INDICE-SOMMARIO

Pag.

DIRITTO CIVILE

Corte di Cassazione, Sez. III Civile, 9 novembre 2010, n. 1083, R.L., P.A., P.C. (Avv.ti Pedetta, Prof. Tonelli, Brozzetti, Gobbi) c. Axa Assicurazioni S.p.a (Avv. S. Zaganelli), C. B. (Avv. Spoldi) e G. (Avv.ti N. e G. Zuccaccia); Corte d'Appello di Perugia, 17 marzo 2005, n. 336, R.L., P.A., P.C. (avv.ti Pedetta, Prof. Tonelli, Brozzetti, Gobbi) c. Axa Assicurazioni S.p.a (Avv. S. Zaganelli),C. B. (Avv. Spoldi) e G. (Avv.ti N. e G. Zuccaccia) e B. (Avv. Marmottini), con nota di NICOLÒ BERTOTTO, *Note in tema di pagamento al creditore apparente*..... 1

Tribunale di Perugia, Sezione lavoro, ord. 30 dicembre 2010, M.F. (avv. ti Covi e Rinaldi) c. A. n.1 U. (avv.ti Benci e Mastrangeli), con nota di CHIARA POLENZANI, *Licenziamento del dirigente pubblico del comparto sanitario: dal d.lgs. 165/2001 al ccnl 6 maggio 2010*..... 31

Tribunale di Perugia, 1° marzo 2011, F. c. I., con nota di SILVIO CERRI, *Interruzione del termine prescrizionale e oneri comuninicativi* 43

Tribunale di Perugia, Seconda Sezione civile, Ufficio fallimentare, 7 marzo 2011, con nota di MARGHERITA SCALAMOGNA, *La mancata comparizione delle parti nel procedimento camerale*..... 68

DIRITTO PENALE

Corte di Cassazione, Sez. VI, 4 novembre 2009, O.G. e D. V., con osservazioni di MARIA CHIARA BISACCI..... 81

Corte d'Appello di Firenze, 7 marzo 2011, O. G. e D. V., con osservazioni di MARIA CHIARA BISACCI..... 99

G.U.P. Tribunale di Perugia, 22 novembre 2008, WJD e altri, con nota di ALESSANDRO G. CANNEVALE, *Misticismo e schiavitù* 105

Tribunale di Perugia, 23 aprile 2011, F. C., con nota di SIMONE SERIO *Guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e accertamento dello stato di alterazione psico-fisica* 161

G.U.P. Tribunale di Perugia, 8 ottobre 2010, F., con nota di CHIARA LAZZARI, *Non c'è il reato ambientale quando l'intervento migliora il manufatto fatiscente condonato*..... 166

G.I.P. Tribunale di Perugia, 4 novembre 2010, C., con nota di GABRIELE STAFFICCI, *In tema di eliminazione dal casellario giudiziale dell'iscrizione del decreto penale di condanna*..... 172

Pag.

Repertorio di giurisprudenza di merito in tema di D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 a cura di Alessandro Ciglioni 180

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Umbria, 9 febbraio 2010, n. 59, con nota di Pier Paolo Davalli, *Brevi cenni in tema di conferenza di servizi per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili* 219

T.A.R. Umbria, 7 maggio 2010, n. 279, con osservazioni di Annalaura Giannelli 230

DOTTRINA

Angela Maria Spalazzi Caproni, *Il Brevetto europeo*..... 245

Stefania Tuccani, *Le intercettazioni telefoniche, tra investigazioni e diritto alla riservatezza* 277

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

Fabrizio Ceppi, *Il WAQF o fondazione a scopo pio nel diritto musulmano e nelle attuali legislazioni dei paesi della sponda sud del mediterraneo* .. 325

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Valentina Colcelli, *La definizione di famiglia nel diritto al rispetto della familiare* 335

Valentina Colcelli, *Dati personali e tutela della vita privata* 341

Valentina Colcelli, *Diritto all'informazione ambientale: un diritto procedurale come diritto fondamentale*..... 347

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

AMBIENTE
– Edilizia Urbanistica - Violazione paesaggistico ambientale - Nuova opera sostitutiva di quella precedente condonata - Inesistenza del reato per esclusione dalla previsione normativa, 166.

ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI)
– Circolazione di veicoli - Responsabilità nei confronti dell'assicurato - Presupposti, 1.
– Circolazione di veicoli - Responsabilità nei confronti dell'assicurato - Accertamento, Criteri, 1.

CONFERENZA DI SERVIZI
– Onere di notifica del ricorso ad ogni amministrazione partecipante - insussistenza, 219.
– Realizzazione impianti di energia da fonti rinnovabili - impugnazione del verbale conclusivo dei lavori conferenziali - inammissibilità, 219.
– Realizzazione impianti di energia da fonti rinnovabili - procedimento di autorizzazione - Assensi espressi in materia ambientale al di fuori dal contenitore conferenziale - validità, 219.

CONTRATTI DELLA P.A.
– Ricorso incidentale paralizzante - prioritaria delibazione, 230.
– Aggiudicazione provvisoria - impugnazione - facoltà, 230.
– Offerta economicamente più vantaggiosa - anticipazione di elementi economici in sede di presentazione dell'offerta tecnica - divieto - violazione - esclusione dell'offerta, 230.

DECRETO PENALE DI CONDANNA
– Non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale - Eliminazione delle iscrizioni - Certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, 172.

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO
– Delitti contro la Pubblica Amministrazione - Differenza tra truffa aggravata e peculato, 81.

IMPUGNAZIONI
– Cassazione - Sentenza - Annullamento parziale - Effetti - Giudizio di rinvio relativo alla determinazione della pena - Sopravvenuta prescrizione del reato - Applicabilità, Esclusione, 99.

OPPOSIZIONE STATO PASSIVO FALLIMENTARE
– Mancata comparizione parti - Provvedimento di non luogo a provvedere - Revoca - Pronuncia nel merito, 68.

PAGAMENTO AL CREDITORE APPARENTE
– Circostanze univoche - Norme di diritto - Esclusione - Apparenza determinata da norme apparentemente legittime - Effetto liberatorio - Esclusione, 1.
– Apparenza determinata da norme apparentemente legittime - Effetto liberatorio - Ammissibilità, 1.

PRESCRIZIONE E DECADENZA
– Opposizione a decreto ingiuntivo - Principio di scissione soggettiva - Inapplicabilità al termine prescrizionale, 43.

RAPPORTO DI LAVORO DEL DIRIGENTE PUBBLICO
– Area dirigenza medica - Nullità recesso - Tutela reale - Applicabilità, 31.

REATI IN MATERIA DI CIRCOLAZIONE STRADALE
– Guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti - Alterazione da stupefacenti - Accertamento - Modalità - Esame tecnico - Necessità - Conseguenze - Sentenza di non doversi procedere *ex* art. 129 c.p.p. - Revoca del sequestro preventivo, 161.
.

REATO
– Reato di riduzione e mantenimento in schiavitù - Assoggettamento della vittima, Consenso della persona offesa alla propria condizione - Volontario assoggettamento - Volontaria donazione dei propri beni alla comunità religiosa - Insussistenza, 105.

