes*, da reputarsi atipico, era valida, e poi, distaccandosi da tale orientamento, la considera vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., siccome è ritenuta limitativa della responsabilità dell'assicuratore.

La Manitowoc, nell'appello incidentale, nel contrastare il motivo di appello della Allianz S.p.a. avverso la declaratoria di vessatorietà della predetta clausola, ha argomentato sulla nullità della stessa per contrasto con gli artt. 1895 e 1917 c.c.. Si ravvisa una chiara e specifica contestazione della parte della sentenza di primo grado relativa all'affermazione di validità della clausola *claims made*, trovando spazio quella combinazione tra parte volitiva e argomentativa diretta alla confutazione delle ragioni addotte dal giudice di primo grado che rende l'impugnazione stessa non solo riconoscibile come tale, ma anche ammissibile ai sensi dell'art. 342 c.p.c..

Come anticipato, la Manitowoc s.r.l. ha proposto ricorso per Cassazione, evidenziando ben cinque motivi di doglianza.

In particolare, con il primo deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., in punto di nullità per difetto di meritevolezza della clausola *claims made*. Il giudice di Appello, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto effettuare il giudizio di meritevolezza del contratto, essendo il contratto assicurativo *inter partes*, contenente la clausola *claims made*, atipico e quindi affetto da nullità per contrasto con l'art. 1895 c.c..

Con il secondo motivo lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1917, primo comma c.c., sempre in punto di nullità della clausola *claims made*, che avrebbe dovuto essere dichiarata nonostante tale norma non venga richiamata dall'art. 1932 c.c.³ tra quelle inderogabili, assumendo in sé siffatta natura, poiché rappresenta la funzione del contratto di assicurazione, ossia il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di un'attività dall'agente all'assicuratore, per cui la sua deroga comporterebbe la nullità del contratto stesso per mancanza di causa e la sua immeritevolezza⁴ per contrarietà a norma imperativa.

Con il terzo prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1895 c.c., in punto di nullità della clausola *claims made*, che avrebbe dovuto essere dichiarata

³ D. BARBERO, *Sull'approvazione per iscritto delle cosiddette clausole vessatorie*, in *Foro padano*, 1952, I, pag. 455; G. ALPA - G. CHINÈ, *Contratti di massa*, in *Diritto privato*, 1996, pag. 36 e ss..

⁴ S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.* 7/2013; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite*, in *Danno resp.*, 10/2016.

in quanto il contratto di assicurazione *inter partes* ha assicurato, in concreto, un rischio già verificatosi. Ciò si desume dalla clausola di cui all'art. 9 dello stesso contratto, che impone all'assicurato di denunciare il sinistro entro 10 giorni dalla sua verifica, pertanto, dovendo per sinistro intendersi il fatto dannoso e riferendosi la clausola *claims made* al risarcimento del danno, consente di coprire un rischio già sorto.

Con il quarto denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1341 c.c.⁵ sulla vessatorietà della clausola *claims made*, che avrebbe dovuto essere dichiarata in quanto essa non limita l'oggetto del contratto di assicurazione, poiché imponendosi all'assicurato di denunciare il sinistro entro 10 giorni dalla sua verifica, la responsabilità dell'assicuratore sorge con il fatto dannoso e la stessa viene esclusa collegando la clausola *claims made* alla denuncia del terzo. Infine, con il quinto, che investe *l'an debeat*, lamenta la violazione degli artt. 117 e 118 del d.lgs. 206/2005, sulla responsabilità del produttore, perché la Manitowoc non poteva conoscere né prevedere la difettosità del prodotto in relazione al presunto difetto di progettazione.

3. Il contratto di assicurazione e le clausole *claims made* in generale.

Esposti i fatti di causa, i giudici di legittimità hanno ripercorso, anche in un'ottica comparatistica, quelli che sono i connotati e le problematiche proprie della tipologia di contratti in esame.

In un'ottica generale, il contratto di assicurazione è quel contratto con cui l'assicuratore, dietro versamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro. Si tratta di un contratto aleatorio a prestazioni corrispettive, perché le parti, al momento della stipula, non sono a conoscenza e non possono prevedere se il sinistro si verificherà o meno.

Nella categoria dell'assicurazione contro i danni è sussumibile anche l'assicurazione della responsabilità civile in cui, ai sensi dell'art. 1917 c.c., l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto e con esclusione dei danni derivanti da fatti dolosi.

La particolarità dei contratti di assicurazione con clausole "*claims made*", derogano al generale modello di assicurazione disciplinato delineato dall'art.

⁵ G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1977, II, pag. 11 e ss..

1917, comma primo, c.c., in cui la copertura assicurativa è improntata sul criterio del c.d. *loss occurrence*⁶ od *ars committed* e, cioè, estesa a tutte le condotte generatrici di domande risarcitorie verificatesi durante la vigenza del contratto indipendentemente dal momento della richiesta di risarcimento dei danni. Le *claims*, al contrario, estendono la copertura assicurativa a tutte quelle fattispecie per le quali intervenga - durante il periodo di vigenza della polizza - la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*).

La problematica in esame è deflagrata nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale con particolare riferimento a quelle tipologie di danni che si manifestano a notevole distanza di tempi dalla condotta che li ha cagionati (i c.d. danni lungolatenti)⁷ in cui, come se fossero due magneti dalla medesima polarità, si respingono due contrapposte esigenze: quella della maggior tutela attraverso l'estensione temporale della copertura assicurativa e quella dell'estensione dei relativi premi. Da tale contrapposizione la dottrina prima e la giurisprudenza poi hanno elaborato il modello di copertura c.d. *claims made* (letteralmente *a richiesta fatta*).

Da quanto esposto, in maniera riepilogativa, la *claims made* è una clausola, inserita all'interno del contratto di assicurazione, che limita l'operatività della garanzia a quelle richieste di risarcimento del danno che l'assicurato abbia ricevuto per la prima volta durante la vigenza della polizza assicurativa. Per effetto della medesima si assiste ad una definizione convenzionale del " fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" ex art. 1917 c.c., ritenuto non più quello verificatosi durante la vigenza del contratto di assicurazione, bensì quello denunciato in tale periodo, anche se il comportamento colposo sia antecedente alla data di conclusione del contratto.

Nella prassi assicurativa sono contemplate diverse categorie di *claims made* che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2016 hanno circoscritto a due macrocategorie: le clausole "pure", a copertura di tutte le richieste risarcitorie

⁶ Cfr. G.FANELLI, *Le assicurazioni*, in Trattato Cicu-Messineo, XXXVI, T. 1, Milano, 1973, pag. 107; G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Trattato Rescigno*, V, Torino, 1985, pag. 116; Ead., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992; N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. nomofilachia o disorientamento?* in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.6, 2017, pag. 682.

⁷ Cfr. I. D'AIELLO - F. SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, nt. 4; sempre in ambito sanitario si veda M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, pag. 75, ivi a pag. 89, il quale sostiene che si tratti non di una *claims made clause*, bensì di una *deeming clause*, tale da far rientrare in copertura tutti gli eventi che l'assicurato abbia denunciato in corso di copertura.

formulate nei confronti dell'assicurato nel periodo di vigenza della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito e le clausole "miste o impure" che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando sia il fatto illecito sia la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di vigenza del contratto con retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere in epoca anteriore⁸.

⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140. In particolare si riporta l'ampia massima inserita a nella rivista De Iustitia, http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20160515065354_fiuh.pdf: «Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (clausola *claims made* c.d. mista o impura), non è vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.. Tuttavia non è precluso al giudice di vagliare in concreto la meritevolezza della clausola anzidetta all'interno dell'assetto negoziale e la possibilità di dichiararne per tale ragione la nullità. Inoltre, laddove tale clausola sia inserita in un contratto dei consumatori, in base della disciplina del d.lgs. 206 del 2005, questa potrà essere dichiarata nulla ove determini a carico della parte debole un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Caratteristica del contratto di assicurazione con clausola *claims made* ("a richiesta fatta") è che la copertura assicurativa è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. *sunset close*) e opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto (c.d. *loss occurrence* o "insorgenza del danno"). Il vantaggio della *claims made*, che circoscrive l'operatività della assicurazione ai soli sinistri per i quali nella vigenza del contratto il danneggiato richieda all'assicurato il risarcimento del danno subito e quest'ultimo ne dia comunicazione alla propria compagnia perché provveda a tenerlo indenne, è quello di consentire alla società assicuratrice di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni. Nella prassi sono frequenti due tipi di clausole *claims made*: le clausole *claims made* c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa quando il fatto illecito e la richiesta risarcitoria avvengono nel periodo di efficacia del contratto e che talvolta sono accompagnate dalla retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente (come nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite), e le clausole *claims made* c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato nel periodo di efficacia della polizza a prescindere dalla data di commissione del fatto illecito. La Cassazione analizza la validità delle clausole anzidette sotto varie angolazioni. In primo luogo, si esclude che l'art. 2865 c.c., norma imperativa sulle decadenze fissate convenzionalmente, possa applicarsi rispetto alla previsione che limita l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa del danneggiato, terzo estraneo al contratto, in quanto la pretesa risarcitoria del terzo non incide sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso. Le SSUU, inoltre, sulla scia dell'indirizzo già espresso da precedenti sentenze (nn. 7273 del 2013 e 3622 del 2014) affermano che le clausole *claims made*, pur comportando talvolta l'assicurazione del rischio pregresso non entrano in contrasto con l'art. 1895 c.c. per mancanza dell'alea richiesta per il contratto di assicurazione. Infatti, non viene meno l'alea se entrambe le parti al momento della stipula non erano a conoscenza dei fatti fonte di responsabilità (salvo poi poter invocare la responsabilità del contraente per le dichiarazioni inesatte e reticenti ex art. 1892 e 1893 c.c.). Si evidenzia che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato per un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente perché non si esaurisce con la condotta materiale, ma occorre anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto

Tuttavia, l'ammissibilità di queste clausole, in ordine al profilo della meritevolezza, ha suscitato un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza, anche a Sezioni Unite, e, da ultimo, ha determinato un ulteriore intervento di queste con la sentenza in epigrafe.

Tuttavia, tale semplificazione non può elidere la complessità del fenomeno, complessità che si apprezza in relazione a previsioni pattizie, che da un lato sono volte a rendere effettiva la copertura assicurativa rispetto a *claims* intervenute anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto (c.d. *sunset clause* o clausola di ultrattività o "postuma") e dall'altro a consentire all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare all'assicuratore, ai fini di operatività della polizza, anche le circostanze di fatto

al risarcimento, ragion per cui, la garanzia pregressa è lecita perché afferisce alla sola condotta colposa già posta in essere e peraltro ignorata, restando impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi. La Suprema Corte, poi, esclude la paventata contrarietà di tali tipi di clausole con la struttura propria dell'assicurazione e in particolare con l'art. 1917, che pure si conforma al modello di loss occurrence (in base al quale sono coperti tutti e solo i sinistri intervenuti nel periodo di vigenza della polizza). La Cassazione non accoglie la tesi secondo cui la clausola con rischio putativo è nulla in quanto la sua apposizione vanificherebbe la causa del contratto di assicurazione (individuata nel trasferimento del rischio, derivante dall'esercizio dell'attività, dall'agente all'assicuratore), poiché lo stesso art. 1917, comma primo, c.c. non è menzionato tra le norme inderogabili ex art. 1932 c.c., di conseguenza le parti possono modulare questi aspetti del contratto tipo di assicurazione come meglio credono. La Cassazione, infine, ritiene non applicabile a tale tipo di clausole l'art. 1341 c.c., il cui secondo comma dispone l'inefficacia delle clausole limitative della responsabilità non specificamente sottoscritte dalla controparte. Secondo la Corte, infatti, le clausole in esame non sono limitative della responsabilità bensì delimitative dell'oggetto del contratto (per gli effetti dell'art. 1341 c.c.) dato che sono volte in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili. Una volta ritenuta inoperante la tutela, peraltro formale, assicurata dall'art. 1341 c.c., il giudice può ugualmente estendere il sindacato di meritevolezza al singolo patto atipico inserito nel contratto tipico. La Corte precisa che, sotto questo punto di vista, non può darsi una risposta definitiva e univoca circa la validità di una clausola che esclude la copertura assicurativa di un sinistro realizzato nel pieno vigore del contratto la cui domanda risarcitoria era stata proposta per la prima volta dopo la scadenza della polizza, ma occorrerà valutare sempre caso per caso il concreto assetto negoziale adottato dalle parti. In precedenti sentenze, la Corte aveva affermato che a causa di tali clausole mancherebbe il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, tuttavia, nell'attuale pronuncia, rileva più opportunamente che il sinallagma contrattuale dei contratti di assicurazione con clausole c.d. impure, che estendono la garanzia al rischio pregresso, che nell'ultimo periodo di vita del rapporto è destinato a funzionare in maniera assai ridotta quanto alla copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà ad operare con riferimento alle richieste risarcitorie per comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula. Fatte tali considerazioni la paventata mancanza di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo non può dirsi così scontata».

conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, originarsi la richiesta risarcitoria(c.d. *deeming clause*)⁹.

Sono note le ragioni storiche che hanno dato luogo, nell'ambito del mercato assicurativo, a partire da quello anglosassone e successivamente anche quello statunitense della prima metà degli anni '80 del secolo scorso, alle clausole *claims made*, affermatesi come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungolatenti, ossia dei danni da prodotti difettosi, quelli ambientali e quelli da responsabilità professionale, in particolare, in ambito di responsabilità sanitaria¹⁰.

Da qui l'esigenza, avvertita dalle imprese di assicurazione, di circoscrivere l'operatività della assicurazione ai soli sinistri "reclamati" durante la vigenza del contratto, così da consentire alla compagnia "di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi", con evidente ed ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo.

4. Meritevolezza e vessatorietà.

⁹ S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 4/2017, p. 459: «In assenza di una clausola di tal genere, peraltro fino ad oggi pressoché inesistente nelle polizze assicurative sulla r.c. professionale del mercato italiano, il professionista che sia a conoscenza di circostanze da cui ritenga che, con ogni probabilità, possano derivare, in futuro, una o più richieste di risarcimento, è di fatto costretto, per beneficiare della copertura assicurativa, a rinnovare la polizza con la stessa compagnia fino al momento della formalizzazione della richiesta di risarcimento».

¹⁰ Cfr. L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno resp.*, 4/2017, p. 462 afferma: «Questo particolare regime temporale è figlio della storia del mercato assicurativo americano, colpito negli anni ottanta dal flagello dei danni lungolatenti; quei danni, cioè, esito di condotte spesso risalenti a decine di anni prima e rimasti silenti nel tempo. Non è un segreto che all'esito di cause seriali in materia di farmaci o di danni da amianto, le imprese assicurative americane si videro colpite da richieste di indennizzo in relazione a domande di risarcimento legate a contratti dimenticati e trascurati ma ancora efficaci; questo perché l'obbligazione dell'assicuratore era impostata sulle tradizionali costruzioni loss occurrence o act committed, collegate rispettivamente al momento dell'emersione del danno o della condotta. La decisione di passare ad un regime maggiormente controllato, al fine di prevenire gli effetti disastrosi dei danni lungolatenti, venne immediatamente concretizzata nei paesi anglosassoni, dapprima in forme prive di retroattività. Oggi, le polizze *claims made* caratterizzano, con alcune peculiarità collegate ai diversi ordinamenti ai quali sono approdate, l'assicurazione della responsabilità civile professionale e questo fenomeno ha colpito anche l'Italia, stimolando subito dibattiti accesi, il più delle volte resistendo alle censure che sono state, via via, sollevate».

L'ordinanza interlocutoria¹¹ della Terza Sezione civile, nell'esaminare i primi due motivi di ricorso, si è interrogata sulla tenuta giuridica del sistema assicurativo "claims made" dalle quali sono scaturite problematiche giuridiche che il Collegio rimettente ha sintetizzato in due principi.

Il primo concerne l'esclusione dall'alveo dei "sinistri" (evento avverso, dannoso, e non voluto dall'assicurato) di fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882¹² c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.; il secondo concerne la meritevolezza¹³ di cui all'art. 1322 c.c., che, afferma la Terza Sezione, è un giudizio che investe non il contratto in sé ma il risultato con esso perseguito e tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, alla economia, al buon costume o all'ordine pubblico, ossia ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati¹⁴.

La chiave interpretativa fornita dal diritto positivo vigente non solo consente una lettura, di per sé concludente del "fenomeno" in esame, ma, al tempo stesso,

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465. Per approfondimenti si veda R. MUGAVERO ancora dubbi di legittimità sulle clausole *claims made*: la parola di nuovo alle Sezioni Unite, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2018, pag. 501, nella parte in cui sottolinea che: «La soluzione della Corte non appare appagante nemmeno - e conclusivamente - sul versante della ricostruzione degli scenari futuri: prospettandosi la soppressione totale della clausola *claims made*, laddove accolta nei suoi insegnamenti, rischierebbe di arrecare conseguenze fatali, quali il significativo aumento dei premi e possibili falle nelle strutture organizzative delle società di assicurazione, con la probabile fuoriuscita di molte di esse dal mercato, con un grave vulnus nei principi solidaristici e prudenziali del mercato assicurativo e dei recenti interventi riformatori».

¹² CLARIZIA O., *indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009.

¹³ Per maggiori approfondimenti cfr. F. GRECO: «La copertura del rischio pregresso, per i motivi di convenienza rassegnati nel paragrafo precedente, potrebbe certamente assurgere a elemento (rectius, finalità) meritevole di tutela, in quanto coerente con l'interesse del professionista nell'essere assicurato anche con riferimento a illeciti compiuti prima della stipulazione del contratto. Simmetricamente, la clausola *claims made* avvantaggia l'assicuratore, poiché rappresenta una tutela dal risarcire i danni da sinistro tardivo o latente. Astrattamente, la tipologia di clausole de qua pare, dunque, senz'altro meritevole di tutela: ricompono in maniera conveniente la conflittualità degli interessi di entrambe le parti contraenti e, al contempo, si presenta rispettosa dei canoni imprescindibili del modello tradizionale di contratto assicurativo (aleatorietà e sinallagmaticità)», in *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 4/2017, p. 474; viceversa sottolinea la pericolosa esposizione a buchi di copertura G. Facci, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016 fasc. 4, p. 6 ss.; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno resp.*, 10/2016; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite*, in *Danno resp.*, 10/2016.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, in http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20170520024302_whqo.pdf.

esalta ulteriori virtualità ermeneutiche già evidenziate dall'impianto codicistico, dalla sentenza a Sezioni Unite del 2016 e dall'ordinanza interlocutoria.

Infatti, non si dubita che nell'assicurazione contro i danni (art. 1882 c.c.) la garanzia riguardi il danno "prodotto da un sinistro" e che, quest'ultimo, alla stregua del linguaggio giuridico fatto proprio dal "diritto vivente" è da ravvisarsi nel fatto, materiale e storico (o come dice l'art. 1917 c.c. "il fatto accaduto"), idoneo a provocare il danno.

Tuttavia, proprio perché il danno rappresenta *l'ubi consistam* dell'interesse dell'assicurato a stipulare il contratto, altrimenti nullo in assenza di esso, occorre, dunque, analizzare questo fattore, che integra il rischio assicurabile, la cui incertezza deve rimanere intatta fino al momento di inizio della assicurazione, come incertezza, nel caso di assicurazione della responsabilità civile, relativa all'impoverimento del patrimonio del danneggiante - assicurato, quale conseguenza del sinistro. Da ciò emerge in maniera dirompente l'inscindibilità del binomio sinistro/danno, essendo proprio e soltanto l'evento a determinare il danno da cui scatta l'obbligo di indennizzo.

Pertanto, la clausola *claims made* (impura) deve essere considerata in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto con conseguente esclusione della natura vessatoria della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c.¹⁵, in quanto non limitativa della responsabilità e ciò comporta una deroga convenzionale alla disciplina del modello di assicurazione della responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., senza che ciò comporti una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da

¹⁵ La distinzione in via generale ed astratta tra clausole che limitano la responsabilità e clausole che delimitano l'oggetto è una distinzione molto sottile, e spesso una distinzione che si presta ad applicazioni divergenti. Sono clausole limitative della responsabilità quelle che limitano le conseguenze della colpa, quelle che limitano le conseguenze dell'inadempimento e quindi quelle che escludono la responsabilità e, nel caso del contratto di assicurazione, escludere il rischio garantito. E', al contrario, una clausola che delimita l'oggetto del contratto, quella che ad oggetto il contenuto del contratto e, nell'ipotesi del contratto di assicurazione, è quella clausola che limita la garanzia assicurativa, che quindi produce come effetto - quello di specificare il rischio garantito. In altri termini sono clausole che delimitano l'oggetto del contratto quelle che stabiliscono gli obblighi concretamente assunti dalle parti. La Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in questa prospettiva distintiva tra clausole limitative, cioè clausole che producono come effetto quello di escludere la responsabilità, di escludere il rischio garantito, e clausole delimitative, cioè clausole che delimitano e specificano gli obblighi concretamente assunti tra le parti, hanno qualificato le clausole *claims made* come clausole che delimitano l'oggetto del contratto specificando in maniera restrittiva, rispetto al modello codicistico, quali sono gli obblighi e quali sono i danni risarcibili pur mantenendo il medesimo paradigma contenutistico disciplinato dal c.c.. Dalla suddetta qualificazione deriva, quindi, che la clausola *claims made* non necessita ai fini della validità di una specifica approvazione per iscritto, di tal guisa palesando la propria validità a prescindere dall'applicazione dell'art. 1341 cc. Per maggiori approfondimenti si veda M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile 5. I singoli contratti*, Dike Giuridica, 2017, pp. 303 e ss..

estraniarla dal tipo, nel contesto del più ampio *genus* dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola *claims made* è pienamente partecipe.

Emerge, dunque, la circolarità tra impianto codicistico e micro-sistema speciale che esprime una forza ordinante particolarmente efficace, consentendo anche una simbiosi di categorie e rimedi.