* * *

Dopo undici lustri di «onorato servizio» nella forma tradizionale, anche per la nostra Rivista è giunto il tempo di affrontare l'«*alto mare aperto*» dell'edizione *on line,* che prende avvio con il numero unico dell'anno 2010 e con la costituzione di relativa banca dati, accessibile attraverso il sito della Fondazione Forense.

È un passo, questo, necessario per continuare ad assicurare non solo la diffusione ma, prima ancora, la sopravvivenza stessa, culturale e scientifica, della *"Rassegna"* nell'epoca di internet e delle nuove vie della conoscenza.

Certamente per merito di quelli che ci hanno preceduto nel dedicarle il loro tempo e la loro intelligenza, la Rivista ha acquisito sin dall'inizio indubbia credibilità e robustezza rivelandosi, nel contempo, in linea con i propositi dei fondatori, uno strumento di notevole utilità per la diffusione degli orientamenti della giurisprudenza dei nostri Fori e dei dibattiti da essa suscitati nonché palestra di apporti dottrinali e di riflessione, in una virtuosa osmosi che ha favorito la costante crescita professionale, con riferimento sia ai «casi» e alle questioni trattati sia ai tempi.

È, quindi, per rispondere a (e non tradire) queste esigenze di lungo corso, che si è resa necessaria e non più rinviabile l'edizione "tecnologica" (e l'annessa banca dati), senza peraltro trascurare le specifiche richieste di chi intendesse avvalersi ancora dello strumento cartaceo, che saranno regolarmente soddisfatte. Il nostro impegno dunque dovrà essere, e sarà, quello di garantire anche nella nuova veste, senza alcuna cesura, il più alto livello qualitativo, rendendo, nel contempo, il più agevole possibile la lettura e l'utilizzazione dei testi giurisprudenziali e dottrinali pubblicati (la banca dati ricomprende infatti anche le ultime annualità).

Essenziali saranno, sempre, il qualificato contributo dei magistrati, degli avvocati, dell'Università e quello, auspicabile, di altri professionisti che si trovino ad affrontare questioni rilevanti anche per il giurista, insieme alla preziosa collaborazione dei giovani studiosi, ai quali compete, nel rispetto della consolidata identità di questo nostro peculiare patrimonio culturale, di supportare e vivificare le innovazioni indispensabili per mantenere inalterati il prestigio e la consueta crescita della *"Rassegna"*, pure nella fase che ci apprestiamo ad affrontare.

Nella consapevolezza dello sforzo di adeguamento, anche mentale, che siamo chiamati (e sono chiamato, come nuovo Direttore) a compiere, ma anche nella certezza di fare affidamento sul concorso di forti energie intellettuali e morali, rivolgo a tutti i collaboratori (e a me stesso) l'augurio di un proficuo lavoro e invoco fin da ora la benevolenza dei lettori per le eventuali imperfezioni (non solo tecnologiche) che, nonostante tutto, si verificassero.

Luciano Brozzetti

DIRITTO CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III Civile, 9 novembre 2010 – 18 gennaio 2011, n. 1083 – *Pres.* Trifone – *Rel.* Amatucci – R.L., P.A., P.C. (avv. ti Pedetta, Prof. Tonelli, Brozzetti, Gobbi) c. Axa Assicurazioni S.p.a (avv. S. Zaganelli), c. B. (avv. Spoldi) e G. (avv.ti N e G. Zuccaccia). *Riforma Corte d'Appello di Perugia, 17 marzo 2005, n. 336.*

Assicurazione (contratto di) – Circolazione di veicoli – Responsabilità nei confronti dell'assicurato – Presupposti.

Assicurazione (contratto di) – Circolazione di veicoli – Responsabilità nei confronti dell'assicurato – Accertamento – Criteri.

Pagamento al creditore apparente – Circostanze univoche – Norme di diritto – Esclusione – Apparenza determinata da norme apparentemente legittime – Effetto liberatorio – Esclusione (art. 1189 c.c.).

Al di fuori dei casi di responsabilità dell'assicurato che abbia omesso di fornire all'assicuratore tutte le informazioni di cui disponga ed utili all'apprezzamento del fatto, va posto a carico dell'assicuratore il rischio della sopravvenuta incapienza del massimale per omesso risarcimento del danno entro 60 giorni dalla richiesta del danneggiato. In tale caso l'assicuratore è quindi tenuto a tenere indenne l'assicurato, nell'ambito del rapporto assicurativo, di tutto quanto questi debba direttamente corrispondere al danneggiato in eccedenza rispetto al massimale tardivamente versato (1).

Il termine di adempimento di 60 giorni che la legge accorda all'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli per adempiere la propria obbligazione risarcitoria nei confronti del terzo danneggiato rileva anche nei rapporti tra assicuratore ed assicurato, in quanto la colposa violazione di quel termine fa sorgere in capo all'assicuratore una responsabilità per mala gestio *nei confronti dell'assicurato, se a causa del ritardo il risarcimento, capiente all'epoca del sinistro, sia divenuto incapiente; ricorrendo tale ipotesi l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato per l'intero risarcimento cui questi sia tenuto verso il danneggiato* (2).

Il riferimento del primo comma dell'art. 1189 c.c. alle "circostanze univoche" che ingenerano una situazione di apparenza non può essere estesa alle norme di diritto dalla quale dipenda la qualificazione di un soggetto come creditore, giacché tanto interferirebbe, frustrandole, con le regole che disciplinano gli effetti degli atti normativi, la cui puntuale applicazione costituisce un principio cardine dell'ordinamento (3).

II

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 17 marzo 2005, n. 336 – *Pres*. MATTEINI CHIARI – *Est*. ZANETTI – R.L., P. A., P. C. (avv.ti Pedetta, Prof. Tonelli, Brozzetti) c. Axa Assicurazioni S.p.a (avv. S. Zaganelli), G. (avv. G. Zuccaccia) e B. (avv. Marmottini).
Riforma parz. Trib. Perugia, 15 giugno 2001.

Pagamento al creditore apparente – Apparenza determinata da norme apparentemente legittime – Effetto liberatorio – Ammissibilità (art. 1189 c.c.).

Il pagamento effettuato dal debitore (nella fattispecie, l'assicuratore del danneggiante) in favore di un soggetto ritenuto apparentemente legittimato a riceverlo (nella fattispecie, l'ente gestore dell'assicurazione sociale del danneggiato, surrogatasi nel pagamento in pregiudizio di quest'ultimo), sulla base di una norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima (nella fattispecie, l'art. 28, commi 2, 3, e 4, della Legge 990/1969), libera il solvens*, dovendo trovare applicazione l'istituto del pagamento al creditore apparente di cui all'art. 1189 c.c., dacché la non corrispondenza tra realtà e apparenza è stata svelata solo con l'intervento della Consulta, successivo al pagamento, che ha decretato l'illegittimità costituzionale della norma* (4).