La conseguenza di questa posizione ermeneutica è quella del superamento di un giudizio improntato alla logica propria della meritevolezza¹⁶, ancorata al presupposto della atipicità contrattuale (art. 1322, secondo comma) e, quindi frutto di una autonomia privata¹⁷ che, in quel determinato e peculiare esercizio, sebbene abbia già trovato riconoscimento nella realtà socio-economica, non rinviene ancora il proprio referente nel "tipo" prefigurato dalla legge, la quale può solo soggiacere ad una verifica di rispondenza ai parametri costituzionali.

Resta, però, vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, *in primis*, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo la causa in concreto del negozio.

È un test che non prescinde dal giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e che guarda alla complessità dell'ordinamento giuridico da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali in sinergia con quelle sovranazionali. In tale contesto, dunque, si rende opportuna un'indagine che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto.

L'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta uno strumento utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo, laddove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica.

¹⁶ A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, pp. 295-325; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, ii, pp. 439 e ss., P. RESCIGNO, *Contratto*, pp. 19 e ss..

¹⁷ Cfr. S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 e ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu- Messineo*, II d., Milano, 2002; F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia*. D) *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 369-374.

Ciò in quanto la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini della individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.

Dunque, non è questione di garantire e sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, nel rispetto del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "*on claims made basis*" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale.

Il regolamento contrattuale dovrà modularsi, nell'assicurazione della responsabilità professionale, in ragione della disciplina legale di base, che esprime un carattere imperativo per essere non solo inderogabile *in pejus* ma posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica ossia la tutela del terzo danneggiato che disvela il valore sociale dell'assicurazione.

Ne deriva che lo iato tra la prima e la seconda, per aver la stipulazione ignorato e/o violato quanto dalla legge disposto, come esito al quale può approdarsi alla luce, soprattutto, ma non solo, dell'indagine sull'equilibrio sinallagmatico suddetto, comporterà la nullità del contratto ex art. 1418 c.c..

A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto, in forza del secondo comma dell'art. 1419 c.c., così da integrare lo statuto negoziale, non già tramite il modello della c.d. *loss occurrence*¹⁸ di cui all'art. 1917, primo comma c.c., bensì attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente

¹⁸ Cfr. M. GAGLIARDI, in *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 155 nella parte in cui rileva che: «In realtà tali contratti sono nati dalla prassi solo nelle forme in cui oggi li conosciamo. Invero, la loro introduzione è dovuta all'esigenza di adeguarli a un filone giurisprudenziale che tentava di risolvere i problemi (di copertura assicurativa) generati dall'ondata di litigation in materia di sinistri latenti. Negli anni 80, quando le assicurazioni di responsabilità dei produttori erano basate sul sistema "*occurrence*", all'esplosione dei casi per risarcimento di danni lungolatenti o a formazione progressiva, la giurisprudenza cominciò ad interpretare l'*occurrence* e la nozione di *accident* - cui le polizze facevano riferimento - con alternativamente il fatto iniziale (il contatto con o l'esposizione al prodotto) e la manifestazione della malattia, al fine di garantire la copertura da parte di quasi ogni assicuratore chiamato in causa. Fu in seguito all'enorme imprevista (e, all'epoca, imprevedibile) esposizione finanziaria conseguente a tale litigation, principalmente negli "*asbestos cases*", che gli assicuratori svilupparono le polizze *claims made*», *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 155.

l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa.

Regolamentazione che, per la sua imperatività, viene a somministrare delle "regole di struttura", siccome orientate a rendere il contratto idoneo allo scopo, tenuto conto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle istanze sociali, con la precisazione che la stessa legge di settore presenta multiformi calibrature, modellando l'assicurazione *claims made* secondo varianti peculiari (ad esempio la *deeming clause* e/o la *sunset clause*) anche tra loro interagenti, così da mostrare una significativa elasticità di adattamento rispetto alla concretezza degli interessi da soddisfare.

Nondimeno, l'obbligo di adeguatezza del contratto assicurativo consente l'osmosi dei rimedi anche nel contesto di rapporti assicurativi sorti prima dell'affermarsi del regime di obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile professionale.

Del pari, la giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo pratico perseguito dai paciscenti sarà criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, in particolare, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza.

Per quanto riguarda, poi, la fase dinamica del rapporto assicurativo "on *claims made basis*", si colloca su un piano di assoluta criticità la clausola che attribuisce all'assicuratore la facoltà di recesso dal contratto al verificarsi del sinistro compreso nei rischi assicurati, la cui abusività si rivela tale in ragione della frustrazione dell'alea del contratto, che si viene a parametrare sul termine ultimo di durata della copertura assicurativa, rispetto alla quale i premi stessi sono calcolati e corrisposti.

Di qui il *vulnus* destrutturante la funzionalità del contratto, non emendabile con la liberazione dell'assicurato dal versamento della parte dei premi residui.

Da tale *excursus* si evince che il primo, il secondo, il terzo e il quarto motivo di ricorso sono calibrati a denunciare profili di invalidità o inefficacia dei contratti di assicurazione per la responsabilità civile "on *claims made basis*" di tipo c.d. "puro", stipulati dalla Manitowoc s.r.l. con la RAS S.p.A., nell'ottica della atipicità del modello assicurativo.

Tuttavia, il primo ed il terzo motivo intercettano e censurano aspetti di criticità della concreta operazione economica.

In tale prospettiva si prestano ad essere particolarmente valorizzate, nella sostanza, le doglianze dirette a stigmatizzare l'astrattezza del giudizio della corte di Appello, operata sul sillogismo che connette la atipicità della clausola *claims made* "pura" e la sua validazione ordinamentale, senza scendere nel concreto della peculiare vicenda contrattuale dedotta in giudizio.

All'esito del percorso interpretativo compiuto dal giudice territoriale sul contenuto delle polizze *inter partes*, nella sentenza impugnata si rende evidente come la definizione generale di "sinistro" prodotti" ivi contemplata sia solo riassuntiva del meccanismo operativo della *claims made* "pura", giacché il sinistro è individuato nel fatto che genera il danno, mentre il *claim* del danneggiato opera come delimitazione temporale dell'operatività della polizza, in tal modo selezionando anche l'applicazione della relativa franchigia in rapporto ad ogni "sinistro".

Inoltre, la Corte territoriale, nell'affermare la sostanziale identificazione tra sinistro e richiesta ha espresso una valutazione di sintesi circa l'equiparazione richiesta/sinistro, in quanto direttamente funzionale al momento di operatività della polizza, la quale definisce l'oggetto dell'assicurazione pur sempre in ragione del danno determinato da un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi assicurati.

La Corte di merito ha esaurito la sua valutazione nella esclusione della natura vessatoria delle clausole *claims made*, valutazione che è rimasta su un piano astratto, perché la Corte di Appello ha postulato la validità delle polizze nell'ottica della atipicità del contratto e senza farsi carico della concretezza dell'operazione negoziale da correlare funzionalmente all'assetto di interessi che le polizze stesse avrebbero dovuto realizzare.

Infatti, tale prospettiva *in iure* avrebbe dovuto guidare il giudice di appello nel considerare l'atteggiarsi della vicenda dedotta in giudizio, ossia la scansione diacronica tra verifica del sinistro e richiesta risarcitoria da apprezzarsi nel precipuo contesto storico-ambientale, la sua incidenza sugli obblighi informativi che essa imponeva, la corrispettività tra premio e rischio assicurato, che doveva giustificare ragionevolmente la sensibile modificazione dell'importo della franchigia, nel collegamento stretto tra la stipulazione della prima e seconda polizza, tale da non ridondare in fenomeno di abuso del diritto e infine la presenza di clausola di recesso in costanza di rapporto.

In definitiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la pronuncia in epigrafe, accolgono i primi quattro motivi e rigettano il quinto perché la Corte di Appello nell'espletare l'attività di indagine ha rispettato il principio secondo cui

la responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta e non oggettiva, in quanto prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto (la Corte di Appello, infatti, sulla scorta delle risultanze della c.t.u. espletata in corso di giudizio, ha accertato che la caduta del braccio della gru era dipesa dalla "rottura del porta-ralla", che "non era stato progettato in maniera corretta - non essendo stata effettuata una verifica come prescritto dalle norme DIN 15108 -, mentre non erano sufficienti a spiegare il motivo del crollo le "lesioni rilevate sul mantello cilindrico del porta-ralla, sicuramente da imputare a fenomeni di fatica del materiale", così come "non erano dimostrabili sulla base dei dati oggettivi acquisiti" le ipotesi di "uso improprio o accidentalmente scorretto" della gru).

La sentenza impugnata va cassata in relazione alla fondatezza dei motivi e la causa va rinviata alla Corte di Appello di Venezia, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Alla luce delle argomentazioni esposte, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione fissano criteri ermeneutici diversi e ulteriori rispetto a quelli sanciti dalle Sezioni Unite del 2016. Se da un lato, infatti, viene confermata la legittimità delle clausole "*on claims made basis*" quali deroghe al principio generale contemplato dal primo comma dell'art. 1917 c.c., perché il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore non incide sulla funzione assicurativa, dall'altro, il contraente assicurato può invocare tutela, in termini di effettività, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati.

Ne consegue, pertanto, che rispetto al singolo contratto di assicurazione non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c..

Le sezioni unite riconoscono l'esistenza del concorso formale omogeneo nell'ipotesi della resistenza realizzata contestualmente nei confronti di più pubblici ufficiali. Riflessioni intorno alla *ratio* tutelare dell'art. 337 c.p.

(Nota a Cass., Sez. Un., sent. 22 febbraio 2018 (dep. 24 settembre 2018), n. 40981, Pres. Di Tomassi, Rel. De Crescenzo, Ric. Apolloni)

di Claudio TRICÒ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il *casus decisis*. 3. Il dibattito giurisprudenziale e la posizione delle Sezioni Unite. 4. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno preso posizione nel contesto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai vivace, esprimendosi sulla unicità o meno dell'illecito posto in essere da chi abbia usato violenza o minaccia nei confronti di più pubblici ufficiali al fine di opporsi al compimento di un loro atto di ufficio.

Al termine di un percorso argomentativo apprezzabile sul profilo della linearità e della chiarezza espositiva, il Supremo consesso nomofilattico ha consolidato il seguente principio di diritto, riconoscendo che «*in tema di resistenza a un pubblico ufficiale, ex art. 337 cod. pen., integra il concorso formale di reati, a norma dell' art. 81, primo comma, cod. pen., la condotta di chi usa violenza o minaccia per opporsi a più pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio mentre compiono un atto del loro ufficio o servizio*».

Mediante tale statuizione, la Corte ha pertanto ritenuto che le violenze e le minacce dirette contestualmente nei confronti di più pubblici ufficiali siano idonee a integrare un concorso formale di tipo omogeneo tra più violazioni della medesima fattispecie penale, avvinte tra di loro dal rapporto di continuazione di cui all'art. 81, secondo comma, del Codice Penale.

Si tratta, in particolare, di una soluzione che approda a risultati ermeneutici apprezzabili, ma attraverso un *excursus* argomentativo e giuridico che sembra meritare talune integrazioni, soprattutto sul piano dell'identificazione dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice violata.

* Commissario della Polizia di Stato.

2. Il *casus desisus*.

Prima di analizzare tale profilo, è opportuno comunque ricostruire la fattispecie concreta oggetto di valutazione giudiziale, la quale vedeva un soggetto aggredire con strattoni e pugni un assistente e un ispettore della Polizia di Stato, destinatari, inoltre, di minacce particolarmente gravi, quali ad esempio "*lasciatemi andare che vi ammazzo*" o ancora "*io vi ammazzo tutti*".

Il Tribunale di Ancona, procedendo per mezzo di rito abbreviato, aveva escluso la sussistenza delle attenuanti generiche e aveva condannato l'imputato alla pena di 4 mesi e venti giorni di reclusione, riconoscendo la sussistenza di un rapporto di continuazione in relazione alla pluralità degli illeciti di resistenza commessi nei confronti dei due operatori di pubblica sicurezza.

A seguito dell'appello del difensore, fondato per ciò che qui interessa sulla asserita unicità dell'illecito configurabile nel caso di specie, la Corte di Appello di Ancona ha confermato la ricostruzione di cui alla sentenza di primo grado, specificando a sua volta che la presenza di fattispecie concorrenti e omogenee, legate dal vincolo di continuazione, non era riconducibile alla pluralità delle condotte delittuose, quanto piuttosto alla presenza di più pubblici ufficiali destinatari delle aggressioni e delle minacce dell'imputato.

Sulla scorta della denunciata inosservanza ed erronea applicazione della legge penale, così come anche del denunciato vizio di motivazione della sentenza di secondo grado, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione era stata dunque chiamata ad esprimersi sulla correttezza della ricostruzione del giudice *a quo*, rilevando così all'interno della sua stessa giurisprudenza un contrasto insanabile se non dinanzi alle Sezioni Unite del giudice di legittimità, inerente per l'appunto l'applicabilità dell'art. 81, primo comma, cod. pen. nei confronti di una condotta di resistenza contestualmente rivolta nei confronti di più pubblici ufficiali o di più incaricati di pubblico servizio.

3. Il dibattito giurisprudenziale e la posizione delle Sezioni Unite.

Tale profilo, come anticipato, è stato oggetto di un dibattito giurisprudenziale di lunga data, protrattosi nel corso degli ultimi decenni in ragione della presenza di differenti soluzioni ermeneutiche relative all'individuazione del bene giuridico protetto dalla fattispecie della resistenza al pubblico ufficiale, e più in generale della *ratio* tutelare di cui all'art. 337 del Codice Penale.

Secondo un primo orientamento, tale fattispecie criminale verrebbe a perfezionarsi rispetto a ciascun pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio nei cui confronti venga a essere esercitata violenza o minaccia col fine di

ostacolare un atto del suo ufficio o del suo servizio nel momento in cui esso è esplicato. Pertanto, anche un'unica condotta, perpetrata nei confronti di più pubblici ufficiali o di più incaricati di pubblico servizio, verrebbe a integrare più violazioni dell'art. 337 cod. pen., realizzando così un concorso formale omogeneo di reati, la cui sanzione sarebbe determinata ai sensi dell'art. 81 cod. pen.¹

Secondo l'orientamento opposto, invece, riconosciuto nel regolare andamento della pubblica amministrazione l'oggetto giuridico della norma, la lesione del bene protetto consisterebbe esclusivamente nell'ostacolo all'esecuzione dell'atto amministrativo, rispetto al quale eventuali profili di offesa all'integrità psico-fisica dei pubblici ufficiali aggrediti o minacciati apparirebbero esclusivamente marginali e collaterali, al punto da escludere che alla pluralità dei soggetti lesi possa corrispondere la pluralità dei reati integrati². A ciò si aggiunge, inoltre, la posizione di quella parte della giurisprudenza la quale afferma che la tutela dell'integrità dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio sarebbe affidata alle norme generali in tema di salvaguardia della persona, in quanto le violenze e le minacce mosse a carico del pubblico ufficiale sarebbero oggetto di autonoma sanzione da parte degli artt. 582 e 612 cod. pen., almeno qualora le stesse superino l'intensità minima delle percosse o delle minacce cc.dd. "semplici o improprie". Del resto, secondo tale orientamento, al di sotto di tale soglia le aggressioni fisiche e verbali considerate dall'art. 337 cod. pen. potrebbero non incidere sull'integrità psico-fisica del destinatario, rivelandosi quali minacce o violenze che, pur non rivolte direttamente nei confronti del pubblico ufficiale, sarebbero comunque idonee a riverberarsi negativamente sull'esplicazione della sua funzione, impedendola od ostacolandola³.

A fondamento di tale ricostruzione sono inoltre richiamate considerazioni di natura sistematica, fondate sul raffronto tra il precetto secondario di cui all'art. 338 cod. pen. e le più miti previsioni sanzionatorie di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen. Difatti, a detta di una parte degli interpreti, l'applicazione dell'istituto della continuazione nei confronti della fattispecie di cui all'art. 337 cod. pen. finirebbe per sovvertire iniquamente l'equilibrio sanzionatorio definito dal legislatore, in quanto verrebbe a essere applicata una pena più grave nei confronti di chi abbia

¹ *Inter alios*, v. Cass. Pen., sez. VI, 18 luglio 2017, n. 35227, con nota di L. FIMIANI, in *Cass. Pen.*, 5, 2018, pp. 1642 ss.; Sez. VI, 5 luglio 2012, n. 26173; Sez. VI, 24 ottobre 2011, n. 38182; Sez. VI, 23 ottobre 2006, n. 35376.

² V. Cass. Pen., Sez. VI, 22 agosto 2017, n. 39341; Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 4123, in *Giur. pen.*, 2017, III, con nota di F. VERNA, *Art. 337 c.p.: sulla configurabilità di un unico reato nel caso di resistenza a più pubblici ufficiali*; Sez. VI, 15 settembre 2014, n. 37727, in *Giur. pen.*, III, 2014, con nota di F. LOMBARDI, *Resistenza a più pubblici ufficiali: unicità o molteplicità di illeciti?*

³ V. Cass. Pen., Sez. VI, 14 dicembre 2016, n. 4123; Sez. VI, 12 luglio 2017, n. 39341.

aggredito contestualmente più pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, e non piuttosto a carico di colui che abbia usato violenza o minaccia nei confronti di un "corpo" politico, amministrativo o giudiziale, e cioè di un organo collegiale della pubblica amministrazione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'aderire al primo degli orientamenti *supra* richiamati, procedono a un'analisi attenta della struttura oggettiva della fattispecie penale, volta a individuare in termini di maggiore precisione l'interesse giuridico protetto dall'art. 337 cod. pen., anche alla luce della rubrica e della collocazione sistematica della norma in esame.

La condotta sanzionata dal legislatore, difatti, risulta essere quella relativa all'aggressione rivolta a un pubblico ufficiale o a un incaricato di pubblico servizio, la quale sia cronologicamente qualificata in quanto commessa nel momento dell'esplicazione dell'atto dell'ufficio o del servizio, e teleologicamente caratterizzata in quanto idonea a ostacolare o impedire la concretizzazione di quest'ultimo. Tale connotazione oggettiva del reato, così definita tanto sul piano della condotta incriminata quanto sul piano del relativo oggetto criminale, rivela la *ratio* tutelare della disposizione, la quale mira a garantire "il regolare funzionamento della pubblica amministrazione", come chiarito ulteriormente dalla collocazione sistematica e dalla stessa intitolazione della norma. Tale soluzione ermeneutica, tuttavia, a detta del giudice di legittimità, non deve indurre l'interprete a riconoscere il bene giuridico protetto dall'art. 337 cod. pen. nella mera tutela dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti dell'amministrazione, ma deve piuttosto spingere verso la valorizzazione del profilo della tutela di ciascuno degli individui che ricoprono l'ufficio pubblico o svolgono una pubblica funzione, essendo quest'ultimi diretta manifestazione della pubblica amministrazione, in quanto legati alla stessa da un rapporto organico di immedesimazione.

Il profilo che viene dunque a essere valorizzato è quello della tutela di ciascun pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in quanto «*il regolare andamento della pubblica amministrazione implica non solo la mancanza di manomissione di beni pubblici o la loro distrazione per il perseguimento di scopi diversi da quelli istituzionali, ma anche la mancanza di interferenze nel procedimento volitivo ed esecutivo di colui che, incardinato nella amministrazione, la personifica essendo espressione della volontà di quest'ultima*». Il bene giuridico del corretto funzionamento della pubblica amministrazione deve dunque essere inteso in senso più ampio rispetto alla mera tutela dell'atto amministrativo, in quanto lo stesso ricomprende «*anche la*

sicurezza e la libertà di determinazione e di azione degli organi pubblici, mediante la protezione delle persone fisiche che singolarmente o in collegio ne esercitano le funzioni o ne adempiono i servizi, così come definito dagli artt. 336, 337 e 338 cod. pen.».

Il Supremo consesso nomofilattico esclude dunque che possano ritenersi fondate le argomentazioni dell'orientamento di senso opposto, volto a riferire la tutela offerta dalla norma penale al solo atto amministrativo e non piuttosto ai singoli pubblici ufficiali. Soluzioni di stampo differente, difatti, appaiono incompatibili con la descrizione dell'illecito come realizzata dal legislatore, e, sul piano logico-giuridico, non sembrano offrire elementi utili al fine di declinare il bene giuridico tutelato in termini divergenti da come esso appare alla luce del tenore letterale della norma.

Anche il riferimento al sistema sanzionatorio descritto dal legislatore agli artt. 337 e 338 cod. pen., e dunque all'iniquo risultato derivante dall'applicazione dell'istituto della continuazione alla fattispecie della resistenza al pubblico ufficiale, non appare dirimente per il giudice di legittimità. Difatti, sebbene la previsione di un precetto secondario più severo per il delitto di cui all'art. 338 cod. pen. risponda a un principio di ragionevolezza, in quanto tale fattispecie penale descrive l'aggressione all'unità indistinta dell'organo pubblico collettivo e non ai singoli componenti dello stesso, in ogni caso le conseguenze sanzionatorie connesse a particolari circostanze fattuali proprie delle fattispecie concrete non possono incidere nella definizione della portata del precetto e della volontà del legislatore, essendo quest'ultime estrapolabili esclusivamente a partire dall'analisi della definizione legale delle diverse fattispecie astratte⁴.

La sentenza in epigrafe fa infine riferimento all'inidoneità dell'ultimo degli argomenti proposti dai sostenitori della tutela del mero atto amministrativo, e cioè all'affermazione secondo cui la tutela dell'integrità psico-fisica del pubblico ufficiale spetterebbe alle fattispecie di cui agli artt. 582 e 612 cod. pen., essendo

⁴ Sul punto, cfr. L. FIMIANI, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. VI, data udienza ud. 25 maggio 2017, data deposito (dep. 18 luglio 2017), n. 35227*, in *Cass. Pen.*, 5, 2018, pp. 1642 ss., il quale rileva come la modifica apportata all'art. 338 cod. pen. dalla recente Legge n. 105 del 2017 faccia propendere per la tesi del concorso formale di reati, in quanto la novella ha reso indifferente, ai fini dell'integrazione del reato, che gli atti violenti o minacciosi siano rivolti a un corpo amministrativo ovvero ai suoi singoli componenti. Tale scelta potrebbe difatti essere considerata quale indiretta conferma della volontà del legislatore di tutelare ogni persona offesa in quanto tale, e non solo quale astratta rappresentante di una pubblica amministrazione. Così anche S. SEMINARA, *I nuovi artt. 338 e 339 bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2017, pp. 1344 ss.

assorbita nel campo d'applicazione dell'art. 337 cod. pen. la sola resistenza che si sia tradotta in minacce o violenze inidonee a integrare le relative fattispecie di carattere generale. Tale ricostruzione si porrebbe infatti in contrasto con il tenore letterale della legge, in quanto essa verrebbe a sminuire il profilo della tutela del singolo pubblico ufficiale o del singolo incaricato di pubblico servizio, il cui coinvolgimento nella vicenda concreta verrebbe a essere sminuito agli occhi dell'interprete, assumendo una rilevanza meramente collaterale e subvalente.

4. Riflessioni conclusive.

Le Sezioni Unite sottolineano pertanto, ancora una volta, la prevalente centralità che deve essere riconosciuta al singolo soggetto pubblico aggredito perché chiamato a manifestare la volontà della pubblica amministrazione.

Nel far ciò, tuttavia, pur giungendo a un risultato applicativo del tutto apprezzabile, e cioè al riconoscimento del concorso formale realizzato da chi abbia resistito all'azione contestuale di più pubblici ufficiali, il Supremo consesso nomofilattico sembrerebbe non aver valorizzato adeguatamente il profilo della tutela dell'integrità psico-fisica degli operatori destinatari delle minacce e delle violenze realizzate dall'autore dei reati.

Tale profilo, in realtà, è espressamente archiviato dal giudice di legittimità, il quale riconosce come la giurisprudenza sia consolidata nell'individuare la *ratio* tutelare dell'art. 337 cod. pen. nella tutela del buon funzionamento della pubblica amministrazione, attribuendo a tale fattispecie una connotazione mono-offensiva, all'interno della quale non sembra esservi spazio per ulteriori valori di rango paritario.

Tuttavia, così esprimendosi, la sentenza in epigrafe sembra contraddire, almeno in parte, i propri presupposti argomentativi, venendo di fatto a disconoscere taluni profili di tutela dei singoli operatori, i quali appaiono invece utili a rafforzare i risultati ermeneutici cui essa è addivenuta e a valorizzare a pieno l'obiettivo di garantire centralità al singolo operatore, non solo nella veste di rappresentante della pubblica amministrazione, ma anche nella veste di vittima di un'aggressione. Difatti, argomentando diversamente, e rinviando dunque agli artt. 582 e 612 cod. pen. ai fini della tutela della persona del pubblico ufficiale, si finisce per escludere dal campo di tutela dell'art. 337 cod. pen. le forme di violenza e di minaccia meno intense, ma non per questo irrilevanti, le quali appaiono ugualmente inidonee a integrare le fattispecie generali appena richiamate. Ne deriva, pertanto, che talune forme di aggressione sembrano oggi estranee a ogni profilo di tutela penale, non essendo le stesse né oggetto delle

fattispecie generali delle lesioni e delle minacce, né di quella più specifica della resistenza a pubblico ufficiale.

Si tratta, in particolare, di tutte le violenze inidonee a dar luogo a una "malattia" della vittima, rilevante ai sensi dell'art. 582 c.p., ma anche delle minacce di ogni grado e intensità, in quanto quest'ultime appaiono sempre assorbite nel reato di cui all'art. 337 cod. pen., non sussistendo, a detta di chi scrive, parametri normativi in base ai quali tracciare una distinzione come quella richiamata dal secondo degli orientamenti *supra* indicati, a detta del quale l'art. 612 cod. pen. verrebbe comunque a trovare applicazione per tutte le minacce di maggior grado, da distinguersi da quelle definite "semplici o improprie", rilevanti invece quali elemento costitutivo del diverso illecito della resistenza al pubblico ufficiale. Una tale differenziazione appare invece discutibile e arbitraria, essendo difficile poter immaginare una minaccia che pur non incidendo direttamente sulla sfera psichica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, possa comunque rivelarsi idonea a ostacolare o impedire l'esplicazione dell'ufficio o della funzione affidati a quest'ultimo.

Pertanto, la qualificazione del delitto di cui all'art. 337 cod. pen. in termini di reato plurioffensivo, comprensivo dunque di profili di garanzia del corretto funzionamento della pubblica amministrazione e di salvaguardia dell'integrità psico-fisica degli operatori, sembrerebbe rappresentare oggi la soluzione più appropriata al fine di tutelare i pubblici ufficiali vittime di resistenze di tipo violento o minaccioso, affinché la funzione da questi svolta, e l'immedesimazione degli stessi con l'amministrazione di appartenenza, non possa giustificare l'emersione di lacune, anche solo teoriche, nella sfera di tutela offerta dall'ordinamento penale.

Alla base del riconoscimento del concorso formale di reati realizzato da chi resiste nei confronti di più pubblici ufficiali o di più incaricati di pubblico servizio emerge dunque la centralità di ciascun singolo operatore, il quale deve essere oggetto di tutela da parte dell'ordinamento sia in quanto rappresentante della pubblica amministrazione sia in quanto vittima di un'aggressione, avendo sempre quest'ultima un impatto fisico ed emotivo sull'individuo, a prescindere dalla funzione pubblica svolta o dalla divisa di cui egli si fa onore.

L'accertamento della causalità omissiva.

di Giulia DI FIORE *

SOMMARIO: Premessa. **1.** Il nesso di causalità. **2.** Individuazione della posizione di garanzia. **3.** L'accertamento della causalità ipotetica: mancata diminuzione del rischio o serie possibilità di successo? **4.** Dalla probabilità statistica alla probabilità logica. **5.** Dalla teoria alla pratica: Cass. pen. sez. IV, sent. 7659/2018.

Premessa

L'obiettivo dell'attività di ricerca che ha portato alla redazione di questo breve saggio sul tema della causalità, è quello di delineare le peculiarità dell'accertamento della causalità omissiva e di individuare, ove esistenti, le principali differenze rispetto all'accertamento della causalità nei reati commissivi. Nel voler dare inizio al percorso cognitivo che porterà verso la meta dichiarata nel manifesto programmatico poc'anzi annunciato, è opportuno cominciare dal dato normativo.

1. Il nesso di causalità.

L'art. 40 c.p. costituisce, senza dubbio, la base normativa dell'istituto del nesso di causalità, laddove sancisce che *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*.

È facile constatare che in un solo enunciato normativo sono condensati svariati principi che governano la materia penale, primo tra tutti il principio di materialità, il quale veste il reato della necessaria estrinsecazione fenomenica.¹

Il secondo principio contenuto nel primo comma dell'articolo 40 c.p. è quello di offensività, che completa il requisito della materialità, laddove richiede che il fatto che si è manifestato, perché possa essere intriso di disvalore penale, sia

* Dottoressa in Giurisprudenza, ex tirocinante ai sensi dell'art. 73, d.l. 69/2013.

¹ Per un approfondimento del principio di materialità cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, p. 194 ss., VI edizione, 2018.

anche fonte di un danno o di un pericolo per il bene giuridico protetto dall'ordinamento.²

È poi menzionato, nel brocardo qui attenzionato, l'istituto del nesso di causalità materiale, definibile come quel legame imprescindibile tra la condotta dell'agente e l'evento dannoso che giustifica l'accollo del primo tratto di responsabilità – sul versante oggettivo o materiale – all'azione anti-doverosa (ferma la necessità di verificare, al fine di condannare l'autore del fatto, se, oltre che eziologicamente efficiente, la condotta sia anche soggettivamente rimproverabile).

Viene infine richiamato, nel capoverso dell'art. 40 c.p., il principio in base al quale l'equivalenza tra la condotta attiva e la condotta omissiva vale soltanto nelle limitate ipotesi in cui il legislatore ha posto in capo a un determinato soggetto, qualificato in virtù della posizione ricoperta, l'obbligo giuridico di impedire l'evento³.

L'obbligo giuridico di impedire l'evento, invero, è sintomatico dell'esistenza di una posizione di garanzia e, alla luce delle relevantissime conseguenze penali che siffatto ruolo comporta, non può essere sottaciuto ma dev'essere necessariamente esplicitato dal legislatore. È per questa ragione che il secondo comma dell'art. 40 c.p. è stato ritenuto imprescindibile nell'ottica del principio di legalità-tassatività, dato che costituisce la base normativa del meccanismo di trasformazione delle condotte omissive improprie nelle speculari, e atipiche, condotte attive⁴.

Dunque, il legislatore del codice penale pone sullo stesso piano il mancato impedimento dell'evento all'azione tipica, nelle sole ipotesi in cui sia previsto per legge un obbligo giuridico di neutralizzazione dell'effetto offensivo di un fatto altrui, in quanto egli parte dall'assunto che la responsabilità penale è personale (art. 27, primo comma, Cost.), nel senso che nessuno può essere chiamato a rispondere per un fatto altrui, né, tantomeno, per un fatto che non gli sia

² In argomento. G. FIANDACA- E. MUSCO, p. 232, *ibidem*.

³ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, p.640 ss, *ibidem*.

⁴ Nella *Relazione illustrativa al codice penale*, si trova riscontro della problematicità insita nel capoverso della disposizione, peraltro addebitata ad una non corretta comprensione della portata della norma. Infatti, al par.58 della Relazione si precisa che "il problema della causalità materiale in rapporto all'omissione è risoluto, nella sua configurazione generale, nella prima parte dell'articolo 44 [*rectius* 40], ove non si fa alcuna distinzione tra azione ed omissione, ammettendosi, perciò, la possibilità del rapporto materiale tra omissione ed evento. Il capoverso prevede e regola un caso particolare d'omissione: quello, in cui l'omissione consista nel non impedire un evento, che direttamente è legato ad altra causa. [...] Agli effetti penali [il Progetto] ha limitato il valore di tal riconoscimento, dichiarando giuridicamente rilevante la sola ipotesi di non impedimento, che sia legata all'inosservanza di un obbligo giuridico".

personalmente addebitabile, a titolo di dolo o di colpa.⁵ Siffatta conclusione, peraltro, è un corollario dello scopo rieducativo della pena, la cui base normativa è nel summenzionato art. 27, comma terzo, Cost.⁶, dato che non avrebbe senso punire per rieducare un soggetto che, non avendo delinquito, non ha bisogno di essere rieducato.

2. Individuazione della posizione di garanzia.

Alla luce di quanto esposto, ne deriva che il fulcro della questione consiste nell'individuazione delle posizioni di garanzia. A tal uopo, la dottrina si è a lungo domandata se, per assumere la qualifica di garante, sia sufficiente la mera presa in carico del bene da proteggere ovvero se occorra necessariamente una esplicita previsione normativa che fondi la base dell'obbligo giuridico di intervento, ed è giunta alla conclusione, con l'ausilio della ermeneusi giurisprudenziale, che non si possa prescindere né dalla fonte formale di individuazione della posizione di garanzia, né dall'effettiva presa in carico del bene da proteggere⁷.

Pertanto, una volta assodato che c'è l'obbligo giuridico di impedire l'evento in base a quanto appena precisato, occorre accertare se, a fronte della concretizzazione dell'evento tipico, può essere mosso un addebito di responsabilità in capo al garante. Occorre, detto in altri termini, procedere

⁵ In argomento, E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2000, 03, 863: "[...] la svolta epocale è stata segnata dalla Corte costituzionale, che con le sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 ha riconosciuto rilevanza costituzionale al principio di colpevolezza. Nelle due sentenze citate la Corte ha fatto leva sul sistema dei principi costituzionali per arrivare a leggere la formula <<responsabilità personale>> nell'art. 27 comma 1 Cost. come sinonimo di responsabilità per fatto proprio colpevole".

⁶ Art. 27 Cost, comma terzo, codice penale: *Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.*

⁷ In proposito cfr. *Codice penale Commentato* a cura di EMILIO DOLCINI E GIORGIO MARINUCCI, IPSOA, 2011, cap. IX, paragrafo 63: "In ogni caso, la dottrina rileva che "la teoria formale e la teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento necessitano di reciproca integrazione. Si sottolinea, pertanto, che è innanzi tutto la legge, in senso formale, a segnalarsi quale fonte privilegiata di obblighi giuridici di impedire eventi penalmente rilevanti. L'obbligo ex art. 40 cpv. può tuttavia scaturire, come riconosce costantemente la giurisprudenza, anche da fonti di rango sub-legislativo, come regolamenti e provvedimenti amministrativi. Quanto al contratto, così come qualsiasi altro atto di autonomia privata (ad es. la delega di funzioni nell'esercizio dell'attività di impresa [...]), esso può pacificamente fondare posizioni di garanzia, perché tale è l'effetto che la legge gli attribuisce. Altro punto fermo, dal punto di vista funzionale, è che per il diritto penale ciò che conta è il contenuto materiale dell'obbligo giuridicamente fondato o, per essere più precisi, l'effettivo potere conferito all'agente, nella concreta situazione, per proteggere determinati beni giuridici o per controllare fonti di pericolo".

all'accertamento della causalità della condotta, secondo quanto previsto dall'art. 40 c.p.

Urge, a tal proposito, una precisazione. Mentre per accertare la causalità della condotta attiva si assumono, come elementi di partenza, tre dati reali (condotta, evento e decorso causale) e un dato ipotetico (*id est*: giudizio controfattuale⁸ volto a rintracciare fattori causali alternativi su cui, eventualmente, scaricare la responsabilità), nell'eziologia della condotta omissiva penalmente rilevante compaiono, invece, due dati reali e due ipotetici:⁹ i primi, rappresentati dal decorso naturalistico da altri innescato, e, dall'evento; i secondi, costituiti dal venir meno dell'evento, previa eliminazione della causa naturale, e, dalla condotta impeditiva¹⁰.

Dato che la premessa dell'accertamento della causalità omissiva non è il fatto positivo di reato ma la astratta presunzione di equivalenza tra il cagionare e il non impedire, ne consegue che il frutto dell'accertamento è una causalità ormativa o ipotetica, non reale o materiale, proprio perché si parte da un'inerzia che solo per volontà espressa del legislatore è qualificata come equivalente, in termini di rimproverabilità, all'azione tipica¹¹.

Sicché, si risponde per l'evento di danno o di pericolo, tanto, se lo si cagiona con la propria condotta commissiva anti-doverosa, quanto, se non si interviene per scongiurarlo, efficientemente intromettendosi in un decorso causale *in fieri*.

3. L'accertamento della causalità ipotetica: mancata diminuzione del rischio o serie possibilità di successo?

⁸ Sul punto cfr. Cass. penale S.U., n. 30328 del 2002, par. 2: "La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale", articolato sul condizionale congiuntivo "se ... allora ..." (nella forma di un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale "doppia formula", nel senso che: a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe egualmente verificato."

⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.984.

¹⁰ Il duplice dato ipotetico che compare nell'accertamento della causalità dell'omissione tipizzata dal legislatore, dà ragione dell'espressione con cui è stato definito questo tipo di accertamento: *id est*, giudizio "doppiamente ipotetico", secondo la fortunata espressione di PALIERO, in *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 839 ss.

¹¹ L'orientamento che identifica la causalità commissiva nella causalità reale e la causalità omissiva nella causalità ipotetica è tuttora dominante nella dottrina tedesca, cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, p.634, nota n. 27, *ibidem*.

Una volta che si è acquisito che il dato empirico di partenza per l'accertamento della casualità normativa o ipotetica è l'omissione, non resta che verificare se, a fronte della diversità ontologica tra le due tipologie di causalità (in una, l'azione tipica; nell'altra, l'inerzia significativa), ricorra anche una diversa regola probatoria a sostegno dell'addebito di responsabilità penale.

A tal proposito, a lungo la dottrina¹² e la giurisprudenza hanno sostenuto che l'elevata difficoltà di provare con certezza razionale¹³ che l'evento sia conseguenza dell'omissione anti-doverosa, autorizzasse i giudici a cercare una nuova regola di inferenza causale per la condotta omissiva, al fine di evitare la creazione, sia pure involontaria, di ampie zone di impunità¹⁴.

Fu, a tal uopo, adottata la teoria di origine tedesca della "mancata diminuzione del rischio", la quale consentiva di ascrivere l'evento all'omissione del garante quand'anche potesse dimostrarsi che quest'ultima si fosse risolta, semplicemente, in una mancata riduzione del rischio tipico di verificazione dell'evento¹⁵.

Tuttavia, si prese atto sin da subito che il carico di criticità derivante dall'adesione alla tesi della "mancata riduzione del rischio" risulta insostenibile per uno Stato di diritto fondato sulla legalità e sulla personalità della responsabilità penale, dato che essa finisce per trasformare, arbitrariamente, le fattispecie di danno in fattispecie di pericolo, con patente violazione del principio di legalità-prevedibilità (ciò in ragione dell'arretramento –imprevedibile *ex ante* al tempo della condotta– della soglia di rilevanza penale del comportamento umano). Peraltro, la teoria in questione comporta anche la retrocessione dell'evento a mera condizione

¹² Cfr. M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Aa. Vv., Scritti per Federico Stella*, I, Milano 2007, p. 912; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 241 ss.

¹³ Sul tema della causalità commissiva, cfr. *Cass. pen. S.U. FRANZESE*, n. 30328 del 2002, la quale, introducendo il modello inferenziale induttivo, con cui l'operatore deve partire dal caso concreto per arrivare alla legge, in luogo del modello nomologico deduttivo, con cui si traevano deduzioni da una legge astratta principale oggetto di ricognizione, evidenzia la necessità di operare un giudizio controfattuale caratterizzato da "elevata probabilità logica" o "alto grado di credibilità razionale".

¹⁴ Si veda soprattutto in materia di colpose omissioni di cautele sul luogo di lavoro e di colpa medica per omissione.

¹⁵ Si tratta della formulazione speculare alla tesi dell'*aumento del rischio*, elaborata dalla dottrina tedesca negli anni 30 del secolo scorso, la quale asserisce la sussistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento sulla base della semplice constatazione che la condotta ha aumentato, *ex ante*, il rischio del verificarsi dell'evento. Per un approfondimento sul tema cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, p. 636, *ibidem*.

obiettiva di punibilità, sicché lo sottrae all'esigenza, costituzionalmente riconosciuta, che esso sia sorretto quantomeno dalla colpa¹⁶.

A fronte delle aporie cui porta l'adesione alla tesi della "mancata diminuzione del rischio" nell'ambito della causalità, la giurisprudenza ha definitivamente accolto, per l'accertamento della causalità dell'omissione del garante, la regola probatoria dell'*alta o elevata probabilità logica* o della *certezza razionale*, già predicata in riferimento all'accertamento della causalità commissiva, e ha dato atto della irriducibile, perché ontologica, differenza tra la condotta attiva ed omissiva, creando una nuova tecnica di accertamento dell'eziologia dell'omissione impropria.

La giurisprudenza di merito¹⁷, invero, ha fornito un'esemplificazione delle fasi in cui si articola l'accertamento della causalità omissiva, indicandole come segue:

- 1) prevedibilità in concreto dello sviluppo causale
- 2) concretizzazione dell'evento tipico che la legge impone di impedire
- 3) evitabilità dell'evento previa adozione della condotta attiva richiesta
- 4) esigibilità della condotta alternativa attiva

Ad una più approfondita analisi, si è però riscontrato che le fasi in cui si sviluppa l'accertamento della causalità omissiva sono, di fatto, sovrapponibili a quelle che connotano l'accertamento della causalità della colpa.¹⁸

Da ciò consegue che, l'impresa di allontanarsi dalla criticata teoria tedesca dell'aumento del rischio (nella sua variante negativa della "mancata diminuzione del rischio" tipico), è sconfinata nell'accertamento della causalità della colpa, il quale, però, è modulato esclusivamente sugli elementi soggettivi del fatto e, di conseguenza, non può funzionare anche per conoscere, con prognosi a base totale *ex post*, l'efficienza causale della condotta omissiva.¹⁹

¹⁶ In proposito, la storica sentenza della *Corte Cost.* n.364 del 1988 ha consacrato il principio secondo cui gli elementi costitutivi della fattispecie penale devono necessariamente essere retti dall'elemento psicologico del dolo o, quantomeno, della colpa, a differenza di quelli secondari o accessori del reato, dato che nell'ordinamento è ammissibile soltanto una responsabilità oggettiva "spuria", giammai "pura" (la quale conseguirebbe ad un addebito di responsabilità pur in assenza di dolo o colpa negli elementi essenziali del reato).

¹⁷ Cfr. *ex multis*, Trib. Pisa 27.5.2011.

¹⁸ La causalità della colpa consiste nel riscontro dell'efficienza causale della violazione della regola cautelare rispetto alla verifica dell'evento; in particolare, si ha causalità della colpa se l'evento che in concreto si è verificato rappresenta la concretizzazione del rischio tipico che il legislatore intendeva scongiurare previa l'osservanza della regola cautelare, a condizione che esso fosse non solo prevedibile, e, quindi, evitabile, ma che la condotta alternativa lecita fosse altresì esigibile nei confronti dell'agente.

¹⁹ Nello specifico si osserva che, mentre la causalità della colpa è oggetto di una prognosi parziale *ex ante*, dato che ci si colloca fittiziamente al tempo della condotta e si valutano solo le circostanze

L'esito della trasposizione della tecnica di accertamento propria della causalità della colpa sul terreno dell'accertamento eziologico della condotta omissiva,²⁰ è che va ritenuta sussistente la causalità della condotta omissiva quand'anche l'azione doverosa avrebbe avuto "serie ed apprezzabili possibilità di successo" (talvolta si sostiene addirittura che siano sufficienti poche possibilità di successo dell'azione doverosa).²¹

4. Dalla probabilità statistica alla probabilità logica.

Sebbene non si sia ancora giunti ad una soluzione unanime in ordine alla regola di inferenza probatoria della causalità della condotta omissiva, la più autorevole dottrina²² sostiene che il nodo gordiano dell'intera questione consiste nella individualizzazione della causalità generale, secondo quanto affermato nella storica sentenza della Corte di Cassazione: *invero, ai fini della verifica del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento (cagionato o non impedito), decisivo non è il coefficiente di probabilità frequentista relativo alla legge di copertura utilizzata; ciò che conta è poter confidare, con un elevato grado di credibilità razionale, nel fatto che la legge statistica di copertura trovi applicazione anche nel singolo caso oggetto di giudizio, stante l'alta probabilità logica che nella situazione concreta siano da escludere fattori casuali alternativi.*²³ In assenza di questi ultimi, è comunque possibile esperire la individualizzazione della legge scientifica di copertura, mediante lo studio delle

conosciute o conoscibili dall'agente, l'indagine sulla causalità della condotta esige una prognosi totale *ex post*, alla luce di tutte le circostanze, anche non conosciute o conoscibili.