I

(*Omissis*). Il trentacinquenne P.M. morì per le lesioni riportate nello scontro tra il motociclo sul quale viaggiava ed un autocarro che, nell'immettersi nella strada regolarmente percorsa dal P., aveva invaso la corsia opposta.

Con sentenza del 23.3.1983 il tribunale penale di Perugia condannò il conducente dell'autocarro B.A. alla pena di giustizia e, ritenutolo esclusivamente responsabile dell'incidente, lo condannò altresì, unitamente al responsabile civile G.C. A., qualificato proprietario del mezzo, al risarcimento dei danni da liquidarsi in separata sede in favore dei congiunti, costituitisi parte civile. Riconobbe a favore della moglie del

defunto, R.L., e dei figli, P.A. e C., una provvisionale di L. 25.000.000, versata dalla società assicuratrice del mezzo (Alleanza Securitas Esperia, poi Allsecures, in seguito Axa) il 18.8.1983 (o il 23.9.1983 secondo altra indicazione della sentenza impugnata). La sentenza fu confermata dalla corte d'appello il 29.3.1985. Il giudicato si formò il 18.12.1985 a seguito della declaratoria di inammissibilità del proposto ricorso per cassazione.

Nelle more, l'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato (in seguito FF.SS.) di cui il P. era dipendente, costituì a favore dei predetti congiunti una rendita vitalizia del valore di L. 93.597.750 alla data dell'1.1.1982 e ne richiese il pagamento ad Axa in via surrogatoria. L'Axa versò alle FF.SS. L. 80.000.000 il 26.1.1984 e L. 44.925.840 il 26.7.1985, così esaurendo il massimale di polizza di L. 150.000.000.

2. Il 22.6.1988 la R. ed i figli P. agirono giudizialmente innanzi al tribunale di Perugia nei confronti del B., del G. e dell'Axa adducendo l'insufficienza delle somme già percepite a titolo di risarcimento del danno e richiedendone la differenza.

Contumace il B., resistettero il G. e l'Axa:

- il G. rappresentando che le FF.SS. avevano già giudizialmente domandato la condanna di tutti e tre i convenuti al pagamento della somma di L. 173.479.285, quale importo capitalizzato della rendita costituita in favore dei danneggiati, in surrogazione dei quali avevano agito; e chiedendo inoltre che Axa, della quale addusse la *mala gestio*, fosse condannata a tenerlo indenne anche oltre i limiti del massimale;

- l'Axa adducendo che gli importi richiesti dagli attori erano eccessivi e negando la *mala gestio* per aver tempestivamente pagato.

Con sentenza del 26.7.2001 il tribunale condannò il B. ed il G. al pagamento di L. 28.226.808 a titolo di risarcimento del danno morale, oltre alla rivalutazione ed agli interessi compensativi. Ritenne che il danno patrimoniale fosse pari a quanto già erogato dalle FF.SS., che l'Axa aveva versato l'intero massimale e che dovesse escludersene la responsabilità per *mala gestio*.

3. La sentenza fu appellata autonomamente dagli attori e dal G. e, in via incidentale, dal B., che chiese il rigetto della domanda e di essere tenuto comunque indenne dall'Axa della somma di Euro 52.000 versata intanto agli attori.

Axa resistette.

Con sentenza n. 336 del 2005 la corte d'appello di Perugia ha confermato la sentenza di primo grado, solo riducendo il residuo credito degli attori per danno morale da L. 28.226.808 a L. 21.608.753 (pari ad Euro 11.159,99), affermando che anche Axa era tenuta alla rivalutazione ed agli interessi sulla somma di L. 25.000.000 e dichiarando cessata la materia del contendere tra gli attori stessi ed il B.

4. Avverso la sentenza ricorrono per cassazione la R. ed i P. sulla base di tre motivi e, con autonomo ricorso, B. A., che si affida a due motivi.

Al ricorso R. / P. resistono con distinti controricorsi l'Axa ed il G., che propone anche ricorso incidentale fondato su tre motivi, al quale resistono con controricorsi i ricorrenti principali ed Axa.

Al ricorso del B. resistono con controricorsi l'Axa ed il G., che propone ricorso incidentale fondato su tre motivi, al quale resiste con controricorso l'Axa.

I R. - P., il G. ed il B. hanno depositato memorie illustrative.

Motivi della decisione

I ricorsi vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

IL RICORSO R. - P. (R.G.N. 20196/06).

1. Col primo motivo, deducendo violazione di norme di diritto e vizi della motivazione in riferimento all'art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5, i ricorrenti si dolgono che la corte d'appello abbia ritenuto che gli attori avessero formulato una domanda nuova, come tale inammissibile, col richiedere all'udienza di precisazione delle conclusioni del 16.6.1998 la somma di L. 402.206.000 (previa detrazione dell'importo di L. 25.000.000) per danno morale, invece originariamente indicato in L. 40.000.000, tra l'altro senza alcuna riserva di stile in ordine alla maggior somma che fosse per essere eventualmente risultata di giustizia.

Affermano che la diversa quantificazione della pretesa integra una mera *emendatio* e non una *mutatio libelli* e citano a sostegno dell'assunto Cass., nn. 4828/06, 1224/06, 26079/05 e 20683/05.

1.1. La censura è fondata.

Costituisce principio consolidato quello secondo il quale la diversa quantificazione o specificazione della pretesa, fermi i suoi fatti costitutivi, non comporta prospettazione di una nuova *causa petendi* in aggiunta a quella dedotta in primo grado e, pertanto, non dà luogo ad una domanda nuova. In tal senso si sono espresse, oltre alle sopraindicate sentenze citate dai ricorrenti, tra le altre, Cass. nn. 9266/10, 17977/07, 14961/06, 6338/00, 7275/97, 2693/91, 1743/90. La seconda, pronunciata in materia di responsabilità extracontrattuale in fattispecie nella quale era stato chiesto in citazione il risarcimento del danno morale per la perdita di un congiunto per un importo determinato, poi maggiorato all'udienza di precisazione delle conclusioni, ha in particolare affermato - con enunciazione che va anche in quest'occasione ribadita - che le variazioni puramente quantitative del *petitum* sono consentite in quanto, se non alterano i termini sostanziali della controversia e non introducono nuovi temi di indagine, non comportano alcuna violazione del principio del contraddittorio né menomazione del diritto di difesa dell'altra parte.

Una volta escluso che l'incremento della somma richiesta (c.d. *petitum* mediato) integri una *mutatio libelli*, è del tutto irrilevante operare

un raffronto - com'ha fatto la corte d'appello - tra quanto era stato originariamente domandato al momento dell'atto di citazione e l'equivalente monetario alla data della precisazione delle conclusioni. Non questo è l'elemento determinante; ciò che conta è che, domandando una somma maggiore, non si introducano nuovi temi di indagine, tali da menomare il diritto della difesa dell'altra parte. E tanto va senz'altro escluso se, per esempio, l'incremento nominalistico della pretesa creditoria per il risarcimento del danno non patrimoniale sia, in sede di precisazione delle conclusioni, collegato a nuove tabelle intanto elaborate. La natura della tabella, che in non altro consiste che in un parametro di riferimento per la liquidazione equitativa del danno *ex* art. 1226 c.c., non integra un fatto nuovo per gli effetti che si stanno considerando, ma piuttosto un dato che si iscrive tra quelli di comune esperienza, dunque una regola di giudizio alla quale il giudice potrebbe (o dovrebbe) fare comunque ricorso indipendentemente dalla sollecitazione della parte.