²⁰ Ferma la regola probatoria che resta quella della certezza razionale, alla luce dell'importante principio di diritto sancito nella sent. *Cass. pen.* S.U. FRANZESE, *cit.*, la quale ha consacrato il modello di causalità condizionalistica, rigidamente ancorato all'elevata probabilità logica o certezza razionale. In senso critico, si osserva che "insistere nel richiedere una causalità omissiva in chiave condizionalistica può equivalere ad una forma pur nobile di fedeltà ad un garantismo penale smentito, però, dalla natura delle cose. Più realisticamente è ormai venuto meno il momento di prendere atto che a maggior ragione la c.d. causalità omissiva ha una natura probabilistica suscettibile di essere approfondita soprattutto grazie ad approcci inquadrabili in una sempre più affinata teoria del rischio"; *sic* in G. FIANDACA – E. MUSCO, p. 638, *Diritto penale, parte generale*, VII edizione, Bologna, 2018.

²¹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, P. 636, *cit.*; VIGANÒ, *Riflessioni sulla cosiddetta <<causalità omissiva>> in materia di responsabilità medica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss. L'Autore riconduce per intero la problematica dell'imputazione dell'evento nel reato omissivo improprio all'ambito concettuale della colpa. Al contrario, FIANDACA, in *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss, valorizza la teoria del rischio e così evita di sovrapporre *tout court* il piano dell'imputazione causale dell'evento all'ambito, prettamente soggettivo, della colpa. Per un approfondimento cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, p. 588 ss., *ibidem*.

²² *Ex multis*, G. FIANDACA – E. MUSCO, p. 637 ss., *ibidem*.

²³ In questi termini, G. FIANDACA – E. MUSCO, p. 637, *ibidem*.

peculiarità del caso concreto, le quali portino ad escludere ovvero ad avvalorare, con elevato grado di probabilità logica o certezza razionale, che la condotta è causa dell'evento²⁴.

Pertanto, ciò che emerge dalla lettura della storica sentenza di Cassazione, S.U. Franzese, è che a prescindere dall'impostazione teorica che si scelga di condividere – sia essa la teoria dell'aumento del rischio, sia la tesi delle serie possibilità di successo – una volta che il primo stadio dell'accertamento della causalità della condotta è stato portato a compimento, mediante il giudizio controfattuale teso a dimostrare l'idoneità eziologica della condotta rispetto alla causazione dell'evento in concreto verificatosi, è altresì necessario compiere un ulteriore passaggio prima di poter addebitare la responsabilità in capo all'agente²⁵. Questo passaggio consiste nella trasformazione della astratta probabilità statistica in concreta probabilità logica, ottenuta calando le leggi di copertura nel caso concreto.

5. Dalla teoria alla pratica: Cass. pen. sez. IV, sent. 7659/2018.

Di recente, la Corte di Cassazione²⁶ ha fatto applicazione dei principi di diritto poc'anzi illustrati in riferimento a un caso di presunta responsabilità del sanitario per la morte del paziente, per non avergli somministrato le tradizionali cure, riconosciute dalla comunità scientifica.

La Corte di Cassazione, nell'occasione, ha ribadito che *nelle ipotesi di omicidio o lesioni colpose in campo medico, il ragionamento controfattuale deve essere svolto dal giudice in riferimento alla specifica attività che era richiesta al sanitario*

²⁴ [...] "Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, cosicché, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'inferenza di fattori eziologici alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto grado di credibilità razionale. L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio". In questi termini, *Cass. pen. S.U. 10.07.2002, FRANZESE*.

²⁵ *Cass. pen. S.U. FRANZESE, cit.* In senso conforme, cfr. la *Relazione illustrativa al codice penale*, par. 58: "Appena occorre avvertire, perché questo punto è stato causa di equivoci, che, affermata l'esistenza del rapporto causale, non ne discenda che si risponda in ogni caso dell'evento, perché la responsabilità penale presuppone, oltre l'elemento materiale, anche quello psicologico."

²⁶ *Cass. pen. sez. IV, sent. n. 7659 del 16-02-2018.*

*e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare o ritardare l'evento verificatosi, con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica.*²⁷

Sussiste, pertanto, il nesso di causalità tra l'omessa adozione di misure terapeutiche idonee ad arrestare o ritardare la degenerazione della patologia del paziente e l'evento che si è verificato con determinate peculiarità di modo e tempo, se, alla luce delle circostanze del caso concreto, è possibile sostenere che l'adozione delle terapie indicate come salvifiche dalla comunità scientifica avrebbe, con elevato grado di certezza razionale, ritardato significativamente l'evento morte, o, comunque, procurato una morte meno dolorosa.

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla addebitabilità dell'evento morte del paziente al medico che gli aveva consigliato di abbandonare la strada delle cure tradizionali per praticare le terapie ayurvediche.

Secondo gli insegnamenti consolidati e tramandati dalla giurisprudenza di legittimità, prima di addebitare un evento ad una determinata condotta, occorre compiere il giudizio controfattuale per verificare se, con la condotta alternativa lecita ovvero attiva (nel caso di specie: l'utilizzo delle cure tradizionali in luogo della medicina ayurvedica), l'evento (quindi, nella specie, la morte del paziente) sarebbe stato del tutto evitato o quantomeno ritardato nel tempo, oppure, laddove inevitabile, reso meno doloroso.

La necessità di esperire siffatto accertamento deriva dall'esigenza, puntualizza la Corte, di evitare un addebito automatico di responsabilità, basato sulla mera probabilità frequentista che la condotta (nella specie: omissione da parte del sanitario di cure salvifiche) è antecedente causale necessario dell'evento. Infatti, riprendendo il principio di diritto condensato nella storica sentenza Franzese, i giudici di legittimità affermano che *non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, cosicché, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'inferenza di fattori eziologici alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto grado di credibilità razionale*²⁸.

²⁷ Cass., pen. sez. IV, sent. n. 30649 del 13-6-2014.

²⁸ Cass. pen. S.U. Franzese, cit.

Tuttavia, nel caso portato all'attenzione dei giudici di legittimità, la Corte d'Appello aveva ommesso di effettuare il riscontro ipotetico, e quindi di verificare se, laddove fossero state praticate le terapie tradizionali, il paziente sarebbe guarito o comunque avrebbe vissuto più a lungo e soffrendo meno. Ne consegue che, in mancanza del necessario accertamento controfattuale non è dato assumere la condotta omissiva del medico come causa dell'evento e, di conseguenza, punire il medico per la morte del paziente. Riprendendo un principio già affermato in giurisprudenza, la Cassazione osserva che *il ragionamento controfattuale deve essere svolto dal giudice in riferimento alla specifica attività (diagnostica, terapeutica, di vigilanza e salvaguardia dei parametri vitali del paziente o altro) che era specificamente richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare o ritardare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di credibilità razionale.*²⁹

Laddove manchi un simile accertamento, il giudice non può addebitare l'evento alla condotta della cui rilevanza penale si tratta, dato che, diversamente, si finirebbe per condannare un soggetto per non aver impedito un evento che, probabilmente, ma in assenza di accertamento controfattuale non è dato sapere, si sarebbe egualmente verificato, con le stesse modalità di tempo e con la stessa intensità lesiva.

Alla luce di quanto esposto, la Corte ha annullato la sentenza del giudice *a quo* per il vizio di mancanza di motivazione, posto che costui aveva ricondotto il decesso del paziente alla condotta omissiva del medico, senza prima verificare, attraverso il consueto giudizio controfattuale, l'effettiva tenuta, in termini di certezza razionale o di elevata probabilità logica, della concatenazione tra i due anelli della catena: la condotta e l'evento.

²⁹ Cass. pen., sez. IV, sent. n. 30649 del 13-06-2014.

Fenomeno migratorio e criminalità: la percezione e i numeri. La natura giuridica del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 3, D. Lgs. 25 luglio 1988, n. 286) al vaglio delle Sezioni Unite.

di Vincenzo IAZZETTA*

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** Il fenomeno migratorio: i numeri e la sua percezione. **3.** Lo spostamento di persone come occasione di profitto. **4.** Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: *ratio*, struttura e natura giuridica della fattispecie. **5.** La rimessione della *questio iuris* alle Sezioni Unite. **6.** La pronuncia delle Sezioni Unite. **6.1.** Le riforme in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. **6.2.** Gli orientamenti della giurisprudenza: reato autonomo o aggravante? **6.3.** La soluzione: il criterio strutturale. **6.4.** Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm. è un reato di pericolo (o a consumazione anticipata). **6.5.** Gli effetti sostanziali e processuali della soluzione adottata dalle Sezioni Unite. **7.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Nel momento di maggiore fibrillazione politica riguardo al fenomeno migratorio¹, scelgo due messaggi che rappresentano una presa di coscienza matura di questo processo apparentemente inarrestabile e che racchiudono mirabilmente la centralità dei principi di umanità e di legalità che dovrebbe ispirare il dibattito pubblico sul tema.

Il primo messaggio è stato inviato dal Presidente della Repubblica agli organizzatori della XXXVI edizione del *Meeting per l'amicizia tra i popoli*: «L'umanità che mostreremo nell'accogliere i profughi disperati, l'intelligenza con cui affronteremo i fenomeni migratori, la fermezza con cui combatteremo i trafficanti di esseri umani saranno il modo con il quale mostreremo al mondo la

* Commissario della Polizia di Stato, Specializzato in professioni legali.

¹ Nel momento in cui redigo questo breve scritto apprendo della iscrizione del Ministro dell'Interno e del capo di Gabinetto del Viminale nel registro delle notizie di reato da parte della Procura di Agrigento per i reati di sequestro di persona, abuso d'ufficio e arresto illegale, in relazione al trattenimento dei migranti della nave Diciotti.

qualità della vita democratica. La democrazia si esporta con la cultura e con l'esempio»².

L'altro messaggio è del Santo Padre Francesco che nel Discorso ai partecipanti al *Forum Internazionale "Migrazioni e pace"*³ individua nella protezione dei migranti attuata attraverso strumenti giuridici, internazionali e nazionali, chiari e pertinenti un dovere morale per lottare contro i "trafficienti di carne umana".

Queste due riflessioni manifestano quanto siano sentite dalle massime Autorità civili e religiose le problematiche connesse all'ingresso in Italia di gruppi di persone lontane per lingua e tradizioni dalle realtà locali, soprattutto per lo stretto legame che intercorre tra il bisogno di essere accolti, assistiti e integrati, e chi vede in tali difficoltà un'occasione di profitto da non farsi sfuggire.

Al di là delle innumerevoli derive patologiche, sulle quali mi soffermerò brevemente di qui a poco, è evidente che lo spostamento di persone - più o meno quantitativamente imponente - è un fenomeno comune nella storia dell'umanità, dal momento che trae la propria origine dall'istinto primordiale di sopravvivenza che spinge l'uomo a ricercare condizioni di maggiore felicità e benessere in luoghi diversi da quello di nascita. Emigrare, infatti, significa "lasciare il territorio di origine, per andare a vivere, temporaneamente o stabilmente, altrove [in una terra più ospitale], soprattutto per ragioni di lavoro [e, quindi, di sopravvivenza]"⁴. Secondo la definizione delle Nazioni Unite il migrante/immigrato è "una persona che si è spostata in un paese diverso da quello di residenza abituale e che vive in quel paese da più di un anno".

² Si tratta di una delle crisi che riceve la maggior attenzione da parte dei media di tutto il mondo. L'organizzazione internazionale umanitaria CARE, nel suo rapporto ne mette in luce, le crisi in Eritrea, Burundi, Sudan, Repubblica Centrafricana, Repubblica Democratica del Congo, Mali, Bacino del Lago Chad (Niger, Camerun, Chad), Vietnam e Perù. Anche l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati afferma che i media giocano un ruolo fondamentale nell'attrarre l'opinione pubblica su quelle crisi dimenticate e trascurate. Aggiunge inoltre che nonostante le conseguenze dei conflitti ricadano tragicamente su milioni di vite umane, persiste il divario tra i bisogni umanitari e i fondi a disposizione. Ritiene che resta ancora debole la volontà politica di risolvere i conflitti e affrontare le cause che li generano, quali mancanza di *governance*, aumento della povertà, disuguaglianza e cambiamento climatico.

³ Consiglio la lettura del testo integrale completo sul sito www.vatican.va. Papa Francesco si sofferma su quattro verbi: accogliere, proteggere, promuovere e integrare, tutti da coniugare per dovere di giustizia, di civiltà e di solidarietà. Alle tante dichiarazioni del Santo Padre aggiungo quella più risalente del cardinale Angelo Bagnasco apparsa in *Corriere della sera*, 25 maggio 2009: «L'immigrazione è una realtà. Occorre saper coniugare insieme quel principio dell'accoglienza che ha sempre innervato l'anima profonda del nostro Paese con un principio, non meno necessario, quello della legalità, di cui tutti si avverte la necessità per la convivenza sociale».

⁴ È la definizione fornita dall'enciclopedia Treccani, in www.treccani.it. Le aggiunte tra parentesi sono di chi scrive.

La marcata sensibilità pubblica sul tema dovuta - tragicamente - ad una delle forme di migrazioni più pericolose, quella via mare, ha fatto sì che si ponesse particolare attenzione alla scelta degli strumenti giuridici, per dare concreta attuazione ai diritti riconosciuti dalla Costituzione e scolpiti nelle numerose fonti di livello sovranazionale, con il coinvolgimento di attori istituzionali di livello nazionale, europeo ed internazionale.

Come si evidenzierà nelle conclusioni del presente contributo, lo spostamento in massa di uomini, come fenomeno complesso, richiede una risposta il più possibile coerente ed umana. Pare opportuno cioè discutere della realtà per quella che è, con un approccio il più possibile oggettivo, in modo da orientare il controllo e la gestione del fenomeno secondo criteri di razionalità operativa.

In un percorso di tale portata, occorre tenere conto del fatto che la dimensione strettamente giuridica del fenomeno finisce per coinvolgere quella sociologica, politico-istituzionale, etno-antropologica ed economica.

Trattandosi di un esame difficilmente tragiurabile da questo breve scritto, la scelta metodologica qui seguita è quella (piuttosto noiosa) dell'indicazione dei numeri dei flussi migratori - che è necessaria per fornire qualche spunto di riflessione sulla percezione di (in)sicurezza - e quella (certamente più interessante per gli addetti ai lavori) dell'esame delle controverse interpretazioni riguardanti il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina alla luce della recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

2. Il fenomeno migratorio: i numeri e la sua percezione.

Dai numeri emerge che, in termini assoluti, i flussi migratori contemporanei rappresentano il più vasto movimento di persone, se non di popoli, di tutti i tempi; in ambito nazionale, invece, dimostrano la reale portata degli ingressi sul territorio, rispetto alla ciclica e pervasiva rappresentazione mediatica che genera un importante effetto di sovra-percezione da parte dell'opinione pubblica⁵.

Il XXVI *Rapporto Caritas-Migrantes* ha stimato il numero dei migranti (persone che si spostano verso nuovi territori per diverse ragioni) e dei rifugiati (individui che, in seguito a vicende del proprio paese, hanno ottenuto asilo politico in un paese straniero) nel mondo in 243,7 milioni; si tratta del 3,3% della popolazione globale. Dal 1990 al 2015, il numero delle persone che hanno lasciato il proprio

⁵ I numeri sul fenomeno sono forniti dal Ministero dell'Interno, dall'Istat, da fonti internazionali, nazionali e locali, oltre che da organismi come la Caritas, l'O.I.M., l'U.N.H.C.R., e le Fondazioni, tra le quali l'I.S.M.U..

paese d'origine è aumentato del 59,7 %. Asia ed Europa sono i continenti che ospitano il maggior numero di migranti, circa 70 milioni ciascuno⁶.

Nel XXV *Rapporto* emergono invece alcune caratteristiche del processo: si tratta di un fenomeno globale perché aumentano i paesi coinvolti e le distanze rispetto al luogo di partenza; si caratterizza per l'accelerazione, dal momento che si assiste alla modifica repentina nei flussi e nelle rotte, oltre che dei quadri normativi nazionali; si assiste poi alla differenziazione dei migranti in base alle caratteristiche (nazionalità, formazione, specializzazione, professionalità); infine vi è un elevato tasso di femminilizzazione, se solo si pensi che nel 2015 il 48,2 % dei migranti nel mondo era costituito da donne⁷.

Per quanto concerne i numeri riferiti all'Italia, uno dei documenti più autorevoli, il *Rapporto I.S.M.U.* sulle migrazioni del 2017⁸, stima che la popolazione straniera nel nostro Paese al 1° gennaio 2017 abbia raggiunto la quota di 5 milioni e 958mila presenze (regolari e non), con un aumento di 87mila unità rispetto all'anno precedente. Il Rapporto precisa che l'incremento è dovuto soprattutto alla componente irregolare, che registra una lieve ripresa e si attesta su un aumento di +56mila presenze⁹. Stima altresì che non sono in possesso di un valido titolo di soggiorno 491mila stranieri e che l'incidenza sul totale della popolazione straniera presente è dell'8,2%.

Dai numeri emerge che la dinamica degli ingressi rimane ai livelli del recente passato, se non inferiori. Nell'anno in corso, in riferimento al trasporto via mare¹⁰, secondo i dati più recenti riportati dalla Fondazione I.S.M.I., gli sbarchi sulle nostre coste, aumentati dai 63mila del 2011 a 181mila del 2016 fino agli oltre 117mila del 2017, sono in calo dell'80% rispetto al flusso registrato nello stesso periodo dello scorso anno: dal 1° gennaio al 2 luglio 2018 infatti sono sbarcati sulle coste italiane quasi 17mila migranti mentre nel 2017 furono oltre 84mila¹¹.

⁶ Questo dato è contenuto nel XXXIII Rapporto Caritas-Migrantes 2013, 2014.

⁷ Per quanto riguarda la presenza di donne in Italia, il Rapporto citato stima in 50,1% la presenza femminile rispetto al totale dei migranti.

⁸ Il XXII Rapporto sulle migrazioni 2017 è stato presentato il 5 dicembre 2017 a Milano. Il documento, la cui lettura è consigliata a chi voglia approfondire la tematica, contiene numerosi riferimenti numerico/statistici anche relativamente alla tipologia di rapporto di lavoro e alla presenza di minori nel sistema scolastico nazionale.

⁹ Secondo le stime ripetute nel tempo, gli stranieri irregolari non sono mai più di 400 mila.

¹⁰ Come emerge dai numerosi dati pubblici sul tema, l'organizzazione di un'attività di trasporto avviene normalmente via terra e, solo in via residuale, via mare, come nel caso delle migrazioni dalle regioni sub-sahariane che seguono la rotta del Mar Mediterraneo.

¹¹ I dati sono riportati nell'Aggiornamento dati sulla crisi dell'immigrazione in Europa - 2.7.2018, in www.ismu.org. Si evidenzia anche che la decisione del Governo italiano di chiudere i porti sta

La giusta dimensione dell'incidenza del fenomeno sul piano nazionale in rapporto agli altri Stati europei, si ricava dal citato XXV Rapporto Migrantes 2015, 2016 che, sulla base dell'elaborazione dei dati Eurostat, pone l'Italia all'undicesimo posto tra i Paesi con il più alto numero di migranti, dopo Australia e Spagna. Tuttavia i numeri dicono poco se non si procede ad una lettura ragionata degli stessi: in questo senso, il dato più significativo sembra essere quello riguardante il *trend* degli ingressi e delle iscrizioni anagrafiche degli ultimi anni che testimonia un sostanziale mantenimento del livelli del recente passato. In altri termini risulta sconfessato il messaggio (e la smisurata percezione di insicurezza) secondo cui si sta assistendo ad una "invasione" dei migranti in grado di porre in pericolo la sopravvivenza demografica degli indigeni¹².

3. Lo spostamento in massa di persone come occasione di profitto.

Lo stretto legame tra immigrazione e fenomeni criminali è evidenziato dall'ultima relazione semestrale della Direzione Investigativa Antimafia¹³, nel passaggio in cui si afferma che lo scenario criminale continua ad "essere segnato da un'interazione tra i sodalizi italiani e quelli di matrice straniera" e che tra i settori maggiormente rappresentativi dell'operatività della criminalità straniera in Italia vi sono il traffico di stupefacenti, delle armi, i reati concernenti l'immigrazione clandestina e la tratta di persone da avviare alla prostituzione e al lavoro nero (anche attraverso il caporalato), la contraffazione, i reati contro il patrimonio ed i furti di rame.

Nella sezione riguardante le organizzazioni criminali straniere riporta anche che: «il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con tutta la sua scia di reati "satellite", per le proporzioni raggiunte [...], è oggi uno dei principali e più remunerativi business criminali».

determinando un aumento del numero dei migranti riportati a terra in Libia. Riferendosi ai dati dell'U.N.H.C.R., l'I.S.M.U. riporta altresì che dal 1° gennaio al 2 luglio sono stati 1.137 i morti e i dispersi nel Mediterraneo, in larga maggioranza sulla rotta centrale dalla Libia verso l'Italia.

¹² Nel recentissimo studio dell'Istituto Carlo Cattaneo, *Immigrazione in Italia: tra realtà e percezione*, a cura di Marco Valbruzzi, in www.cattaneo.org, che ha preso in esame i dati dell'Eurobarometro, emerge che il 75% dei cittadini italiani sovrastima la presenza di immigrati nel paese nell'ordine di quattro volte di più rispetto a quelli effettivamente presenti.

¹³ La D.I.A. (Direzione Investigativa Antimafia) è un organismo investigativo con competenza monofunzionale, istituita con l'art. 3 del D.L. 345 del 1991 (ora art. 108 del D. Lgs. n. 159 del 2011), composta da personale specializzato interforze, con il compito esclusivo di assicurare lo svolgimento in forma coordinata, delle attività di investigazione preventiva attinenti alla criminalità organizzata, nonché di effettuare indagini di polizia giudiziaria relative esclusivamente a delitti di associazione mafiosa o comunque ricollegabili all'associazione medesima.