La sentenza va dunque cassata non solo in riferimento alla operata diminuzione della somma liquidata a titolo di "danno morale" rispetto a quella riconosciuta dal tribunale in relazione ad operati raffronti comparativi con l'originaria espressione monetaria della voce di danno da parte degli attori, ma anche per aver ritenuto di non poter liquidare una somma maggiore, nei limiti del valore quale espresso in termini monetari alla data di precisazione delle conclusioni. Valore che – è il caso di chiarire in relazione alla natura dell'obbligazione risarcitoria – è suscettibile di essere a sua volta quantificato in una somma ancora maggiore alla data della sentenza, purché non eccedente il valore corrispondente alla somma richiesta in sede di precisazione delle conclusioni. In termini ancora più chiari: nei debiti di valore il giudice deve tener conto anche della svalutazione monetaria che intervenga tra la data di precisazione delle conclusioni e quella della pronuncia.

2. Col secondo motivo la sentenza è censurata per violazione di norme di diritto e vizi della motivazione in relazione alla errata conclusione che la corte d'appello aveva tratto dalla corretta premessa che, dopo le note sentenze della Corte costituzionale nn. 319/89, 356/91 e 485/91 in materia di azione surrogatoria da parte degli enti gestori delle assicurazioni sociali e l'estensione al danno morale operatane dalla giurisprudenza di legittimità, il risarcimento del danno (all'infortunato o ai suoi congiunti) da parte degli enti citati non priva più i danneggiati del diritto di chiedere all'assicuratore del danneggiante per la responsabilità civile il risarcimento dei danni che non costituiscono oggetto delle assicurazioni sociali, e dunque di quello biologico e morale (n.d.e.: ora, a seguito delle coeve decisioni delle sezioni unite nn. 26972 e ss. dell'11.11.2008, non patrimoniale *tout court*).

La corte, infatti, dopo aver riconosciuto che, essendo il diritto anco-

ra controverso, quelle sentenze erano applicabili nella specie e che, di conseguenza, i danneggiati avevano titolo per chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale alla società assicuratrice nonostante la surrogazione operata dalle FF.SS. ed i conseguenti pagamenti effettuati dall'Axa al surrogante (e, in minima parte, alla Regione per spese ospedaliere), aveva erroneamente ritenuto di poter considerare quei versamenti liberatori per l'Axa ex art. 1189 c.c., per avere la stessa pagato al creditore apparente, quale sembravano essere le FF.SS, "*essendo stata svelata - per così dire - la non corrispondenza tra realtà ed apparenza soltanto dalle successive sentenze della Corte costituzionale*".

2.1. Anche questo motivo è fondato.

Correttamente i ricorrenti mettono in luce come la corte d'appello abbia finito per vanificare il portato precettivo delle sentenze della Consulta, realizzando proprio quella situazione pregiudizievole per i danneggiati che le Corti costituzionale e di cassazione hanno bollato come contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento. La prima, chiarendolo ancora con sentenza n. 37/94, la seconda con sentenze nn. 605/98 e 14638/00.

La questione è stata risolta, in caso sostanzialmente identico, dalla prima delle due sentenze citate dal ricorrente (cui *adde*, oltre a Cass. 14638/00, anche Cass. nn. 15431/04 e 14601/05), dalla quale è stato tratto il principio così sintetizzato nella relativa massima ufficiale tratta dalla pronuncia, che va anche in quest'occasione ribadito: "La sentenza della Corte costituzionale 6 giugno 1989, n. 319 che ha dichiarato l'illegittimità della L. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 28, commi 2, 3 e 4, nella parte in cui non esclude che gli enti gestori delle assicurazioni sociali, sostituendosi nel diritto del danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile, possano esercitare l'azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell'assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti, ha fatto perdere efficacia alle norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, mentre non spiega effetto rispetto ai rapporti esauriti.

La circostanza che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, l'Inail abbia dichiarato all'assicuratore di volersi surrogare nei diritti del danneggiato e suo assistito, di per sé, non è un fatto giuridico capace di rilevare come causa di esaurimento del rapporto e, quindi, come limite agli effetti della sentenza della Corte costituzionale. Infatti sino a quando il diritto del danneggiato verso l'assicuratore non è prescritto o in ordine ad esso non si sia formato un giudicato negativo, il giudice richiesto di pronunziare sull'esistenza del diritto non può attribuire effetto estintivo di tale diritto alla surrogazione esercitata dall'Inail perché ciò significherebbe applicare la norma dichiarata costituzionalmente illegittima".

In motivazione (*sub* 2.3.) la citata sentenza chiarisce anche che "il pagamento produce effetti in quanto è fatto al creditore, o a persona per lui legittimata riceverlo o a persona succedutagli nella titolarità del credito. Se il pagamento non è fatto al creditore, ma a persona che, secondo una norma di apparente legittimità, versa in una situazione che ne ha determinato la successione a lui nella titolarità del credito, l'effetto estintivo del credito cessa con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che dava rilievo a quella situazione. Il creditore che non ha ricevuto la prestazione ha diritto di pretenderla e il debitore che ha pagato ha diritto di ripetere da chi lo ha ricevuto il pagamento divenuto indebito".

Il che risolve anche il problema relativo alla identificazione del soggetto abilitato alla ripetizione dell'indebito, che potrà essere domandata dalla società assicuratrice per la responsabilità civile all'ente surrogatosi nei diritti del danneggiato.

Va piuttosto dato conto dell'ulteriore affermazione della sentenza n. 605/98, laddove così prosegue: "Ciò sempre che il debitore non intenda sostenere che egli ha pagato a creditore apparente, che il proprio debito è rimasto estinto e spetta al creditore ripetere da chi lo ha ricevuto il pagamento da lui fatto (art. 1189 cod. civ.).

La ricorrente non ha però sostenuto – nel giudizio di merito né perciò nel ricorso – che, quando essa ha eseguito il pagamento all'Inail, in ragione del fatto dell'esistenza della norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima, da un lato l'Inail appariva legittimato in base a circostanze univoche a ricevere il pagamento dall'altro essa lo aveva eseguito in buona fede".

L'affermazione, che peraltro costituisce un *obiter dictum*, non è suscettibile di essere interpretata nel senso che il problema, se si fosse posto, si sarebbe potuto risolvere nel senso della liberazione della società assicuratrice per aver pagato, in buona fede, a chi appariva legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche *ex* art. 1189 c.c., comma 1, con l'ulteriore conseguenza che in ripetizione dovrebbe allora agire, ai sensi del secondo comma, il vero creditore (nella specie i congiunti danneggiati) nei confronti di chi ha ricevuto il pagamento (nella specie le surrogatesi FF.SS.).