Aggiunge che: «le organizzazioni criminali straniere rappresentano, da un lato, la diretta emanazione di più articolate e vaste organizzazioni transnazionali, dall'altro l'espressione autoctona di una presenza sul territorio nazionale, stratificatasi nel tempo».

Con un'espressione poco rassicurante afferma che: «le attività criminali censite dalle inchieste giudiziarie rappresentano solo uno spaccato minimale delle potenzialità operative di una criminalità straniera integrata e ramificata in tutto il mondo in grado di gestire efficacemente le filiere illecite».

D'altra parte, in numerosi procedimenti penali, è emerso che, nell'organizzazione del viaggio verso lo Stato di arrivo, il primo anello della catena è quindi costituito dall'offerta, nei paesi di partenza, di un servizio di trasporto che si articola per tappe, e che vede il coinvolgimento di più gruppi criminali in grado di garantire le ingenti risorse a ciò necessarie, in termini di uomini e di mezzi, per la realizzazione del "sogno europeo" (per riprendere la felice metafora delle opportunità che il continente americano ha offerto a diverse generazioni di persone).

Nel recente caso *Matammud*, conclusosi con una sentenza di condanna in primo grado¹⁴, viene confermata la prassi più semplice che vede l'organizzatore del viaggio ricevere un corrispettivo economico immediato, a differenza di altri casi in cui il trasportato, che non ha mezzi per estinguere il suo debito, si obbliga a farlo in futuro, creando così le premesse di una sottomissione-dipendenza al gruppo criminale di riferimento.

Nella sentenza citata si assumono commessi gravi delitti nei confronti di centinaia di persone da parte di membri di un'organizzazione dedita al traffico di migranti avente carattere transnazionale; in particolare sono contestati i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte di alcuni sequestrati, violenza sessuale¹⁵ ai danni di numerose prigioniere, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per il concorso alla gestione di almeno due "campi di transito" situati in Libia, in cui i migranti (somali nel caso di specie) venivano imprigionati, torturati e minacciati in attesa del pagamento

¹⁴ Corte d'assise di Milano, sent. 10 ottobre 2017 (dep. 1 dicembre 2017), Pres. Ichino, Est. Simi, Imp. Matammud. Si consiglia la lettura del testo integrale della sentenza reperibile in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵ Violenze sessuali particolarmente traumatizzanti e dolorose, anche a causa della precedente infibulazione delle donne, la cui rottura aveva provocato loro serie lesioni.

del prezzo necessario per raggiungere l'Europa, da effettuarsi esclusivamente con il sistema denominato *Hawala*¹⁶.

Sul piano criminologico, si è soliti distinguere tra *smuggling of migrants* e *trafficking in persons (o trafficking of human beings)*¹⁷, laddove con il primo termine si intende l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (si tratta dell'introduzione di persone nel territorio dello Stato attraverso viaggi organizzati in violazione delle norme contenute nel D.lgs. n. 286 del 1998) mentre con *trafficking* si fa riferimento alla tratta in senso stretto che comprende tutte le attività di sfruttamento successivo dei migranti ridotti in schiavitù¹⁸.

Tale distinzione criminologica¹⁹ rispecchia la diversità dei beni giuridici tutelati dalle due ipotesi delittuose: da un lato, nell'ipotesi della tratta, è in gioco la tutela della persona umana (e in particolare della sua dignità); nel caso del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è invece la corretta gestione dei flussi migratori.

4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: *ratio*, struttura e natura giuridica della fattispecie.

Per passare più specificamente al tema che qui interessa, vanno richiamati i commi 1 e 3 dell'art. 12, contenuto nel D.lgs. n. 286 del 1998.

Il primo, dopo aver previsto una clausola generale di rinvio ai fatti qualificabili come reati più gravi, punisce "chiunque, in violazione delle disposizioni del testo

¹⁶ L'*Hawala* non è altro che il pagamento di somme di denaro da parte dei familiari dei migranti effettuato nelle mani di alcune persone di fiducia dell'organizzazione, e non direttamente in quelle di chi si occupa del trasporto.

¹⁷ Sul tema si legga: L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: La disciplina italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, che evidenzia i problemi di coordinamento fra le tre distinte fattispecie di tratta (previste dagli artt. 600, 601 e 602 c.p.) sia nei rapporti reciproci che con le altre fattispecie. L'ineffettività della tutela, testimoniata dall'esiguo numero di processi penali in materia di tratta, secondo l'A., è anche dovuta alla mancata perimetrazione di confini netti fra favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e tratta di esseri umani.

¹⁸ Tra l'altro, si riscontrano con maggiore frequenza in ragione del fatto che alcune forme di migrazione internazionale si sono lentamente imposte sulle altre, si pensi ai migranti senza documenti, alle donne sole, ai lavoratori qualificati temporanei e ai lavoratori non qualificati stagionali, che godono di un regime differenziato rispetto ai rifugiati e ai richiedenti asilo.

¹⁹ Il diritto penale italiano che, con la riforma introdotta dalla L. 11 agosto 2003 n. 228, ha espressamente distinto le due ipotesi di *trafficking in persons* e *smuggling of migrants*. Sul piano della legislazione internazionale rileva il c.d. Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, sopprimere e punire la tratta di persone, specialmente di donne e minori. Si tratta di una Convenzione integrata da tre Protocolli addizionali - uno sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, uno sul traffico di persone, specialmente di donne e minori, ed uno sul traffico e la fabbricazione di armi da fuoco - ratificata dall'Italia con l. 16 marzo 2006 n. 146.

unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente" con la reclusione da 1 a 5 anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona trasportata.

Il comma 3 invece prevede delle pene più gravi - la reclusione da cinque a quindici anni e la multa di 15.000 euro per ogni persona - nel caso in cui il fatto si caratterizzi per: l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; l'esposizione della persona trasportata a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità; la sottoposizione della persona a trattamento inumano o degradante; la commissione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; la disponibilità di armi o materie esplodenti da parte degli autori.

Il sintagma più significativo in termini di politica del diritto, poiché risponde all'esigenza di reprimere qualsiasi comportamento in grado di facilitare la violazione della normativa di settore garantendo la tutela rafforzata della sicurezza dello Stato e della cooperazione, è certamente quello che punisce chi compie "atti diretti a procurare l'ingresso illegale di una persona nello Stato"; si tratta infatti di una formulazione, simile a tante altre, che disegna un reato a cd. condotta libera e a consumazione anticipata (Cass. I, n. 4586 del 23 giugno 2000).

A ciò si aggiunge il fatto che la Cassazione ha più volte chiarito che trattasi di "reato di pericolo, che si perfeziona per il solo fatto che l'agente pone in essere, con la sua condotta, una condizione, anche non necessaria, teleologicamente connessa al potenziale ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato, ed indipendentemente dal verificarsi dell'evento" (si veda, tra le altre, Cass. n. 28819/2014).

Pertanto, ai fini della configurabilità del reato *de quo*, è sufficiente la ricorrenza di "atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato o di altro Stato del quale la persona non è cittadina" senza che rilevi il conseguimento della finalità avuta di mira (si veda, *ex plurimis*, Cass. n. 27106/2011 e Cass. n. 1082/2008)²⁰. Il comma 3-ter, introdotto con l. 94/2009, prevede che: «la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni

²⁰ Con L. n. 189/2002 il legislatore ha esteso la punibilità anche a chi favorisce l'ingresso temporaneo nel territorio italiano da parte di un clandestino destinato a stabilirsi in altro Stato del quale non è cittadino e non ha titolo di residenza permanente.

persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3 (...):(...) b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto».

Tale disposizione introduce una circostanza aggravante dei reati previsti agli artt. 12, co. 1 e 3, sebbene una giurisprudenza minoritaria ritenga si debba parlare di un'autonoma fattispecie di reato (si veda Cass. 7157/2008). Tale disposizione, secondo la dottrina, muove dall'intento di apprestare una tutela rafforzata a fronte delle pratiche di commercializzazione, mercificazione e tratta di esseri umani.

5. La rimessione della *quaestio iuris* alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Recentemente, è stata posta all'attenzione delle Sezioni Unite²¹ la questione se le fattispecie disciplinate dall'art. 12 co. 2 D. lgs. 25 luglio 1988, n. 286, costituissero circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12 co. 1 del medesimo D. lgs. ovvero figure autonome di reato. Inoltre, in caso di risposta positiva a quest'ultima, se il delitto di cui all'art. 12 co. 3 integrasse o meno un reato di pericolo o "a consumazione anticipata", che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, non essendo richiesto l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio.

L'ordinanza ha rilevato l'esistenza di orientamenti contrapposti della giurisprudenza di legittimità: in particolare, un primo orientamento che considerava l'art. 12, comma 3, T.U. imm. una aggravante "per aggiunta" rispetto alla fattispecie del primo comma sulla base del criterio strutturale adottato da diverse pronunce delle Sezioni Unite; un secondo orientamento che sosteneva, invece, la natura di fattispecie autonoma e richiedeva l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, a differenza del reato di cui al comma 1, considerato a consumazione anticipata²²; un ultimo orientamento che considerava l'art. 12, comma 3, T.U. imm. una fattispecie autonoma di reato, con natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata²³.

²¹ Ordinanza del 10/01/2018 della Prima Sezione penale della Corte di Cassazione.

²² A sostegno di tale interpretazione si richiamava il massiccio incremento sanzionatorio operato per le ipotesi del terzo comma, da ritenersi giustificabile soltanto se rapportato ad una effettiva violazione della disciplina, nonché il riferimento distinto ai fatti descritti dai due commi presente nel successivo comma 3-ter, dello stesso articolo.

²³ Ciò perché le ipotesi elencate nel comma sembravano attagliarsi anche ad attività illecite non caratterizzate da un ingresso effettivo dello straniero nel territorio dello Stato.

Considerata la rilevanza della decisione ai fini del regime sanzionatorio applicabile nel caso di specie, la Sezione ha rimesso la questione interpretativa alle Sezioni Unite.

6. La pronuncia delle Sezioni Unite.

All'esito dell'udienza pubblica del 21 giugno 2018, le Sezioni Unite penali hanno comunicato, con l'informazione provvisoria n. 14, che le fattispecie previste dall'art. 12, comma 3 D. Lgs. n. 286 del 1998, costituiscono fattispecie aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo.

La sentenza 24 settembre, n. 40982, si sofferma sulle questioni rimesse al suo vaglio e sulla trattazione delle questioni interpretative emerse nei precedenti giudizi.

Le Sezioni Unite fanno subito notare che la questione si è posta perché la Corte territoriale ha aderito all'interpretazione secondo cui la fattispecie di cui al comma 3 richiede l'effettivo ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato (il giudizio ha riguardato l'ingresso di 131 cittadini stranieri a seguito dell'ottenimento fraudolento del rilascio di nulla osta al lavoro e visti di ingresso mediante presentazione di domande false e deposito di documentazione fittizia), cosicché, se esso non avviene, gli atti diretti a provocarlo sono puniti in forza del comma 1, del medesimo articolo.

Il ricorrente invece ha contestato tale orientamento, che ritiene la fattispecie del comma 3 un'ipotesi autonoma di reato che presuppone l'avvenuto ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in ragione del fatto che alcune delle ipotesi del comma 3 non contemplano tale ingresso e anche quella di cui alla lett. a) si riferisce ai "fatti" descritti nella prima parte del comma e, quindi anche al compimento di "atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato".

L'interpretazione contestata è sorretta da vari argomenti: dalla descrizione degli elementi specializzanti, nei quali si evocano l'ingresso e il trasporto degli stranieri, dal notevole incremento sanzionatorio rispetto alla fattispecie del comma 1, e dalla differente natura delle altre aggravanti ad effetto speciale descritte nel successivo comma 3-ter, norma che, per di più, opera un distinto riferimento ai fatti di cui all'art. 12, commi 1 e 3.

Trattando della prima questione, le Sezioni Unite, dopo aver constatato come essa non sia stata espressamente trattata, sia nella sentenza impugnata che nel ricorso del Procuratore generale, affermano che non può essere elusa perché si verte in punto di qualificazione giuridica della condotta e perché le sentenze di

legittimità che hanno dato luogo a tale contrasto risolvevano anche tale tematica che concorre a individuare la soluzione adottata.

6.1. Le riforme in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

A questo punto le Sezioni Unite evidenziano che l'interrogativo sulla natura giuridica è stato risolto diversamente dalla giurisprudenza di legittimità a seconda delle modifiche normative succedutesi nel corso degli anni.

In particolare, richiamano le riforme varate negli anni 1989-2004. Secondo i giudici, i diversi interventi normativi non hanno modificato la giurisprudenza che considerava circostanze aggravanti ad effetto speciale le ipotesi previste nella seconda parte della disposizione di cui all'art. 3, comma 8, D.L. 30 dicembre 1989, n. 416 (convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 1990, n. 39) e poi nel comma 3 dell'art. 10, L. 6 marzo 1998, n. 40 (trasfuso nell'art. 12, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Ricordano altresì che la legge 30 luglio 2002, n. 189, oltre ad aver modificato la condotta descritta dal comma 1 sanzionando gli "atti diretti a procurare l'ingresso (...)" anziché agli "atti diretti a favorire l'ingresso (...)", ha delineato la struttura del comma 3 che corrisponde a quella attualmente vigente, con la riserva iniziale "salvo che il fatto costituisca più grave reato" e la ripetizione della condotta descritta al comma 1.

Inoltre, sono state aggiunte due aggravanti ai commi *3-bis* e *3-quater*, con la conseguenza che alcune ipotesi aggravate sono state separate dalle altre e quella relativa alla finalità di "lucro" è stata specificata ed ampliata.

Una differente interpretazione si è affermata solo con la novella del 2004, D.L. 14 settembre, n. 241, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 novembre 2004, n. 271, che ha modificato e "spacchettato" il comma 3. In questo caso, la scelta del legislatore è stata interpretata come volontà di attribuire natura di reato autonomo al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina caratterizzato dal fine di profitto.

Ciò in base a diversi argomenti: il riferimento esplicito dei commi *3-bis* e *3-ter* alle ipotesi di reato rispettivamente previste dai commi 1 e 3; la tecnica usata dal legislatore, il quale aveva riformulato completamente la disposizione; la *ratio legis* della novella, che aveva voluto colpire in modo più severo i casi connotati da maggiore gravità e pericolosità sociale, ed anche altamente riprovevoli alla coscienza collettiva; il divieto di bilanciamento di circostanze stabilito dal comma *3-quater* solo per le aggravanti di cui ai commi *3-bis* e *3-ter*.

L'ultima riforma del periodo citato, la L. 15 luglio 2009, n. 94, a parere della Corte, non ha intaccato la struttura dell'art. 12, comma 1, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, mentre ha modificato profondamente la parte successiva dell'articolo dal momento che "la condotta dettata dal dolo specifico di profitto, anche indiretto, è stata contemplata nell'aggravante ad effetto speciale di cui al comma 3-*ter*, unitamente a quella contrassegnata dal fine di sfruttamento lavorativo, sessuale, di prostituzione o di minori; tuttavia, l'effetto di impedire una eccessiva riduzione della pena è stato mantenuto con il divieto di bilanciamento dettato dal comma 3-*quater*".

L'esito di tale riforma è stata la previsione del comma 3 di cinque diverse ipotesi punite con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona, mentre il comma 3-*bis* ha disegnato un'aggravante "se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma", con l'applicazione del divieto di bilanciamento stabilito dal comma 3-*quater*.

6.2. Gli orientamenti della giurisprudenza: reato autonomo o aggravante?

Terminata la digressione, le Sezioni Unite si soffermano sugli orientamenti della giurisprudenza sulla natura di reato autonomo o di aggravante delle fattispecie descritte nel comma 3.

Relativamente al primo orientamento, richiamano la nota pronuncia della Sez. I, n. 40624 del 25/03/2014, Scarano, secondo cui: «la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 fa ritenere che la norma descriva un reato autonomo, non una aggravante, e che i fatti descritti sono evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione». La Corte, in particolare, dopo aver definito "infelice" la tecnica normativa di riproporre la descrizione di una condotta "di base" analoga a quella del comma 1, ha evidenziato che un "recupero di ragionevolezza sistematica (...) anche in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata" può avvenire attribuendo al delitto la natura di reato di evento. Inoltre, la natura autonoma della fattispecie potrebbe ricavarsi anche dal testo del comma 3-*ter*, che fa riferimento in modo distinto alle ipotesi dei due commi.

Le Sezioni Unite citano anche la pronuncia della Sez. I, n. 45734 del 31/03/2017, Bouslim, Rv. 271127, secondo cui: «si tratta di un reato di pericolo o "a consumazione anticipata", che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione

della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio». In altri termini, secondo tale prospettiva interpretativa, la legge n. 94 del 2009 non avrebbe radicalmente mutato la natura autonoma del reato che "anziché come in precedenza differenziarsi per il fine di profitto, adesso si caratterizza per la previsione di specifiche condotte"; la locuzione "nel caso in cui (...)" avrebbe la funzione di prevedere "una gamma di situazioni che in precedenza configuravano circostanze aggravanti". Non vi sarebbe, quindi, "una diversità di struttura tra l'ipotesi di immigrazione clandestina prevista dal primo comma della norma e quella introdotta nel comma 3, con la modifica attuata da ultimo con la L. 94 del 2009".

In merito al secondo orientamento, le Sezioni Unite riportano la sentenza della Sez. I, n. 14654 del 29/11/2016, dep. 2017, Yankura, Rv. 269538 che, al pari di altre sentenze, hanno affermato che, in assenza di espresse indicazioni legislative, il canone principale di differenziazione per individuare la natura circostanziale o autonoma di una figura *criminis* è rappresentato dal criterio di specialità dettato dall'art. 15 c.p., in quanto gli elementi circostanziali si pongono in rapporto di *species ad genus* al cospetto della fattispecie base del reato, costituendone una specificazione.

Questa prospettiva ha fatto proprio il criterio strutturale, dal momento che: «Il profilo descrittivo della condotta [...] replica esattamente l'ipotesi base, con una tecnica di normazione abbastanza insolita»; con la conseguenza che gli elementi strutturali della condotta enucleata nel comma 1, non sembrano mutare ed il fatto-base "risulta integrato "per aggiunta" esclusivamente attraverso l'inserimento dei dati specializzanti, elencati avvalendosi della tecnica di enumerazione letterale progressiva".

Secondo tale orientamento, è stata accentuata "[...] la lesività della condotta base, con conseguente previsione di un trattamento sanzionatorio di maggiore asprezza" attraverso una "tecnica di incriminazione tipicamente selettiva degli elementi circostanziali (che) delimitando connotazioni accessorie del fatto (*circum-stant*) ne incrementano il disvalore o lo attenuano, a seconda della diversa natura (aggravante o attenuante)".

Altri argomenti richiamati a sostegno della natura di aggravante sono stati: l'incorporazione del fatto in un'unica norma incriminatrice; il significato teleologico della norma, che è posta a presidio del medesimo bene giuridico sia nelle ipotesi del primo che del comma 3; l'esigenza di non frammentazione di un nucleo offensivo identico in più ipotesi di reato, attraverso aspetti accessori; il

principio di *favor*, atteso che la natura autonoma del reato impedisce il bilanciamento delle circostanze.

In aggiunta, è stato evidenziato che le ulteriori aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non ostacolano l'interpretazione adottata, corrispondendo ad una tecnica già utilizzata, ad esempio, per l'art. 416-*bis* c.p.; in questo senso i riferimenti ai "fatti di cui ai commi 1 e 3" e ai "reati di cui al comma 3" contenuti nella norma non sono considerati decisivi, trattandosi di elementi dal carattere meramente formale.

Infine è stato affermato che il divieto di bilanciamento tra le circostanze, limitato alle sole circostanze di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non dimostrerebbe la natura autonoma della fattispecie del comma 3, ma rappresenterebbe solamente la scelta del legislatore di attuare un trattamento di maggior rigore nei soli casi in concorrano congiuntamente più circostanze di tale comma o le ipotesi più previste dal comma 3-*ter*.

6.3. La soluzione: il criterio strutturale.

Prima di fornire una soluzione ai quesiti, le Sezioni Unite evidenziano che gli artt. 61, 62 e 84 c.p., non operano alcuna differenza ontologica tra elementi costitutivi e gli elementi circostanziali del reato, poiché la scelta di rendere elementi costitutivi del reato ipotesi che, altrimenti, sarebbero considerate circostanze comuni ovvero considerare "fatti che costituirebbero, per se stessi, reato" come "circostanze aggravanti di un solo reato", è solo frutto della volontà del legislatore.

Per questa ragione, la risposta in ordine al dubbio sulla natura di una fattispecie "è data esclusivamente dalla ricostruzione di volontà del legislatore che, nella sua discrezionalità, tenta di articolare la valutazione penale di determinate condotte in maniera più aderente alle loro concrete manifestazioni, che mutano anche nel tempo".

Rispetto all'ipotesi qui oggetto di esame, in mancanza di una manifestazione espressa della volontà del legislatore e di criteri normativi, le Sezioni Unite decidono di ricorrere agli indici significativi, elaborati da giurisprudenza e dottrina, ed, in particolare a quello strutturale, secondo cui ciò che rileva è il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena.

A questo punto, le Sezioni Unite ripercorrono la questione sottoposta al suo esame richiamando alcune fattispecie già oggetto di alcune sue pronunce.