La ragione ne è che il riferimento del primo comma alle "*circostanze univoche*" che ingenerano una situazione di apparenza non può essere esteso alle norme di diritto dalle quali dipenda la qualificazione di un soggetto come creditore, giacché tanto interferirebbe, frustrandole, con le regole che disciplinano gli effetti degli atti normativi, la cui puntuale applicazione costituisce un principio cardine dell'ordinamento.

3. Col terzo motivo sono dedotti violazione di legge e vizi della motivazione in riferimento alla avvenuta esclusione della sussistenza di un danno patrimoniale superiore alla capitalizzazione della rendita vitalizia liquidata dalle FF.SS.

Si sostiene l'erroneità storica e l'apoditticità razionale dell'affermazione della corte d'appello secondo la quale "*la natura di azienda autonoma dello Stato, propria all'epoca delle Ferrovie, induce a ritenere, in mancanza di elementi obiettivamente apprezzabili di segno contrario, che la costituzione della rendita sia avvenuta in conformità alla normativa in materia*".

3.1. Si tratta di un apprezzamento di fatto, la cui prospettata erroneità non è sindacabile in questa sede in relazione all'adeguatezza della motivazione che lo sorregge, contrassegnata dall'ulteriore osservazione fu della corte d'appello che né in primo grado né in sede di appello erano stati offerti elementi di prova di un maggior danno (così la sentenza impugnata a pag. 21, secondo capoverso).

Il motivo è respinto.

IL RICORSO INCIDENTALE G. (R.G. 25879/06).

4. Va preliminarmente rilevato che l'eccezione di inammissibilità del ricorso del G., per tardività, sollevata da Axa è infondata alla luce delle assorbenti enunciazioni di Cass., sezioni unite, 27.11.2007, n. 24762.

È stato affermato che sulla base del principio dell'interesse all'impugnazione, l'impugnazione incidentale tardiva è sempre ammissibile, a tutela della reale utilità della parte, tutte le volte che l'impugnazione principale metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza alla quale il coobbligato solidale aveva prestato acquiescenza; conseguentemente, è ammissibile, sia quando rivesta la forma della controimpugnazione rivolta contro il ricorrente principale, sia quando rivesta le forme della impugnazione adesiva rivolta contro la parte investita dell'impugnazione principale, anche se fondata sugli stessi motivi fatti valere dal ricorrente principale, atteso che, anche nelle cause scindibili, il suddetto interesse sorge dall'impugnazione principale, la quale, se accolta, comporterebbe una modifica dell'assetto delle situazioni giuridiche originariamente accettate dal coobbligato solidale.

L'unico termine da rispettare è quello di cui all'art. 371 c.p.c.. E non si afferma che sia stato violato.

5. Col primo motivo il ricorrente si duole deducendo violazione di legge in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4 - che la corte d'appello lo abbia ritenuto comproprietario dell'autocarro alla data (23.7.1981) dell'incidente mortale provocato dal suo conducente benchè l'automezzo fosse ricompreso nel ramo d'azienda conferito il 27.11.1980 nella società a responsabilità limitata Dinamica Umbra.

5.1. Il motivo è infondato in relazione al giudicato formatosi il 18.12.1985 sulla sentenza (penale) di condanna generica anche del G. al risarcimento, in qualità di responsabile civile.

L'erroneo riferimento contenuto in sentenza alle norme del codice di procedura penale entrato in vigore successivamente alla data sopra

indicata non infirmano la correttezza della decisione anche alla stregua delle norme previgenti (art. 27 c.p.p. del 1930), sicché va solo corretta la motivazione sul punto.

6. Col secondo motivo la sentenza è censurata per violazione di norme di diritto e per vizio della motivazione nella parte in cui ha escluso che fosse "ravvisabile la mala gestio prospettata dal G., considerato che la compagnia, a fronte della dichiarazione di surroga delle Ferrovie dello Stato, non avrebbe potuto effettuare altri versamenti a favore di danneggiati" (così la sentenza impugnata, a pagina 24).

Il ricorrente G. sostiene che tale motivazione è erronea in diritto in quanto la dichiarazione di surrogazione delle FF.SS. non impediva all'assicuratrice Axa di considerare le ulteriori pretese dei danneggiati e si duole della apoditticità della risposta data ai motivi di appello con i quali egli aveva censurato la sentenza di primo grado laddove il tribunale aveva conferito rilievo, per escludere la responsabilità dell'assicuratore per *mala gestio*, al fatto che "la penale responsabilità del B. era stata definitivamente acclarata solo il 29.3.1985 e che la compagnia, almeno sino al 18.10.1983, non poteva valutare il danno nel suo complesso a causa della mancata precisazione dell'ammontare della rivalsa da parte delle FF.SS.".

Senonché – si afferma in ricorso – la Corte di legittimità ha chiarito che una responsabilità contrattuale per inadempimento dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato è configurabile anche indipendentemente dalla definizione del giudizio penale che abbia coinvolto il danneggiante assicurato (Cass. 5531/97), essendo dovere dell'assicuratore attivarsi entro 60 giorni per acquisire i dati dai quali desumere la responsabilità dell'assicurato e la congruità delle pretese del danneggiato, per soddisfarne senza ritardi il diritto al risarcimento. Nella specie, la responsabilità del B. risultava evidente dal rapporto e dalla sentenza di primo grado (impugnata solo in punto di attenuanti generiche) e le FF.SS. avevano sin dall'8.9.1982 (documento 8 del fascicolo di parte) invitato l'assicuratore a versare L. 103.072.125 a tacitazione di ogni loro pretesa; sicché, se la compagnia assicuratrice avesse concluso una transazione che senz'altro presentava i caratteri della ragionevolezza, avrebbe avuto a disposizione ulteriori L. 47.000.000 rispetto al massimale, sufficienti a soddisfare allora le pretese dei danneggiati, e non avrebbe esposto l'assicurato G. al rischio di dover affrontare in proprio le conseguenze economiche del dilatorio comportamento dell'assicuratore per il danno eccedente il massimale (Cass., n. 2276/05).

Del resto, il colpevole ritardo della compagnia era stato ravvisato dalla corte d'appello in ordine al pagamento della provvisionale proprio in ragione della evidenza della responsabilità del B., quale chiaramente risultava sin dall'inizio della vicenda.

6.1. Obietta tra l'altro Axa che, anche a voler ammettere che l'impugnazione del B. avverso la sentenza penale di primo grado riguardasse solo le attenuanti, rimaneva pur sempre operante la diffida delle FF.SS. che aveva esercitato la surroga *ex* art. 1916 c.c., ponendo così un ostacolo insormontabile alla definizione delle pretese risarcitorie degli eredi P.. Un accordo transattivo coi P. – afferma – sarebbe stato inopponibile alle FF.SS., con conseguente obbligo dell'Axa di pagare alle Ferrovie quanto le stesse avevano anticipato ai P.

6.2. Il motivo è fondato.

Secondo la L. n. 990 del 1969, art. 28 (applicabile *ratione temporis*), il rapporto assicurativo tra danneggiato e assicuratore della responsabilità civile ed il rapporto previdenziale tra danneggiato ed ente di assicurazione sociale si coordinano attraverso lo schema della surrogazione legale (art. 1203 cod. civ., n. 5) e nel concorso dei seguenti atti;

- nel rapporto assicurativo, l'assicuratore deve chiedere al danneggiato se ha diritto a prestazioni in quello previdenziale. Se il danneggiato risponde affermativamente, l'assicuratore accantona la somma prevedibilmente corrispondente alla prestazione spettante al danneggiato-assistito nel rapporto previdenziale e chiede all'ente se vuole valersi del diritto di surrogarsi al danneggiato. L'ente deve rendere dichiarazione positiva nei successivi 45 giorni;

- nel rapporto previdenziale, l'ente corrisponde la prestazione ed ha diritto di surrogarsi nei limiti della prestazione corrisposta: in questi limiti, con il pagamento nel rapporto previdenziale, l'ente è surrogato in quello assicurativo al danneggiato; l'assicuratore della responsabilità civile può e deve solo pagare all'ente la somma che questo dichiara d'aver prestato nel rapporto previdenziale.

Al complesso di atti appena descritto la L. n. 990 del 1969, art. 28, ricollega l'effetto di estinguere, nel rapporto assicurativo, il diritto del danneggiato verso l'assicuratore, nei limiti della somma che lo stesso danneggiato ha già percepito dall'ente nel rapporto previdenziale.

Non è dunque corretta in diritto l'affermazione della corte d'appello che l'assicuratore, "a fronte della dichiarazione di surroga delle Ferrovie dello Stato, non avrebbe potuto effettuare altri versamenti a favore di danneggiati". Il versamento sarebbe stato invece possibile per la parte eccedente la richiesta delle FF.SS., segnatamente alla luce del rilievo che la costituzione della rendita da parte delle Ferrovie afferiva esclusivamente al danno patrimoniale e che queste, nel 1982, avevano richiesto ad Axa un versamento di circa L. 102 milioni a tacitazione delle proprie pretese in via surrogatoria, sicché sarebbero risultati ulteriori L. 43 milioni immediatamente disponibili rispetto al massimale di L. 150 milioni.

Non è stato dalla corte d'appello apprezzato – ed in tal senso la

motivazione della sentenza impugnata è certamente carente (anche) alla stregua del (finora) consolidato orientamento sul punto – se, già a quella data, o quantomeno a quella successiva del 23.3.1983, non sussistessero i presupposti per una completa valutazione da parte di Axa della responsabilità esclusiva del B. e del danno subito dai superstiti, e per la conseguente soddisfazione delle aspettative risarcitorie dei danneggiati.

È stato, infatti, più volte chiarito che se il massimale era capiente all'epoca del sinistro ma è divenuto insufficiente a coprire l'intero danno per effetto della svalutazione intanto intervenuta durante la mora dell'assicuratore, questi dovrà tenere indenne l'assicurato in misura pari all'intero danno subito dal danneggiato, quale che ne sia l'ammontare, configurandosi come *mala gestio* in senso proprio, nei confronti dell'assicurato, il colpevole ritardo col quale l'assicuratore abbia soddisfatto il credito del danneggiato. Nell'ambito del rapporto assicurativo, tale colpevole ritardo da parte dell'assicuratore – superato il più risalente orientamento secondo il quale esso era configurabile solo una volta che fosse stata giudizialmente o negozialmente accertata la responsabilità dell'assicurato, nonché quantificato l'ammontare delle somme dovute al terzo danneggiato (Cass., nn. 4240/96, 7330/95, 3503/91, 1193/89, 4518/85, 1440/80) – è allo stato fatto coincidere col momento nel quale la società assicuratrice sia stata posta in grado di valutare, usando l'ordinaria diligenza, la fondatezza della richiesta risarcitoria del danneggiato ed abbia tuttavia omesso, in violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'adempimento del contratto di assicurazione verso l'assicurato, di mettere a disposizione il massimale o la parte di esso sufficiente a risarcire il danno, o di concludere favorevoli accordi transattivi con il danneggiato (cfr., *ex multis*, Cass., nn. 6461/96, 4867/98, 10696/99, 7557/01, 1885/02, 2195/04, 11597/04, 24747/07).

Già alla stregua di tale consolidato indirizzo, come s'è appena osservato, la sentenza è censurabile per non avere accertato se Axa non fosse stata posta in grado di apprezzare la fondatezza delle pretese risarcitorie dei danneggiati quando ancora il massimale sarebbe stato sufficiente a risarcirli; in tale ottica, la corte territoriale avrebbe anche dovuto considerare che, quando l'inadempimento dell'assicuratore sia addotto dall'assicurato e consista nel ritardo col quale questi abbia risarcito il danneggiato, la prova della non imputabilità del ritardo grava (*ex* art. 1218 c.c.) sull'assicuratore, tenuto a dimostrare la propria correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) nell'esecuzione del contratto di assicurazione.

6.3. Ma il collegio ritiene di dover fare talune considerazioni ulteriori, volte ad elidere la possibile discrasia fra il momento, certo, nel quale la mora sussiste nei confronti del danneggiato (60 giorni dopo la richiesta risarcitoria avanzata nelle forme previste dalla legge) nel rapporto

indennitario e quello – che sulla base dell'attuale orientamento è del tutto incerto in relazione al variegato atteggiarsi dei singoli casi – nel quale un colpevole ritardo dell'assicuratore è ravvisabile nei confronti dell'assicurato nell'ambito del rapporto assicurativo.

Il fatto stesso che, nel rapporto indennitario, la legge conceda 60 giorni all'assicuratore per determinarsi in ordine al risarcimento da corrispondere al danneggiato è sintomatico della tipizzazione del tempo considerato necessario perché siano compiuti gli accertamenti del caso; o, comunque, del lasso temporale al di là del quale le conseguenze negative dell'omesso risarcimento vengono poste a carico dell'assicuratore.

Ora, se la cautela con la quale l'assicuratore gestisca la pratica evitando di erogare somme che in ipotesi possano poi risultare non dovute ai danneggiati, trova la sua ovvia spiegazione nel timore di non riuscire poi a recuperarle, tanto non può ridondare a carico del responsabile/assicurato che venga assumendo un'esposizione diretta progressivamente più grave man mano che, per il decorrere del tempo senza che i danneggiati siano stati risarciti, il massimale di polizza (o di legge) vada perdendo la sua capacità satisfattiva delle pretese di chi ha diritto al risarcimento. Si creerebbe altrimenti, segnatamente nei casi di eventi molto gravi che abbiano causato danni di entità prossima al massimale, un possibile incentivo/economico per l'assicuratore a ritardare il risarcimento, alimentato dalla consapevolezza del limite della propria responsabilità entro il massimale e di quella esclusiva dell'assicurato per l'eccedenza.