Per quanto riguarda l'art. 640 *bis* c.p., riferendosi alla nota sentenza, n. 26351 del 26/06/2002, Fedi, Rv. 221663, richiamano il fatto che: «[...] la fattispecie è descritta attraverso il rinvio al fatto-reato previsto nell'art. 640, seppure con l'integrazione di un oggetto materiale specifico della condotta truffaldina e della disposizione patrimoniale (le erogazioni da parte dello Stato, delle Comunità Europee o di altri enti pubblici). Una siffatta struttura della norma incriminatrice indica la volontà di configurare soltanto una circostanza aggravante del delitto di truffa». Richiamandone un altro passaggio, hanno fatto notare che: «la descrizione della fattispecie (...) non immuta gli elementi essenziali del delitto di truffa, né quelli materiali né quelli psicologici, ma introduce soltanto un oggetto materiale specifico tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale - laddove prevede che la condotta truffaldina dell'agente e la disposizione patrimoniale dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo. Tra reato-base e reato circostanziato intercorre quindi un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo con la specificazione o l'aggiunta di elementi circostanziali». In merito alle modifiche introdotte dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, art. 4-*bis*, al comma 5, art. 73, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, le Sezioni Unite riportano alcuni passaggi della sentenza, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 247910, in cui è stata ribadita: «la natura di circostanza attenuante ad effetto speciale, [...] poiché la norma era correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidevano sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuivano ad esse una minore valenza offensiva»²⁴.

Infine, le Sezioni Unite menzionano la sentenza, n. 4694 del 27/10/2011, dep. 2012, Casani, Rv. 251270, che ha applicato il medesimo criterio strutturale per stabilire che la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico ufficio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, costituisce una circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 615-*ter* c.p., comma 1,

²⁴ Si evidenzia poi che l'evoluzione normativa seguita alla declaratoria di illegittimità costituzionale della L. n. 49 del 2006, sancita con la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014, è indicativa della discrezionalità del legislatore nella scelta di introdurre circostanze del reato o fattispecie autonome di reato; si ricorda infatti che il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto una fattispecie autonoma di reato, pur mantenendo i medesimi elementi distintivi rispetto all'ipotesi base di cui all'art. 73, comma 1 T.U. stup..

e non un'ipotesi autonoma di reato. A sostegno di tale soluzione, la sentenza richiamata ha chiarito che: «circostanze del reato sono quegli elementi che, non richiesti per l'esistenza del reato stesso, laddove sussistono incidono sulla sua maggiore o minore gravità, così comportando modifiche quantitative o qualitative all'entità della pena: trattasi di elementi che si pongono in rapporto di *species* a *genus* (e non come fatti giuridici modificativi) con i corrispondenti elementi della fattispecie semplice in modo da costituirne, come evidenziato da autorevole dottrina, una specificazione, un particolare modo d'essere, una variante di intensità di corrispondenti elementi generali», e che: «nei casi previsti dall'art. 615-ter c.p., comma 2, n. 1, non vi è immutazione degli elementi essenziali delle condotte illecite descritte dal primo comma, in quanto il riferimento è pur sempre a quei fatti-reato, i quali vengono soltanto integrati da qualità peculiari dei soggetti attivi delle condotte, con specificazioni meramente dipendenti dalle fattispecie di base».

Le Sezioni Unite, dopo aver affermato che il criterio strutturale ben si attaglia alla fattispecie dell'art. 12, comma 3 T.U. imm., evidenziano che le considerazioni favorevoli ad una considerazione dell'ipotesi come fattispecie autonoma di reato non appaiono decisive per diverse ragioni.

In primo luogo, ritengono che la tecnica legislativa di riprodurre integralmente la descrizione della condotta presente nella fattispecie del primo comma è, senza dubbio, insolita ma ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*: non pare, quindi, un indizio inequivoco della volontà del legislatore di creare una diversa fattispecie autonoma²⁵.

In secondo luogo, il riferimento distinto ai "fatti di cui ai commi 1 e 3" contenuto nel comma 3-ter, secondo le Sezioni Unite, non sembra dimostrare la natura di fattispecie autonoma dei due commi, ben potendo applicarsi ai fatti di cui al primo comma così come aggravati ai sensi del comma 3.

Infine, si afferma che la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3 *bis* e 3 *ter* non pare affatto inusuale nella variegata produzione legislativa.

All'esito del percorso interpretativo, le Sezioni Unite enunciano il principio di diritto per cui: «Le fattispecie previste nel D. Lgs. n. 286 del 1998, art. 12,

²⁵ Le Sezioni Unite richiamano la sentenza della Sez. I, Yankura, secondo cui: «la mancata estensione del divieto di bilanciamento delle circostanze di cui al comma 3-*quater* alle ipotesi del terzo comma non è affatto indice della sua natura di fattispecie autonoma di reato, ben potendo essere conseguenza di una ragionata scelta del legislatore di sanzionare più severamente determinate ipotesi rispetto ad altre».

comma 3, configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo».

6.4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm. è un reato di pericolo (o a consumazione anticipata).

Per le Sezioni Unite, nonostante il contrasto interpretativo in ordine alla necessità, per la consumazione dell'ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm., che l'ingresso clandestino nel territorio dello Stato avvenga effettivamente sia sorto nell'ambito dell'interpretazione che qualifica il predetto comma come fattispecie autonoma di reato, è opportuno ribadire che il delitto in oggetto è un reato di pericolo o a consumazione anticipata e non un reato di evento.

Richiamano sul punto la sentenza della Sez. I, n. 4586 del 23/06/2000, Habibi, Rv. 217165, in cui è stato osservato che, poiché il reato consiste nel porre in essere una qualsivoglia "attività diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato" in violazione delle disposizioni contenute nel Testo Unico, per il suo perfezionamento non è richiesto che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto, trattandosi di reato a condotta libera ed a consumazione anticipata²⁶.

Secondo le Sezioni Unite "le argomentazioni a sostegno di una diversa natura di reato di evento della previsione del comma 3 appaiono fragili"²⁷ perché da una parte si ammetterebbe una "identità espressiva tra comma 1 e comma 3 circa le condotte principali" mentre dall'altra si affermerebbe che l'ingresso nel territorio dello Stato sia necessario in ragione del richiamo agli elementi specializzanti, che evocherebbero tale ingresso, e al notevole incremento sanzionatorio previsto dal legislatore, oltre che per "la differente natura delle ulteriori circostanze aggravanti ad effetto speciale oggi descritte al comma 3 *ter*, della medesima norma [...]".

In realtà, si nota come la sentenza della Sez. I, n. 45734 del 31/03/2017, Bouslim, Rv. 271127, abbia escluso che la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 risulti "incentrata su fatti evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione", in quanto le condotte contemplate dalle lettere da b) ad e) appaiono compatibili anche con attività che

²⁶ *Ex plurimis*, Sez. I, n. 28819 del 22/05/2014, Pancini, Rv. 259915.

²⁷ Sez. I, Scarano, Rv. 259923 afferma che le condotte descritte ai commi 3 e 3-*bis* T.U. imm., implicano l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, presupposto invece non richiesto ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di reato di cui all'art. 12, comma 1, che si configura come delitto a consumazione anticipata.

non hanno determinato un effettivo ingresso, mentre il riferimento all'ingresso e alla permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone contenuto nella lett. a) deve essere rapportato alla descrizione generale della condotta contenuta nella prima parte del comma.

A parere delle Sezioni Unite, pare privo di pregio anche l'argomento della sentenza Scarano, secondo cui le previsioni delle lett. b) e c) della norma oggi vigente (pericolo per la vita e l'incolumità; trattamento inumano e degradante) riproducono due aggravanti in precedenza contenute nel comma 3-*bis*, ma con la significativa aggiunta dell'aggettivo "trasportata", prima assente a dimostrazione della volontà legislativa di oggettivizzare "la condotta in questione" e di ancorarla all'avvenuto trasporto. Come si fa notare, infatti, la correzione apportata alla norma sembra piuttosto avere la portata limitata di una descrizione più corretta dell'ipotesi.

Quanto all'incremento sanzionatorio si evidenzia che è frutto della valutazione discrezionale del legislatore e che in nessun modo può univocamente orientare l'interpretazione della norma in senso contrario alla lettera della norma.

Anche il riferimento distinto alle ipotesi dell'art. 12, commi 1 e 3, contenuto nei commi successivi è considerato "di scarsissimo spessore".

6.5. Gli effetti sostanziali e processuali della soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Oltre a produrre effetti sull'applicazione delle misure cautelari, la soluzione favorevole alla natura di aggravante fa sì che si applichi sia la disciplina sul bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p. che la disciplina dell'art. 59 c.p., comma 2, ossia l'addebito delle circostanze aggravanti anche per colpa, laddove ne ricorrano i presupposti.

Quanto all'art. 69 c.p., la sua applicazione amplia la discrezionalità per il giudice del merito nella quantificazione della pena.

A questo punto, le Sezioni Unite prospettano le varie possibilità applicative consentite dalla normativa.

In caso di riconoscimento di attenuanti, l'aggravante dell'art. 12, comma 3 T.U. imm., se ricorrerà soltanto una delle cinque ipotesi in essa contemplata, potrà essere ritenuta prevalente, equivalente o subvalente rispetto alle attenuanti: nel primo caso, la pena sarà calcolata sulla base di quanto indicato nella norma; nel secondo sulla base di quanto stabilito dal comma 1; nel terzo la pena edittale prevista dal comma 1 potrà essere ulteriormente ridotta.

Nel caso in cui ricorrano due o più ipotesi previste dal comma 3 e sussista, quindi, l'aggravante di cui al comma 3-*bis*, il giudice non potrà procedere a bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 c.p., in forza del divieto del comma 3-*quater*; pertanto, determinerà la pena base alla luce dei limiti edittali indicati dal terzo comma (reclusione da cinque a quindici anni e multa di 15.000 Euro per ogni straniero), la aumenterà fino ad un terzo in ragione dell'aggravante di cui al comma 3-*bis* e sulla pena così determinata opererà le riduzioni per le attenuanti riconosciute (tra cui quella prevista dall'art. 12, comma 3-*quinquies* T.U. imm., soggetta anch'essa al divieto di bilanciamento).

Secondo le Sezioni Unite, "la ricorrenza dell'aggravante di cui al comma 3-*bis* sottrae al bilanciamento tra le circostanze anche quella del comma 3": benché per il divieto di bilanciamento dettato dal comma 3-*quater* siano menzionate soltanto "le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*", e non quella di cui al comma 3, la norma stabilisce un preciso ordine per l'applicazione delle circostanze: «le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti". Le Sezioni Unite evidenziano che se "[...] si ritenesse che, in presenza delle aggravanti di cui ai commi 3 e 3-*bis*, il giudice possa prima operare il bilanciamento tra l'aggravante di cui al comma 3 ed eventuali attenuanti e dopo operare l'aumento previsto dall'aggravante di cui al comma 3-*bis*, questo ordine dettato dal legislatore verrebbe sempre disapplicato: un'interpretazione abrogatrice della previsione normativa, come tale inammissibile».

Aggiunge poi che «il divieto di bilanciamento (con le eccezioni già menzionate) vige anche nel caso ricorra l'aggravante di cui al comma 3-*ter*, essa può trovare applicazione sia con riferimento ai fatti di cui al comma 1 che con riferimento ai fatti di cui al comma 3.

Nel primo caso, il giudice determinerà la pena base aumentando da un terzo alla metà la pena detentiva prevista dal comma 1 e applicando la multa di Euro 25.000 per ogni persona; su questa pena base calcolerà le diminuzioni per le eventuali attenuanti. Se, invece, l'aggravante concerne i fatti di cui al comma 3, il giudice aumenterà da un terzo alla metà la pena detentiva prevista dal comma 3 e applicherà la multa di Euro 25.000 per ogni persona, calcolando, poi, sulla pena ottenuta, le diminuzioni per le eventuali attenuanti; non potrà, invece, per le ragioni già esposte, effettuare il bilanciamento tra l'aggravante di cui al comma 3 ed eventuali attenuanti. La lettera del comma 3-*ter* comporta una deroga al principio generale stabilito dall'art. 63 c.p., comma 4, in base al quale, se

ricorrono più circostanze aggravanti ad effetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave ma il giudice può aumentarla: sia quella del comma 3 che quella del comma 3-*ter* sono aggravanti ad effetto speciale, ma, in conseguenza della previsione contenuta nella seconda, si applicano entrambi gli aumenti da esse previste»²⁸.

Infine precisa che «In caso di ricorrenza delle aggravanti di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, fermo restando il divieto di bilanciamento, il giudice, in forza del comma 3-*ter*, aumenterà da un terzo alla metà la pena detentiva edittale prevista dal comma 3 e applicherà la multa di Euro 25.000 per ogni persona; sulla pena così ottenuta applicherà l'aumento di cui al comma 3-*bis* e, infine, opererà le diminuzioni in forza delle eventuali attenuanti. Trova applicazione il principio generale dell'art. 63 c.p., comma 3, in forza del quale l'aumento di pena per le circostanze aggravanti ordinarie (come quella del comma 3-*bis*) viene operato per ultimo sulla pena determinata in forza delle circostanze aggravanti ad effetto speciale».

7. Conclusioni.

All'esito di tale percorso, che riprende in parte la centralità del dibattito pubblico sul tema dell'immigrazione e in parte la complessità della questione interpretativa recentemente affrontata dalla giurisprudenza, è possibile fare alcune riflessioni.

La prima di queste è che l'immigrazione richiede una risposta seria, coerente ed efficace da parte di tutti sociali ed istituzionali coinvolti nella sua gestione. Per fare ciò, occorre portare sempre con sé i valori e i principi che ispirano la nostra Carta costituzionale, segnatamente il principio di umanità ed il principio di legalità.

La seconda è che una risposta coerente con i principi può solo derivare da decisioni politiche realmente consapevoli dei bisogni e delle criticità che tale fenomeno esprime.

Sul piano strettamente giuridico, pare decisivo segnalare il fatto che la sentenza delle Sezioni Unite si aggiunge a quelle che, di volta in volta, hanno utilizzato il criterio strutturale per individuare la natura giuridica di una fattispecie penale, con ricadute di non poco momento sul regime sanzionatorio applicabile.

²⁸ Sulla tematica, in relazione alla concorrenza tra le aggravanti di cui all'art. 416-*bis* c.p., commi 4 e 6, Sez. Un., n. 38518 del 27/11/2014, dep. 2015, Ventrici, Rv. 264674.

Il rapporto di coniugio tra partner omosessuali. Rapporti tra la legge italiana sulle Unioni Civili (n.76 del 20 maggio 2016) e la spinta riformista europea. Commento a margine della sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-673/16 Reaiu Adrian Coman e a./Inspectoratul General pentru Imigrări e a.

di **Edda NAPOLITANO***

SOMMARIO: **1.** Le origini della riforma italiana, dalle coppie di fatto alle Unioni civili **2.** La Giurisprudenza italiana relativa a coppie omosessuali **3.** Diversità e convergenze con il matrimonio **4.** La giurisprudenza e la normativa internazionale **5.** Sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-673/16 Reaiu Adrian Coman e a./Inspectoratul General pentru Imigrări e a.

1. Le origini della riforma italiana, dalle coppie di fatto alle Unioni civili.

Il matrimonio ha subito nel corso dei secoli profonde modificazioni. Un primo tentativo di modernizzazione è costituito, in epoca romana, dall'arginazione della *potestas* paterna, rintracciabile nel passaggio dal *matrimonium cum manu*, in cui la moglie si sottoponeva alla *manus* del marito, divenendo "figlia" nella famiglia di lui, al *matrimonium sine manu*¹. Gli stessi istituti dalla *confarreatio*, *coemptio* e *usus*² non furono capaci di riassumere, tuttavia, le possibilità dei rapporti tra persone di sesso diverso. Oltre le due forme di matrimonio, in assenza di *ius connubi* o di volontà tra le parti di contrarre matrimonio secondo le forme ordinarie, esisteva il concubinato. Il concubinato, identificato nell'unione e abituale convivenza di persone di sesso diverso, ottenne riconoscimento della sua liceità, quindi non incriminabilità³. Tuttavia, con l'avvento del cristianesimo e la regolamentazione che il diritto canonico diede all'istituto matrimoniale, la convivenza, priva del sigillo del vincolo coniugale, venne progressivamente

* Dottoranda di ricerca in Scienze filosofiche, *curriculum* bioetico, presso l'Università degli Studi di Napoli, Federico II, già tirocinante ex art. 73 presso la CdA di Napoli.

¹ A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano*, ed. Jovene, 2006

² Trattasi di tre istituti relativi alla "pratica matrimoniale", sub specie, la *confarreatio* si riferisce ad una complessa ritualità religiosa che generava l'unione spirituale dei coniugi, la *coemptio* ad una *mancipatio matrimonii causa*, l'*usus* costituiva una forma di matrimonio per usucapione, al termine di un anno di convivenza, il marito usucapiva la mano della moglie. Da V. ARANGIO RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, Milano, Vita e pensieri, 1930.

³ *Lex Iulia et Papia e Lex Iulia de adulteris*

additata come pratica di mal costume. La giurisdizione ecclesiastica finì con il segnare un solco sempre più profondo tra i diritti delle famiglie legittime e le "coppie di fatto", giungendo sino ad intendere il termine "concubina" in un'accezione negativa.⁴ Sebbene il codice civile nasca in una dimensione laica, prevedendo il matrimonio civile, non regola le convivenze, nè parifica la filiazione naturale a quella avvenuta in costanza di matrimonio. Una prima modifica del diritto familiare si ebbe nel 1975, tuttavia occorrerà attendere la legge 219 del 2012 per ottenere la parificazione tra figli nati nel matrimonio e fuori da esso. Nel corso dei decenni, il lemma concubinato fu sostituito dalla formula "coppia di fatto", "famiglia di fatto" nel caso di presenza di prole. Per famiglia di fatto deve intendersi la stabile convivenza di un uomo e una donna (l'eterosessualità è per lungo tempo condizione necessaria anche per la non codificata coppia di fatto) che, pur non essendo sposati, formano un solido nucleo affettivo, di comunione e di interessi.⁵ Il riconoscimento dei rapporti *more uxorio* avviene soprattutto a mezzo di alcune fondamentali norme, *sub specie* il tentativo di modifiche all'articolo 44 della legge 184/1983⁶ che prevede la possibilità per il convivente di adottare il figlio dell'altro convivente. Inizialmente la norma si riferiva alla possibilità per i soli coniugi di provvedere all'adozione. Negli intenti del legislatore vi era chiaramente la volontà di garantire ai minori miglior cura e l'edificazione di un saldo rapporto familiare. Il tentativo compiuto, prima dell'approvazione della legge 76 del 2016, è stato quello di ampliare la *stepchild adoption* alle unioni civili. La vera innovazione avrebbe dovuto concernere le coppie omoerotiche, poichè per le coppie eterosessuali già ricorrevano le condizioni dell'articolo 44 e, sebbene la norma prevedesse esplicitamente solo le coppie sposate, la giurisprudenza ha progressivamente ampliato l'istituto alle coppie conviventi.⁷ Eppure la spinta causativa della norma non ha trovato codificazione, restando difatti negata la piena estensione della disciplina matrimoniale alle unioni civili. Nel testo definitivamente approvato (legge 20 maggio 2016 n. 76) viene cassata l'ipotesi dell'adozione di forma in casi particolari, originariamente prevista ai sensi del primo comma dell'articolo 44, per i conviventi di coppia omoerotica. Si analizzi la riforma del 2016 nel

⁴ B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, pp. 33 e ss, ed. Cedam, 2016

⁵ V. VITALONE, C. ZAFFIRI, *La famiglia di fatto*, Giustizia Civile, III, 303

⁶ Anche nota come legge sulle adozioni

⁷ Della stessa autrice, E. NAPOLITANO, *Il legame affettivo. Valutazioni in merito alla risarcibilità del danno tanatologico di natura parentale per il genitore "traslatus". Commento a margine della vicenda di Reggio (sentenza Tribunale ordinario di Reggio Emilia II sez. civ. del 2.03.2016)*. da *DE IUSTITIA*, 3/2018, cfr: sentenza della Suprema Corte di Cassazione, III sez. Civile, del 22 agosto 2013 n. 19402.

dettaglio, di cui si riporta il testo integrale (Legge 20 maggio 2016 n. 76, pubblicato in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016):

Art. 1 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze)

1. La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto.

2. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni.

3. L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile.

4. Sono cause impeditive per la costruzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente, se l'istanza di interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato; c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile, non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le medesime disposizioni di cui al medesimo articolo 87; d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare, la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento;

5. La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al comma 4 comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile.

6. L'unione civile costituita in violazione di una delle cause impeditive di cui al comma 4, ovvero in violazione dell'articolo 68 del codice civile, può essere impugnata da ciascuna delle parti dell'unione civile, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarla un interesse legittimo e attuale. L'unione civile costituita da una parte durante l'assenza dell'altra non può essere impugnata finché dura l'assenza.

7. L'unione civile può essere impugnata dalla parte il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità determinato da

cause esterne alla parte stessa. Può essere altresì impugnata dalla parte il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte. L'azione può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore. L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe certamente prestato il suo consenso se le avesse perfettamente conosciute e purché l'errore riguardi: a) l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune, b) le circostanze di cui all'articolo 122, comma terzo, numeri 2), 3) e 4), del codice civile.

8. La parte può in qualunque tempo impugnare il matrimonio o l'unione civile dell'altra parte. Se si oppone la nullità della prima unione civile, tale questione deve essere preventivamente giudicata.

9. L'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata nel relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e la residenza dei testimoni.

10. Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile.

11. Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.

12. Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

13. Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 126, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

14. Quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica e morale ovvero alla libertà dell'altra parte, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter del codice civile.

15. Nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse anche dalla parte dell'unione civile, la quale può presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa.
16. La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente o da un discendente o ascendente di lui.
17. In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile.
18. La prescrizione rimane sospesa tra le parti dell'unione civile.
19. All' unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano altresì le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché agli articoli 116 primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma e n.4) e 2659 del codice civile.
20. Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione delle norme vigenti.
21. Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo V-bis e dal titolo IV del libro secondo del codice civile.
22. La morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti dell'unione civile ne determina lo scioglimento.
23. L'unione civile si scioglie altresì nei casi previsti dall'articolo 3, n.1) e n. 2) lettera a), c), d) ed e) della legge 10 dicembre 1970, n. 898.
24. L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. In tal caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione.
25. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma e dal quinto dell'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12- quater, 12-quinquies e 12-sexies, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile e agli articoli 6 e 12 del decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.

26. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile fra persone dello stesso sesso.

27. Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica istaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

28. Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni; b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile e altro istituto analogo; c) modificazioni e integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti.

29. I decreti legislativi di cui al comma 28 sono adottati su proposta del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro degli esteri.

30. Ciascuno schema di decreto legislativo di cui al comma 28, a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri, è trasmesso alla Camera dei deputati e al senato della Repubblica purché su di esso siano espressi, entro sessanta giorni dalla trasmissione, i pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia. Decorso tale termine il decreto può essere comunque adottato, anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 28, quest'ultimo termine è prorogato di tre mesi. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazioni e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque adottati.

31. Entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo adottato ai sensi del comma 28, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 28, con la procedura prevista dai commi 29 e 30.

32. All' articolo 86 del codice civile, dopo le parole "ad un matrimonio" sono inserite le parole: "o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso"⁸

33. All' articolo 124 del codice civile, dopo le parole "impugnare il matrimonio" sono inserite le seguenti: "o l'unione civile tra persone dello stesso sesso".⁹

34. Con decreto del presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro dell'interno, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri dell'archivio dello stato civile nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati ai sensi del comma 28, lettera a).

35. Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 34 della presente legge acquistano efficacia a decorrere dall'entrata in vigore della legge medesima.

36. Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolante da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

37. Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b), comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.

38. I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario.

39. In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, ed assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari.

40. Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.

41. La designazione di cui al comma 40 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone.

42. Salvo quanto previsto dall'articolo 377-sexies del codice civile¹⁰, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto

⁸ Articolo 86, Libertà di stato: Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

⁹ Articolo 124, Vincolo di precedente matrimonio: Il coniuge può in qualunque tempo impugnare il matrimonio o l'unione civile tra persone dello stesso sesso dell'altro coniuge; se si oppone l nullità del primo matrimonio, tale questione deve essere preventivamente giudicata.

¹⁰ Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza (art. 377-sexies): Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell' assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori,

superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni o comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni.

43. Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o nuova convivenza di fatto.

44. Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto.

45. Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto.

46. Nella sezione VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile, dopo l'articolo 230 -bis¹¹ è aggiunto il seguente: "Art. 230-ter (Diritti del convivente). Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera

considerand l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643. In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto

¹¹ L'intera sezione VI è stata aggiunta ex l. 19-05-1975, n. 151 (art. 89) *Riforma al diritto di famiglia, sub specie* art. 230-bis *Impresa familiare*- Salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare e ai beni acquistati da essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelli inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la responsabilità genitoriale su di essi. Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo. Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge e i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella in cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente con il consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità determinate, in difetto di accordo, dal giudice. In caso di divisione ereditaria o di trasferimento d'azienda (2556) i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prestazione sull'azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'articolo 732. (*et omissis*)

all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato.

47. All' articolo 712¹², secondo comma, del codice di procedura civile, dopo le parole "del coniuge" sono inserite le seguenti: "o del convivente di fatto".

48. Il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti ovvero ricorrano i presupposti di cui all'articolo 404 del codice civile.

49. In caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite.

50. I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.

51. Il contratto di cui al comma 50, con le sue modifiche e la sua risoluzione, sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

52. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989 n. 223.

53. Il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere: a) l'indicazione della residenza; b) le modalità di contribuzione alla necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo; c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del primo libro del codice civile.

54. Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51.

¹² L' articolo concerne l'inabilitazione e l'interdizione. La disposizione normativa ritiene necessaria l'allegazione al ricorso dei fatti per cui si chiede l'interdizione e l'inabilitazione. Per essi devono intendersi tutti gli elementi che assurgono a indici della patologia che mina l'integrità psico-fisica del soggetto. Sono legittimati a presentare ricorso il coniuge, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo, il tutore e il curatore dell'interdicendo o inabilitando se sono sati nominati dal pubblico ministero, ad essi la legge in oggetto, aggiunge il convivente di fatto.

55. Il trattamento dei dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza. I dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche non possono costituire elemento di discriminazione a carico delle parti del contratto di convivenza.

56. Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti.

57. Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse se concluso: a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza; b) in violazione del comma 36; c) da persona minore di età; d) da persona interdetta giudizialmente; e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile.¹³

58. Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento.

59. Il contratto di convivenza si risolve per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti.

60. La risoluzione del contratto di convivenza per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta nelle forme di cui al comma 51. Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.

Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di cui al trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza.

61. Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il

¹³ Articolo 88. Delitto-Non possono contrarre matrimonio tra loro le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra. Se ebbe luogo solo il rinvio a giudizio ovvero fu ordinata la cattura, si sospende la celebrazione del matrimonio fino a quando non è pronunciata la sentenza di scioglimento.

termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.

62. Nel caso in cui alla lettera c) del comma 59, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile.

63. Nel caso di cui alla lettera d) del comma 59, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza.

64. Dopo l'articolo 30 della legge 31 maggio 1995 n. 218, è inserito il seguente: "Art. 30-bis (Contratti di convivenza). 1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee che regolano il caso di cittadinanza plurima.

65. In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle.

66. Agli oneri derivanti dall'attuazione dei commi da 1 a 35 della presente legge, valutati complessivamente in 3,7 milioni di euro per l'anno 2016, in 6,7 milioni di euro per l'anno 2017, in 8 milioni di euro per l'anno 2018, in 9,8 milioni di euro per l'anno 2019, in 11,7 milioni di euro per l'anno 2020 in 13,7 milioni di euro per l'anno 2021, in 15,8 milioni di euro per l'anno 2022, in 17,9 milioni di euro per l'anno 2023, in 20,3 milioni di euro per l'anno 2024 e in 22,7 milioni di euro anni a decorrere dall'anno 2025, si provvede: a) quanto a 3,7 milioni di euro per l'anno 2016, a 1,3 milioni di euro per l'anno 2017 a 3,1 milioni di euro per l'anno 2018, a 5 milioni di euro per l'anno 2019, a 7 milioni per l'anno 2020, a 9,1 milioni di euro per l'anno 2021, a 11,2 milioni di euro per l'anno 2022, a 13,6 milioni di euro per l'anno 2023, a 16 milioni di euro per l'anno 2024 e a 16 milioni di euro anni a decorrere dall'anno 2025, mediante riduzione del Fondo per interventi strutturali di politica economica, di cui all'articolo 10, comma 5 del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 2004, n. 307; b) quanto a 6,7 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2017, mediante corrispondente riduzione delle proiezioni, per l'anno 2017, dello stanziamento 11 del fondo speciale di parte iscritto, ai fini del bilancio triennale 2016-2018, nell'ambito del programma "Fondi di riserva speciale" della missione di "Fondi da ripartire" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze

per l'anno 2016, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al medesimo Ministero.

67. Ai sensi dell'articolo 17, comma 12, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei dati comunicati dall'INPS, provvede al monitoraggio degli oneri di natura previdenziale e assistenziale di cui ai commi da 11 a 20 della presente legge e riferisce in merito al Ministero dell'economia e delle finanze. Nel caso si verificano o siano in procinto di verificarsi scostamenti rispetto alle previsioni di cui al comma 66, il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, provvede, con proprio decreto, alla riduzione, nella misura necessaria alla copertura finanziaria del maggior onere risultante dall'attività di monitoraggio, delle dotazioni finanziarie di parte corrente aventi la natura di spese rimodulabili, ai sensi dell'articolo 21, comma 5, lettera b) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nell'ambito dello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

68. Il Ministro dell'economia e delle finanze riferisce senza ritardo alle Camere con apposita relazione in merito alle cause degli scostamenti e all'adozione delle misure di cui al comma 67.

69. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

70. La disposizione normativa articolata nei 69 commi suindicati, aveva ben altra intensità ante maxi-emendamento. Le voci di dissenso rappresentate dalla parte politica conservatrice hanno, difatti, portato allo stralcio dell'articolato destinato alla piena parificazione tra il matrimonio e la convivenza di *partner* in coppia omosessuale, pur nel rispetto delle diversità degli istituti. Come valutato ad inizio della dissertazione, la più rilevante innovazione apportata dall'emendamento del 25 febbraio 2016 è stata l'eliminazione della possibilità, per il partner del convivente civile, di adottare il figlio dell'altro ai sensi dell'articolo 44 della legge 184 del 1983, vale a dire con l'adozione in casi particolari. Lo stralcio, pur corrispondente alle accezioni masochistiche relative alla impossibile omosessualità dei genitori, è dimentico di una lunga ed articolata giurisprudenza nazionale ed internazionale di senso opposto. Giurisprudenza che, nella maggior parte dei casi, limita il suo operato ai riferimenti internazionali¹⁴. *Sub specie*, l'orientamento nomofiliaco relativo all'interesse del minore¹⁵. Nel caso di richiesta di adozione, da parte del coniuge, del figlio minore dell'altro coniuge, ai sensi dell'articolo 44, primo comma, lett. b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, è necessario che il giudice accerti in concreto, caso per caso, se l'interesse del minore, che deve sempre costituire, in base all'art.57 della Convenzione sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989 (resa esecutiva con legge

¹⁴ F. CARINGELLA, A. MENNA, *Famiglia: normativa e giurisprudenza ragionata*, pp. 706 e ss., ed. Giuffrè Editore, 2008

¹⁵ Cassazione civile sez. I, 19 maggio 2002, n.6633

27 maggio 1991 n. 176), primario e preminente parametro di valutazione, risulti o meno maggiormente tutelato con l'inserimento, del minore medesimo, mediante l'adozione, in un contesto familiare e, cioè, in un nucleo il cui sviluppo costituisce, d'altra parte, anch'esso oggetto in favore da parte del legislatore, anche costituzionalista". Nella fattispecie, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza che aveva ritenuto che l'esistenza di un forte legame affettivo del minore con il proprio padre-il quale aveva tra l'altro negato l'assenso all'adozione, ex articolo 46 della legge 184 del 1983-fosse ostativo dell'adozione, dovendosi evitare, nella visione del *bonum proles*, "la sovrapposizioni di sue figure paterne".¹⁶ Il testo indicato anche come "legge Cirinnà" palesa, di contro, piena vicinanza agli orientamenti che avevano portato alla bocciatura della proposta di maternità surrogata. In un terreno di incontri tra mondi lontani, difatti, 47 Paesi europei, il 15 marzo del 2016 avevano respinto il rapporto della senatrice belga Petra De Sutter in materia di "Diritti umani e problemi etici legati alla surrogacy", atto a legalizzare il fenomeno delle gravidanze a pagamento¹⁷, nuovamente bocciato dal Consiglio d'Europa, il 21 settembre dello stesso anno. La surrogata materna ipotizzata nella duplicità della solidarietà e del *pro-profit* subisce una condizione delegittimante: il grembo diviene trincea invalicabile, penalizzando in particolare la coppia maschile omoerotica. FederVita discute di schiavizzazione femminile, né si può ritenere non abbia prodotto eco, nell'eliminazione dalla norma italiana di ogni ipotesi di adozione del figlio del partner, la vicenda della statunitense Melissa Cook¹⁸, madre surrogata di tre gemelli, portati in grembo per conto di C.M., 50 enne single della Georgia.¹⁹ Spaventa l'esasperazione, che spinge sino al pavento di un mercimonio, con cui l'organizzazione londinese Families through surrogacy promuove l'utero in affitto, in un sorta di fiera che dismessa la vanità, restituisce la nuda realtà di "rimborsi spese". Così come non pare esente da forzatura la leva posta sul *bonding* ovvero l'attaccamento del bambino con la mamma attraverso i suoni e l'alimentazione. Principio in virtù del quale resterebbe sì vietata la maternità surrogata ma che, se validato in ogni sua parte, renderebbe illegittima la stessa adozione. Di maternità surrogata pur si era dibattuto nei lavori preparatori della

¹⁶ Cfr. F. CARINGELLA, A. MENNA, *Famiglia: normativa e giurisprudenza ragionata*, pp. 706 e ss., ed. Giuffrè Editore, 2008

¹⁷ F. ALTAVILLA, 10 ottobre 2016, da R.it, Repubblica, sezione Politica, consultabile da http://www.repubblica.it/politica/2016/10/10/news/maternita_surrogata_relazione_de_sutter_in_plenaria_l_11_ottobre_socialisti_divisi_malumori_nel_pd-149503582/

¹⁸ J. DODD, posted on march 15 2016, People, consultabile da <http://people.com/celebrity/surrogate-mom-melissa-cook-hasnt-been-allowed-to-see-newborn-triplets/>

¹⁹ La donna si è rifiutata di abortire uno dei feti, come chiesto dal padre biologico, ingaggiando una battaglia per l'affidamento

legge regolante i contratti di convivenza, anche come ipotetica pratica adottiva, a margine, però di una fattispecie penalmente rilevante.²⁰

Cassata ogni ipotesi di pratica adottiva, il secondo importante stralcio ha riguardato i diritti e i doveri derivanti dal vincolo delle unioni civili.²¹ Recitava l'articolo 3 comma 1 (testo modificato dal maxiemendamento) - Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi obblighi e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. (*Et omissis*). Nella legge 76 del 2016 non vi è più riferimento a tale onere di fedeltà. È bene osservare come esso non riguardi più soltanto la fedeltà sessuale, ma integri un impegno a non tradire la fiducia del proprio compagno di vita, rinforzando la comunione tra coniugi. Dando valore a tale interpretazione, accreditata anche dalla giurisprudenza²², la cancellazione dell'onere di fedeltà con la simbologia ad essa correlata, denota una profonda demarcazione tra matrimonio e unione civile. La fedeltà tra conviventi sia essa sentimentale che sessuale, a differenza di quanto avvenga tra coniugi, non costituisce più un obbligo per i contraenti, restituendo un modello "più aperto".

2. La Giurisprudenza italiana relativa a coppie omosessuali.

Il riconoscimento delle Unioni Civili, è stato frutto di una lunga evoluzione giurisprudenziale. La genesi stessa del macrocosmo LGBTQ (lesbiche, gay, transgender, bisessuali, queer) sembra tracciare gli affetti della normazione, ad essa ancora una volta è da tributarsi il demerito d'aver vietato, codificandoli, dati e strutture pre-normative. Nella fase giusnaturalista, in cui l'omosessualità non costituiva dato eccezionale, la sentenza evangelica relativa alla necessaria eterosessualità non trova corresponsione. In realtà è proprio la nascita di criteri legislativi punenti l'attrazione verso il *similis* e non l'*alter* (si guardi al reato di *gross indecenty*, introdotto dal Criminal Amendment Act del 1885) a fruttare la condanna di personaggi eminenti quali ad esempio Oscar Wilde, nel 5 aprile 1895. A convincimento del fatto che "*bello è*" amare solo chi si è legittimati per coazione pubblica.

²⁰ Identificata quale tale dalla legge 40 del 14 febbraio 2004. Art 12, comma 6-Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro". Per approfondimenti si rimanda a L. D'AVACK, *Verso un antidestino*, ed Giappichelli, 2004.

²¹ Cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, pp. 109 e ss, ed. Cedam, 2016

²² *Ibidem*, commento a Cass. 18 settembre 1997 n. 9287.

Il senso maggiorato della libertà ha impedito che fosse fonte di reità l'orientamento sessuale, ma resta aperto il dibattito circa i modi in cui esso possa essere coniugato con il rispetto dei diritti. Un dibattito fomentato, indubbiamente dalla cronaca mediatica. In assenza di una legge chiara, più volte, il legislatore è stato chiamato a decidere su casi di genitorialità omosessuale. La Cassazione (11 gennaio 2013 n. 601) dichiara non supportata da alcuna certezza scientifica o dato d'esperienza, bensì da mero pregiudizio la dannosità della coabitazione del minore con la coppia omoerotica del genitore biologico. Nel 2014 il Tribunale dei minori di Roma ha riconosciuto *ipso facto* la prima adozione omosessuale, permettendo ad una donna di adottare la figlia naturale della compagna. Il Tribunale si era basato sull'art. 44 della legge 184\1983 giungendo ad asserire la sussistenza di un superiore e preminente interesse del minore a mantenere anche formalmente con l'adulto, *sub specie* genitore sociale, quel rapporto affettivo e di convivenza già consolidatosi nel tempo.²³ Eppure il processo evolutivo ha avuto genesi in decisioni di orientamento ben più drastico, si pensi alla Cass. Sez. 1, sent. N. 2759 del 10/10/1974: "le relazioni omosessuali coltivate da uno dei coniugi, in modo continuativo e pubblico, quand'anche rappresentino la conseguenza di alterazioni patologiche, costituiscono causa di separazione per ingiuria grave, poichè feriscono i sentimenti di amore e di affetto dell'altro coniuge, essendo indice sicuro di un distacco affettivo che menoma violentemente la fiducia e l'attaccamento di quest'ultimo". Occorrerà qualche decennio per riscontrare nella giurisprudenza cassazionista una lettura volta alla tutela dell'omosessuale, anche sotto il profilo internazionale tra cui a titolo esemplificativo e non esaustivo Cass., 20 novembre 2012, n. 15981: "ai fini della concessione della protezione internazionale, la circostanza per cui l'omosessualità sia considerata un reato nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza²⁴ è rilevante, costituendo una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette gravemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare la concessione della protezione richiesta; devono, pertanto, essere acquisite le

²³ Il *favor minoris* torna così ad assumere una funzione prioritaria, costituendo tuttavia il motivo di contesa tra le opposizioni. Se, difatti alcuna contrarietà sembra essere rivelata dal presidente della SIP (Società italiana pediatri) Giovanni Corsello, che, anzi dichiara: "Ciò che conta è la capacità affettiva dei genitori, la capacità di accogliere e seguire la crescita dei bambini, creando un ambiente sicuro, sereno e protettivo. E questo non dipende certo dal "genere" dei genitori." Claudio Mencacci, presidente della Società italiana di Psichiatria, invita alla riflessione e alla raccolta di dati e studi per chiarire gli eventuali danni riportati o riportabili dal minore.

²⁴ Nel caso di specie: il Senegal.

prove, necessarie al fine di acclamare la circostanza della omosessualità del richiedente, la condizione dei cittadini omosessuali nella società del Paese di provenienza e lo stato della relativa legislazione, nel rispetto del criterio direttivo della normativa comunitaria e italiana in materia di istruzione ed esame delle domande di protezione internazionale". Il rispetto del concetto di eguaglianza ha consentito il superamento di molti pregiudizi e il riconoscimento del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia - Cass., 15 marzo 2012, n. 4184: "le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto della "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione dei diritti dell'uomo; pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono aderire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti familiari, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.²⁵ (omissis) La seconda novità attiene alla questione se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di "vita familiare" nell'accezione dell'articolo 8 della Convenzione. Anche su tale questione la risposta della Corte è chiarissima: "Data quest'evoluzione sociale e giuridica la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione".

La pronuncia dell'organo nomofiliaco palesa di aver chiari gli orientamenti già espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza 138 del 2010, ma di volerli ampliare, riconoscendo non solo dignità, ma tutela giuridica alla coppia omosessuale, considerata centro degli affetti, e quindi della vita familiare. Con la sentenza 14 aprile 2010, n. 138 il giudice delle leggi, investito della questione dal tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento, si è pronunciato sulla questione concernente l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento affermando che l'unione omosessuale, pur se riconducibile all'art. 2 Cost., rappresenta tuttavia "una formazione sociale non idonea a costituire una famiglia fondata sul matrimonio stante l'imprescindibile

²⁵ In data 1 giugno 2002 A. e B. entrambi cittadini italiani contrassero matrimonio a L'Aja. Successivamente, in data 12 marzo 2004, gli stessi chiesero al sindaco del Comune di Latina-ove avevano stabilito la loro residenza-la trascrizione dell'atto del predetto matrimonio. Il Sindaco, interpellato quale ufficiale del Governo e dello stato civile, con atto dell'11 agosto 2004, rifiutò la trascrizione richiesta, ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 18, essendo detto atto di matrimonio, formato all'estero, non suscettibile di trascrizione, perchè contrario all'ordine pubblico.

finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale", in tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale concludendosi che "in questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra 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". Dunque, la formazione sociale costituita dalla cosiddetta "società naturale" ex art. 29 Cost., presuppone, rispetto a tutte le altre formazioni sociali, un *quid* naturalistico ulteriore rappresentato dalla diversità di sesso tra i nubendi nonché dalla loro astratta idoneità a generare figli, dovendosi pertanto escludere ogni discriminazione ex art. 3 Cost. stante la non omogeneità delle unioni omosessuali a quelle matrimoniali.²⁶ La pronuncia del giudice delle leggi, riconosce indi sia il diritto a contrarre matrimonio ex articoli 2 e 29 della Costituzione, sia l'appartenenza di esso al patrimonio giuridico di ogni individuo, in quanto persona umana; in riferimento ai medesimi articoli, la Corte ha, però, negato fondamento costituzionale al diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Dunque il suo riconoscimento e la sua garanzia, in quanto non costituzionalmente obbligati, sono rimessi alla libera scelta del Parlamento.²⁷ La sentenza n. 138 del 2010, pur negando specifico fondamento costituzionale al riconoscimento del matrimonio di persone dello stesso sesso, ha tuttavia affermato: "che nelle formazioni sociali di cui all'articolo 2 Costituzione, è inclusa l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia", fondamentale, ad ultimo, il rimando al legislatore; nell'ambito applicativo dell'articolo 2 Costituzione, spetta difatti al Parlamento "nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni civili".

²⁶ L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'adda fare"*, nota a sentenza Corte Costituzionale n. 138 del 14/04/2010, consultabile su Altalex.

²⁷ A tal proposito risulta fondamentale il richiamo all'articolo 12 della CEDU contenente la garanzia del "diritto al matrimonio".