L'assicurato si determina d'altronde al contratto (al di là dell'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa nei limiti del massimale di legge) allo specifico scopo di trasferire sull'assicuratore il rischio delle conseguenze patrimoniali del fatto produttivo di danno di cui debba rispondere; mentre l'eventualità che la menzionata cautela dell'assicuratore mira ad evitare costituisce, in realtà, un rischio d'impresa, compensato dal premio che l'assicurato paga senza alcuna possibilità di incidere sulle scelte dell'assicuratore al quale abbia correttamente fornito i necessari elementi valutativi sulle modalità e sulle conseguenze del sinistro.

Va conseguentemente enunciato il seguente principio di diritto: "al di fuori dei casi di responsabilità dell'assicurato che abbia omesso di fornire all'assicuratore tutte le informazioni di cui disponga ed utili all'apprezzamento del fatto, va posto a carico dell'assicuratore il rischio della sopravvenuta incapienza del massimale per omesso risarcimento del danno entro 60 giorni dalla richiesta del danneggiato. In tale caso l'assicuratore è quindi tenuto a tenere indenne l'assicurato, nell'ambito del rapporto assicurativo, di tutto quanto questi debba direttamente corrispondere al danneggiato in eccedenza rispetto al massimale tardivamente versato".

7. Col terzo motivo il ricorrente incidentale G. – deducendo violazione di norme di diritto e vizio della motivazione – svolge censure analoghe a quelle formulate col secondo motivo del ricorso principale R. – P. e si duole inoltre che la corte d'appello abbia escluso il vincolo di solidarietà dell'assicuratore con gli altri responsabili (B. e G.) in ordine a quanto dovuto ai danneggiati, oltre i limiti del massimale per interessi e rivalutazione, sull'ammontare dell'intero danno e non già soltanto sul minor importo di L. 25.000.000.

7.1. Il primo profilo della censura è fondato per le stesse ragioni esposte sopra sub 2.1.

Il secondo lo è alla luce del consolidato principio secondo il quale il ritardo dell'assicuratore nei confronti del danneggiato comporta, in caso di incapienza originaria o sopravvenuta del massimale, che dalla data di costituzione in mora o da quella in cui il massimale sia diventato insufficiente siano comunque dovuti al danneggiato interessi e maggior danno da svalutazione (ex art. 1224 c.c., commi 1 e 2) sulla somma costituente il limite dell'obbligazione (di valuta) dell'assicuratore nei suoi confronti.

IL RICORSO B. (R.G.N. 25644.06)

8. In relazione all'eccezione di inammissibilità di Axa, va ribadito che il ricorso è ammissibile per le stesse ragioni sopra indicate sub 4.

9. Col primo motivo la sentenza è censurata per le stesse ragioni di cui sopra, sub 2.1. ed è per le medesime ragioni fondato.

Resta impregiudicata nel giudizio di rinvio la subordinata domanda del B. di essere tenuto indenne di quanto versato a titolo transattivo ai R. - P. (Euro 52.000).

Va detto che infondatamente si sostiene in memoria (a pagina 9, in fine) che la corte d'appello avrebbe "dichiarato la responsabilità solidale del sig. B. per le pretese e le causali dedotte dagli attori in giudizio, nonostante l'intervenuta transazione". La corte d'appello s'è infatti limitata a dichiarare cessata la materia del contendere tra i R. – P. ed il B.. E lo ha fatto (come si legge alla sesta riga di pagina 24 della sentenza) "in conformità alla richiesta delle stesse parti".

10. Col secondo motivo il ricorrente si duole - deducendo violazione a falsa applicazione degli artt. 2049 e 2054 c.c., e vizio della motivazione – che la corte d'appello abbia considerato irrilevante il titolo della responsabilità del G.; che andava invece individuato in relazione all'art. 2049 c.c., con conseguente responsabilità del G. nei suoi confronti per non avere, stipulando un'assicurazione per la r.c.a. con massimale di sole L. 150.000.000, adeguatamente tutelato il proprio dipendente in ordine al rischio di responsabilità per danni arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività di conducente dell'autocarro.

10.1. La censura è infondata, non essendo dal ricorrente affermato

che egli avesse svolto una domanda di tal tipo nei confronti del G., sicché la corte d'appello non era investita della questione relativa all'individuazione del titolo della responsabilità del G. nel rapporto processuale (non instauratosi) B. - G., ma solo della sussistenza della responsabilità del G. nel rapporto tra gli attori ed il medesimo; ed a quei fini il titolo era del tutto irrilevante in relazione al giudicato formatosi in punto di responsabilità, come rivelato sopra, sub 5.1.

L'ALTRO RICORSO INCIDENTALE G. (R.G.N. 25880/06)

11. Il ricorso, identico a quello recante il n. 25879/06, deve essere dichiarato inammissibile in virtù del principio di consumazione dell'impugnazione.

CONCLUSIONI

12. Vanno conclusivamente accolti i primi due motivi del ricorso R. - P., il secondo ed terzo motivo del primo ricorso G. ed il primo motivo del ricorso B..

Tutti gli altri motivi sono respinti. Il secondo ricorso G. è, come detto, inammissibile.

La sentenza è cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio alla stessa corte d'appello in diversa composizione, che regolerà anche le spese del giudizio di cassazione. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Con sentenza del 23.3.1983 il Tribunale di Perugia Sez. Penale, accertata la responsabilità esclusiva del B. nella verificazione dell'incidente lo condannava alla pena di giustizia nonché, unitamente al responsabile civile G. C. A., al risarcimento del danno in favore dei congiunti della vittima costituitisi parte civile (la moglie R. L. ed i figli P. A. e C.) da liquidarsi in separata sede ma riconoscendo una provvisionale immediatamente esecutiva di lire 10.000.000 in favore della R. e di lire 7.500.000 in favore di ciascun figlio.

Il 29.3.1985 la Corte di Appello confermava tale sentenza che, dichiarato inammissibile dalla Corte di Cassazione il ricorso proposto dal B. passava in giudicato il 18.12.1985.

Nelle more del procedimento penale l'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato, alle cui dipendenze lavorava P. M., riconosceva che si era trattato di incidente sul lavoro e conseguentemente, quale istituto assicuratore del proprio personale, costituiva in favore degli eredi una rendita vitalizia il cui valore alla data del l° gennaio 1982 era pari a lire 93.597.570; conseguentemente la compagnia Alleanza Securitas Esperia poneva a disposizione dell'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato la somma di lire 80.000.000 a fronte delle prestazioni economiche erogate da quest'ultima in favore dei congiunti e, con lettera del 13.2.1984,

comunicava a costoro che il massimale di polizza ancora disponibile ammontava a lire 44.925.840.

Con citazione del 22.6.1988, R. L., P. A. e P. C., ricordate le circostanze suddette e fatto presente che la compagnia assicuratrice in data 23.9.1983 aveva provveduto a versare l'importo di cui alla provvisionale liquidata dal Tribunale in sede penale, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Perugia il B., il G. e la compagnia assicuratrice chiedendone la condanna in solido al pagamento della somma di lire 61.839.760 (di cui lire 44.925.840 coperte dal restante massimale di polizza) a titolo di residuo danno patrimoniale (ridotta in sede di precisazione delle conclusioni a lire 32.134.876) nonché della rivalutazione monetaria e degli interessi sul complessivo ammontare del danno, patrimoniale e non patrimoniale, pari – a dire degli attori – a lire 166.913.920, dalla data del dovuto al saldo, tenendo conto, tuttavia, delle parziali erogazioni nel frattempo intervenute.