3. Diversità e convergenze con il matrimonio.

Le diversità dell'istituto delle unioni civili con quello del matrimonio sono ravvisabili, soprattutto, dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale 138 del 2010. Ivi i giudici della legittimità, dopo aver accentuato la duttilità dei concetti di famiglia e matrimonio che, non meno per quanto avvenga per gli istituti ed i principi contenuti nella Carta, richiedono adeguamento alle evoluzioni temporali e sociali e palesano insofferenza ad ogni tentativo di cristallizzazione, hanno valutato l'impossibilità di un'interpretazione abile a includere nelle disposizioni di cui all'art. 29 fenomeni non previsti nell'epoca dell'emanazione. I costituenti hanno esplicitamente previsto che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso, in tal senso anche il riferimento all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi²⁸. A ragion veduta, tale disposizione normativa non può considerarsi superata da una complessa operazione ermeneutica, nè da una richiesta declaratoria di illegittimità costituzionale degli articoli del codice civile relativi all'istituto del matrimonio per violazione dell'articolo 3 nella parte in cui non prevedono l'applicazione anche per coppia omoerotica. La sentenza già analizzata²⁹ ha avuto il merito di invitare il legislatore a colmare una grave *vacatio normativa*, rea di lasciare privi di tutela importanti fenomeni sociali. L'impegno è essenzialmente rivolto a generare una situazione di equilibrio atta a realizzare il concetto di eguaglianza solennemente affermato dall'articolo 3 della Costituzione; eppure la legge n. 76 del 20 maggio 2016, non parifica definitivamente gli istituti. Conformemente agli articoli 2 e 3 della Costituzione, il titolo dell'articolo 1 ed il primo comma della legge nota come Cirinnà, identificano nell'unione civile una specifica formazione sociale, riservata alle persone dello stesso sesso. Come il matrimonio è precluso alle coppie omosessuali, così le unioni civili devono ritenersi vietate ad una coppia etero. Nell'unione civile l'individuo realizza la sua personalità, fugge da ogni discriminazione e ottiene il riconoscimento di pari diritti, ma le differenze sono tangibili in tutto l'articolato:

-articolo 106 del codice civile: Il matrimonio deve essere celebrato pubblicamente nella casa comunale davanti all'ufficiale di stato civile al quale fu fatta richiesta di pubblicazione.

-articolo 107 codice civile: Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi degli articoli 143, 144, 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo

²⁸ B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, pp. 73 e ss, Cedam edizioni, 2016.

²⁹ Cfr sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010

l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione. VS articoli 1/3 l. 76/2016 1. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni. L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile.

Sin dal primo comma è possibile tracciare la differenza tra gli istituti, anzitutto l'assenza di sacralità nel secondo. Mentre, difatti, i coniugi celebrano il loro matrimonio, i contraenti si limitano alla costituzione dell'unione, palesando un maggiore interesse di carattere civile e indi il ricorso all'ipotesi spuria di contratto. Vieppiù, sebbene l'autorità officiante sia la medesima, le formalità per le Unioni risultano ben più esigue, non essendo nè prevista la lettura degli articoli del codice civile nè specifiche modalità per le dichiarazioni di volontà dei soggetti. Per le unioni civili non è previsto un formale atto di matrimonio, nè l'obbligo di immediata comunicazione dello stesso. L'onere di trascrizione non potrà però seguire le forme dell'articolo 64 del DPR 396/2000 essendo assenti nelle unioni civili gli elementi tipici del matrimonio.³⁰

-articolo 86 del codice civile: Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente. - articolo 86 c.c.: Non possono contrarre matrimonio fra loro: 1) gli ascendenti e i discendenti in linea retta; 2) i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini; 3) lo zio e la nipote, la zia e il nipote; 4) gli affini in linea retta; il divieto sussiste pure nel caso in cui l'affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale è stata pronunciata la cessazione degli effetti civili; 5) gli affini in linea collaterale in secondo grado; 6) l'adottante, l'adottato o i suoi discendenti; 7) i figli adottivi della stessa persona; 8) l'adottato e i figli dell'adottante; 9) l'adottato e il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato. Il tribunale, su ricorso degli interessati, con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio nei casi indicati dai numeri 3 e 5, anche se si tratti di affiliazione.

L'autorizzazione può essere accordata anche nel caso indicato dal numero 4, quando l'affinità deriva da un matrimonio dichiarato nullo. Il decreto è notificato

³⁰ L'unione civile non prevede la forma tipica del matrimonio, *sub specie* data delle pubblicazioni, lettura degli articoli del codice civile, dichiarazione delle parti di volersi prendere come marito e moglie, dichiarazione conclusiva dell'ufficiale; in questo senso B. DE FILIPPIS, opera citata.

agli interessati e al pubblico ministero. Si applicano le disposizioni dei commi quarto, quinto e sesto dell'articolo 84. -articolo 1/4 l. 76 del 2016: Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso (*omissis*) c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e la nipote e la zia e la nipote, si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87;

L'identità di sesso costituisce una condizione necessaria per l'unione civile, di contro, per il matrimonio non vi è alcuna specifica relativa alla eterosessualità della coppia di aspiranti coniugi pur desumibile dall'interpretazione. alcuna ipotesi derogatoria alla maggiore età dei contraenti è prevista per l'unione civile, a differenza del matrimonio per il quale è contemplata l'ipotesi del minore emancipato. Non meno di quanto avvenga per il matrimonio è necessaria, anche per l'unione civile, la libertà di stato; intendendo per essa la non sussistenza di altro vincolo matrimoniale e/o unione civile. Il legislatore traccia per entrambi gli istituti la necessità dell'esclusività del legame. Perfettamente equivalente la disciplina in tema di impossibilità per la stipula dell'unione civile relativamente a parentela, affinità e adozione, sì come previsto dall'articolo 87 del codice civile, esplicitamente richiamato dalla legge Cirinnà. Altra perfetta equivalenza è rapportabile all'interdizione per infermità di mente, *sub specie*:

-articolo 86 cod. civ.: Non può contrarre matrimonio l'interdetto per infermità di mente. Se l'istanza di interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la celebrazione del matrimonio; in tal caso la celebrazione non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato. -comma 4 lett. b) l. 76/2016: L'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda il procedimento di costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato.

Ben più articolata risulta la disciplina relativa all'impedimento da delitto. Nell'unione civile si precisa che la condanna, per determinare impedimento, deve essere definitiva e che ne negli altri casi, la costituzione dell'unione resta sospesa, senza necessità di ottenere ulteriori provvedimenti:

-art. 88 c.c.: Non possono contrarre matrimonio tra loro persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato del coniuge dell'altra. Se

ebbe luogo soltanto rinvio a giudizio ovvero fu ordinata la cattura, si sospende la celebrazione del matrimonio fino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento. -comma 4 lett. d) l. 76 del 2016: la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvii a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare, la procedura per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sin quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento.

Circa la nullità dell'unione civile, essa è ravvisabile qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 4: matrimonio o unione anteriori, interdizione di una delle parti per infermità di mente, rapporti di parentela indicati, condanna definitiva per omicidio o tentato omicidio del coniuge o contraente civile del partner dell'unione. Esplicito il riferimento alla disciplina codicistica, estremamente analitica:

-comma 5: La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al comma 4 comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68 nonché le disposizioni di cui gli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 29-bis del codice civile.

Una delle cause impeditive della celebrazione del matrimonio e della unione civile è l'incapacità di intendere e di volere di uno dei partner. Il matrimonio e l'unione possono essere dichiarati nulli nel caso in cui l'interdizione sia già stata pronunciata, con sentenza passata in giudicato, al momento della celebrazione oppure nel caso in cui la pronuncia sia intervenuta posteriormente, ma l'infermità sussistesse a tale epoca.³¹ Vieppiù, ai sensi dell'articolo 102 del codice civile, anche l'incapacità naturale che non abbia dato luogo ad un procedimento di interdizione può determinare la dichiarazione di nullità del matrimonio o dell'unione. Ultimi vizi idonei a determinare impugnazione delle nozze e delle unioni, meritevoli di particolare attenzione sono violenza ed errore. Richiamati nella disciplina matrimoniale ai sensi dell'articolo 122 codice civile, sono trascritti anche nel comma 7 legge Cirinnà. Trattasi di una trascrizione quasi integrale con l'unica differenza consistente nell'eliminazione del punto in cui si afferma che integra errore essenziale lo stato di gravidanza causato da un terzo. Il *discrimen* è evidente, essendo venuta meno la potenzialità procreativa tipica della coppia eterosessuale.

³¹ B. DE FILIPPIS, op. cit.

-articolo 122 codice civile: Il matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne allo sposo. Il matrimonio può essere altresì impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personale dell'altro coniuge. L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, si accerti che lo stesso non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi:

- 1) L'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale;
- 2) L'esistenza di una condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni, salvo il caso di avvenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio. L'azione di annullamento non può essere proposta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile;
- 3) La dichiarazione di delinquenza abituale o professionale;
- 4) La circostanza che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione a pena non inferiore ai due anni. L'azione di annullamento può essere proposta prima che la condanna sia divenuta irrevocabile;
- 5) Lo stato di gravidanza causato da soggetto caduto in errore, purché vi sia stato riconoscimento ai sensi dell'articolo 233, se la gravidanza è stata portata a termine.

L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore.

La violenza cui la norma si riferisce può essere sia fisica che morale ed è plasmata sul paradigma dei vizi nel contratto³². Al rubricato del codice civile relativo al contratto fa esplicito riferimento la

legge sulle unioni civili che, ai sensi del comma 16, riporta il primo comma dell'articolo 1436, affermando che la violenza sia causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguardi la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile costituita da un contraente o da un ascendente o discendente di lui. A seguito dell'introduzione della legge n. 151 del 19.05.1975, oltre la violenza fisica e morale, è stata contemplata altra forma di pressione psicologica rappresentata dal timore di eccezionale gravità. L'attenzione del legislatore risulta rivolta, in particolare, alle coercizioni individuali del partner e alla traduzione, nella sfera individuale, delle pressioni esterne. Altro riferimento

³² Il riferimento normativo è costituito dagli articoli 1434-1438 del codice civile.

contenuto nell'articolo 122 è l'errore. Esso consiste in una falsa rappresentazione della realtà. Il testo normativa risulta dettagliatamente analitico riferendosi ad un errore in rapporto diretto ed essenziale con la volontà matrimoniale, non concernente elementi accessori ma fondamentali dello stesso. Una differenza sostanziale tra i due istituti (matrimonio e unione civile) è tracciabile nel fatto che nel secondo, a differenza di quanto avvenga nel primo, non possano essere causa diretta di impugnazione le malattie o anomalie che impediscano la vita sessuale. Tale distinguo è basato sulla non trascrizione per l'unione civile del generale obbligo di fedeltà sessuale previsto dal diritto canonico per il matrimonio. Ove invece si verifica perfetta uguaglianza è nella volontà conservativa espressa dal legislatore nelle unioni civili come nel matrimonio. L'ultimo comma dell'articolo 122 che stabilisce l'impossibilità di esplicitare l'azione se vi sia stata coabitazione per un anno è difatti pienamente ripresa dal comma 7 l. 76.

4. La giurisprudenza e la normativa internazionale.

Nel Bel Paese una fondamentale spinta causativa all'emanazione della legge sulle Unioni civili è stata sicuramente rappresentata dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010. Sebbene difatti la sentenza del 14 aprile 2010 abbia finito per dichiarare inammissibile e infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 231 del codice civile, nella parte in cui non consentivano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, parimenti riconobbe le unioni omosessuali quali formazioni sociali nel senso indicato e tutelato dall'articolo 2 della Costituzione. Della necessità di costante aggiornamento degli istituti familiari si è lungamente fatta garante anche la giurisprudenza internazionale. Un primo necessario riferimento è alla pronuncia della Corte Suprema statunitense che, solo nel 2003, con la sentenza *Lawrence c. Texas*³³, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge texana che reprimeva penalmente le relazioni sessuali tra persone dello stesso sesso. In realtà norme gravemente discriminatorie sono state in vigore sino a pochi decenni fa nei Paesi vantanti una lunga tradizione democratica, mentre solo recentissime pronunce della Corte di Strasburgo hanno arginato il fenomeno delle persecuzioni nei paesi di tradizione dittatoriale. Si pensi alla pronuncia *X. c. Turkey* (n. 24626/2006) in cui sono stati condannati trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. Per lungo tempo gli

³³ A. LOLLINI, *Orientamento sessuale e identità di genere* (cap. 6) da *Diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2015

stereotipi sessuali sono valsi a giustificare atti persecutori e feroci discriminazioni. Un' importante limitazione all' abuso dei *mores* sessuali è promanata dalla sentenza n. 210 del 7 novembre 2013 nel caso *Villianatos ed altri contro Grecia*. La questione riguardava la legge 3719 del 2008 introducendo il patto di libera convivenza ma riservato esclusivamente alle fornate da partner di sesso diverso. La Corte condannava il paese ellenico per aver apertamente violato il principio di non discriminazione, negando riconoscimento e tutela giuridica alla relazione tra partner omosessuali, del tutto equiparabile alla coppia eterosessuale. La pronuncia si riferisce con particolare vigore alla illegittima disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale degli interessati. In questo senso tante le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa:

- nella sua Raccomandazione 924 (1981) sulla discriminazione nei confronti degli omosessuali, l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha criticato le varie forme di discriminazione nei confronti degli omosessuali;
- nella raccomandazione 1474 (2000) sulla situazione delle lesbiche e dei gay negli stati membri del Consiglio d'Europa, l'APCE ha invitato gli Stati membri, tra l'altro, a "promulgare una legge che prevedesse le unioni registrate";
- nella raccomandazione 1470 (2000) sulla questione più specifica della situazione dei gay, delle lesbiche e dei loro partner in relazione all'asilo e all'immigrazione negli Stati membri del Consiglio d'Europa, ha raccomandato al Comitato dei Ministri di invitare gli Stati membri a rivedere le loro politiche in materia di diritti sociali e tutela dei migranti in modo da assicurare che le coppie e le famiglie omosessuali siano trattate secondo le stesse regole delle coppie e delle famiglie eterosessuali;
- raccomandazione APCE 1547 (2007) del 18 aprile 2007 intitolata "Lo stato dei diritti umani e della democrazia in Europa" ha invitato tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e in particolare i rispettivi organi parlamentari, ad affrontare tutte le questioni sollevate nei rapporti e nelle opinioni alla base di tale risoluzione e in particolare, inter alia, a lottare effettivamente contro tutte le forme di discriminazione basate sul genere o sull'orientamento sessuale, a introdurre una legislazione contro la discriminazione, i diritti dell'unione e programmi di sensibilizzazione, qualora essi non siano stati adeguati;³⁴
- raccomandazione CM/Rec (2010) con la quale gli Stati membri vengono invitati, qualora la legislazione nazionale non riconosca o non conferisca diritti né obblighi alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso, a prendere in esame la possibilità di fornire a coppie dello stesso sesso, a fornire alle coppie dello stesso

³⁴ Cfr. B. DE FILIPPIS, *op. cit.*

sesso gli stessi mezzi giuridici per risolvere i problemi pratici legali alle società in cui vivono;

Nelle pronunce dei giudici di Strasburgo l'eco della necessaria tutela giuridica delle coppie omoerotiche è imperante, tanto dal far divenire indiscusso che la relazione tra partner dello stesso sesso rientri pienamente nella nozione di vita privata. Su tale substrato si fonda la sentenza *Schalk e Kopf*, nella quale i ricorrenti avevano vista riconosciuta la propria unione come nucleo familiare, rientrante pienamente nella tutela di cui all'articolo 8 della Convenzione. Nel caso suindicato, non meno di quanto avvenuto nella giurisprudenza precedente e in quella più recente, la Corte registra l'esistenza di un conflitto tra la realtà sociale della coppia omosessuale e la legislazione di gran parte dei paesi europei che non fornisce alcun riconoscimento ufficiale alle stesse sul territorio. Dell'onere statale di veder riconosciuta agli effetti di legge la relazione omoerotica, si rende garante anche la giurisprudenza statunitense. Il 26 giugno 2015³⁵, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che le coppie dello stesso sesso possono esercitare in tutti gli Stati il diritto fondamentale di sposarsi e che non esiste una base legittima perché un Stato rifiuti di riconoscere un legittimo matrimonio omosessuale celebrato in un altro Stato, in ragione del suo carattere omosessuale.³⁶ I ricorrenti avevano lamentato che i funzionari statali, rifiutandosi di provvedere alla trascrizione di matrimoni legittimamente celebrati in un altro Stato, avevano violato il quattordicesimo emendamento. La sentenza ha censurato le leggi limitative della libertà delle coppie omosessuali, ritenendo necessario consentire alle coppie di sesso uguale, l'esercizio dei medesimi diritti delle coppie di sesso opposto.

Il diniego del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali causava, così, un danno grave e continuo e l'imposizione di questa incapacità a gay e lesbiche continuava a mancare loro di rispetto e a porli in una condizione di subordinazione. La Corte suprema ha pertanto ritenuto anche che non vi fosse una base legittima perché uno Stato rifiutasse di riconoscere un legittimo matrimonio omosessuale, celebrato in altro Stato, conferendo così piena valenza al diritto fondamentale al matrimonio per le coppie omoerotiche.

³⁵ Cfr. causa *Obergefell e altri c. Hodges, Director Ohio Department of Health e altri*.

³⁶ La sentenza viene citata nella pronuncia resa dalla Corte europea il 21 luglio 2015 O. e altri c. Italia (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11)

5. Sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-673/16 Reaiu Adrian Coman e a./Inspectoratul General pentru Imigrări e a.

Il 5 giugno 2018, la Corte di giustizia dell'Unione europea decidendo del caso "Coman e altri", si è pronunciata per la prima volta in merito all'utilizzo del lemma coniuge ai sensi della direttiva 2004/38 nel contesto di un matrimonio concluso tra due uomini. Il fatto oggetto del rinvio pregiudiziale riguarda il cittadino rumeno Relu Adrian Coman e il cittadino americano Robert Clabourn Hamilton, uniti in matrimonio a Bruxelles nel 2010. Due anni dopo si sono rivolti alle autorità rumene al fine di far ottenere al signor Hamilton, parente del signor Coman, il diritto a soggiornare in Romania per un periodo superiore a tre mesi, secondo quanto previsto dalla direttiva 2004/38 CE³⁷ sulla libertà di circolazione. Ai due coniugi è stato opposto un diniego, giustificato dal fatto che la Romania non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso. E' stato allora presentato ricorso volto a far dichiarare l'esistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, abile a inibire la libera circolazione. La Corte costituzionale rumena, investita di un'eccezione di costituzionalità nell'ambito di tale controversia, si è rivolta alla Corte di giustizia per chiedere se il signor Hamilton rientrasse nella nozione di "coniuge" di un cittadino dell'Unione e potesse, quindi, beneficiare della libertà di cui alla direttiva 2004/38 CE³⁸. La Corte europea nella sentenza Coman e altri, si sofferma anzitutto sull'ambito applicativo della direttiva³⁹. Esso, *prima face*, riguarda esclusivamente la disciplina e le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione europea negli Stati membri diversi da quelli in cui egli ha la cittadinanza e non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato per i familiari di un cittadino dell'Unione. Vi sono però ipotesi in cui è possibile venga riconosciuto tale diritto a mezzo dell'articolo 21, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione

³⁷ Direttiva 2004/38 CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

³⁸ (1) la cittadinanza dell'Unione conferisce a ciascun cittadino dell'Unione il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso (2) la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali nel mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato.

³⁹ Per approfondimenti *Matrimonio gay, Corte Ue: nozione di coniuge comprende anche gli omosessuali. Corte di giustizia Unione europea, sentenza 5/06/2018 n. C-673/16*, di C. BOVINO da Altalex, 7 giugno 2018.

europea: tale disposizione conferisce direttamente ai cittadini Ue il diritto fondamentale e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; essa non prevede condizioni per il soggiorno più rigorose di quanto avvenga per la direttiva 2004/38 CE. Un fondamentale distinguo da doversi considerare rispetto, ad esempio, alla legge italiana è costituito dalla neutralità del lemma "coniuge". Un elemento che consente di individuare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale priva di indicazione di genere e dunque legittimamente l'estensione di tale diritto alla coppia omosessuale.⁴⁰ Nella sentenza europea resta chiaro che la competenza nella regolamentazione del matrimonio omosessuale resti esclusivamente in capo ai paesi membri; competenza che non può essere pregiudicata né intaccata dal diritto comunitario⁴¹. Una limitazione alla libera circolazione delle persone, nell'interpretazione prospettata dalla giurisprudenza europea, resta possibile qualora le restrizioni siano basate su considerazioni oggettive di interesse generale e siano proporzionate allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale. Nel caso Coman le presunte ragioni oggettive sono state rintracciate nell'ordine pubblico, da interpretarsi anche esso in maniera restrittiva, nel senso che la sua portata non può essere delimitata unilateralmente da ciascun Stato dell'Unione, senza il controllo delle istituzioni. L'obbligo per uno Stato membro di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato non-UE, un matrimonio omosessuale contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro: in particolare, quest'obbligo non impone allo Stato membro di prevedere, nella sua normativa nazionale, l'istituto del matrimonio omosessuale.⁴² Gli eurogiudici fondano le loro

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ Nel corso degli anni diversi Paesi si sono rivolti alla Corte di giustizia. "In particolare, il governo lettone ha sottolineato, in udienza, che, quand'anche il rifiuto di riconoscere i matrimoni omosessuali contratti in un altro Stato membro costituisca una restrizione all'articolo 21 TFUE, a suo modo di vedere questa restrizione sarebbe giustificata da motivi connessi all'ordine pubblico e all'identità nazionale, di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE. In merito a tale punto, la Corte di Giustizia ha rammentato che, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione europea rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Tuttavia, il rifiuto, da parte di uno Stato membro, di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato non-UE, il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, legalmente contratto in un altro Stato membro, deve essere considerato come idoneo ad ostacolare l'esercizio del diritto di detto cittadino di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. ", C. BOVINO, da Altalex.

⁴² *Ibidem*

conclusioni sui diritti fondamentali relativi alla costruzione della vita familiare, garantiti sia dall'articolo 7 della Carta che dall'articolo 8 della Convenzione. Il riconoscimento giuridico della vita e dello status familiare di un soggetto è cruciale per l'esistenza e il benessere della persona e per la sua dignità, in capo allo Stato sussiste allora l'onere di fornire accesso a un'unione riconosciuta per mezzo di un istituto giuridico solenne, basato su un impiego pubblico e in grado di garantire certezza giuridica. Nella pronuncia europea, tale certezza viene celebrata nel riconoscere per il partner omosessuale lo status di coniuge e con esso i benefici di cui alla direttiva 2004/38/CE.