Gli attori così rappresentavano il danno complessivo da loro subito: lire 125.863.920 per danno patrimoniale, così determinato in considerazione dell'età del congiunto al momento della morte (35 anni) e dell'ultimo reddito annuo percepito (lire 11.200.000); lire 40.000.000 per danno non patrimoniale; lire 1.800.700 per spese liquidate nei giudizi penali e per la registrazione della sentenza del Tribunale.

Donde a dire degli attori l'insufficienza delle somme già percepite e la necessità di promuovere il giudizio civile, considerato che la richiesta rivolta ai responsabili con lettera del 27.10.1987 non aveva avuto alcun riscontro.

Il G. costituendosi in giudizio eccepiva il difetto di legittimazione attiva degli attori facendo presente che l'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato, dopo avere provveduto a costituire una rendita in favore degli eredi, aveva già citato in giudizio essi stessi convenuti dinanzi al Tribunale di Perugia chiedendone, in virtù del diritto di surroga di cui all'art. 1916 c.c., la condanna al pagamento della somma di lire 173.479.285 quale importo capitalizzato di tale rendita.

Chiedeva pertanto in via preliminare la riunione delle due cause ma concludeva, comunque, nel merito per la reiezione della domanda e, in subordine, qualora fosse stato accertato che agli attori spettava una somma superiore a quella già percepita, perché la compagnia assicuratrice fosse dichiarata obbligata a tenerlo indenne da ogni conseguenza, anche oltre i limiti del massimale di polizza considerata la mala gestio della stessa.

La compagnia assicuratrice si costituiva in giudizio chiedendo anch'essa la riunione della causa a quella già promossa dall'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato e, concludendo, comunque nel merito per la reiezione della domanda proposta dagli attori in quanto improponibile

ed infondata. Faceva presente che in realtà essa aveva già da tempo versato l'intero massimale di polizza (in data 18.8.1983 lire 25.000.000 per la provvisionale liquidata in sede penale; in data 26.1.1984 lire 80.000.000 all'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato; in data 26.7.1985 lire 44.925.840, pari al residuo massimale, ancora all'Azienda suddetta); osservava, infine, che gli importi richiesti dagli attori erano privi di qualsiasi prova e comunque eccessivi.

Il B. rimaneva, invece, contumace.

Il Tribunale non disponeva la riunione della causa a quella già promossa, dall'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato e, con sentenza del 15.6.2001 (depositata il 26.7.2001), condannava in solido il B. ed il G. al pagamento in favore degli attori della somma di lire 28.226.808 a titolo di risarcimento del danno morale, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi sulla somma annualmente rivalutata a decorrere dalla data del luglio 1981 al saldo, nonché alla rifusione delle spese processuali sostenute dagli attori; dichiarava inammissibile ed infondata la domanda proposta nei confronti della compagnia assicuratrice e compensava le a spese nei confronti di quest'ultima.

Il Tribunale perveniva a tale decisione ritenendo, alla luce della recente giurisprudenza, infondata l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dal G. ma osservando che, tuttavia, la surroga operata dall'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato aveva assorbito tutto il danno patrimoniale e che il danno morale doveva essere liquidato in base alla tabelle in uso, sì da escludere l'entità pretesa dagli attori.

Respingeva la domanda proposta nei confronti della compagnia assicuratrice perché questa aveva già versato tutto il massimale fin dal luglio 1985; il che escludeva anche la configurabilità della *mala gestio* e dunque, anche la fondatezza della domanda di garanzia proposta dal G.

Avverso la sentenza hanno proposto appello R. L., P. A. e P. C. chiedendo sostanzialmente che in riforma della stessa vengano accolte le domande già formulate in primo grado; all'udienza del 4.2.2004, dando atto di avere ricevuto nel frattempo la somma di euro 52.000,00 dal B., hanno modificato le proprie conclusioni nei termini riportati in epigrafe.

A fondamento dell' appello hanno posto motivi che saranno appresso esaminati.

Il G. ha proposto appello autonomo (che ha dato origine alla causa n. 545/2002 riunita alla presente) ed appello incidentale formulando le conclusioni trascritte in epigrafe.

A fondamento delle impugnazioni ha posto i motivi che saranno appresso esaminati.

La AXA Assicurazioni (dalla quale è stata assorbita la Allsecures, originaria Alleanza Securitas Esperia) si è costituita in giudizio formulando le conclusioni trascritte in epigrafe: in sostanza ha chiesto la

conferma della sentenza appellata ed ha ribadito le difese e richieste già formulate in primo grado.

Questa volta si è costituito in giudizio anche il B. che propone appello incidentale con il quale ha chiesto che, in riforma della sentenza appellata, venga dichiarato il difetto di legittimazione attiva degli attori ed il loro difetto di interesse e che, comunque, la domanda venga respinta nel merito o, in caso di accoglimento della stessa, che la compagnia assicuratrice venga dichiarata obbligata a tenerlo indenne.

All'udienza del 4.2.2004, dopo avere fatto presente di avere nel frattempo versato agli attori la somma di euro 52.000,00, ha modificato le proprie conclusioni nei termini riportati in epigrafe. All'udienza del 17.2.2005 questa Corte ha trattenuto la causa in decisione.

Motivi della decisione.

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale in materia di azione surrogatoria da parte degli enti gestori di assicurazioni sociali nei confronti delle compagnie assicuratrici della responsabilità civile (sentenze n. 319/1989, n. 356/1991 e n. 485/1991) e dopo il consolidarsi della giurisprudenza della Corte di Cassazione circa l'applicabilità anche al risarcimento per danno morale dei principi stabiliti con dette sentenze (Cass. 26.10.2004 n. 20747, CED RV 571833; Casso 27.7.2001 n. 10289, CED RV 548561; Cass. 24.4.1998 n. 4218, CED RV 514866), il risarcimento del danno da parte degli enti gestori delle assicurazioni sociali non priva più i danneggiati del diritto di chiedere alle compagnie assicuratrici dei danneggianti per la responsabilità civile il risarcimento dei danni che non costituiscono oggetto delle assicurazioni sociali ed in particolare di quello biologico e morale.

Si potrà dunque discutere della sussistenza in concreto del diritto a tale risarcimento ma certo non della legittimazione dei danneggiati ad agire in giudizio nei confronti dei danneggianti e delle loro compagnie assicuratrici.

Donde l'infondatezza delle eccezioni di difetto di legittimazione attiva o di improponibilità della domanda sollevate nei confronti della R. e di P. A. e C.

Le sentenze della Corte Costituzionale sono, del resto, applicabili nel caso in esame, pur essendo successive alla notificazione della citazione dinanzi al Tribunale in quanto il rapporto controverso non era ancora esaurito al momento della pubblicazione di tali sentenze, non essendo stato definito da sentenza passata in giudicato.

(*Omissis*). Si tratta ancora di stabilire se la condanna pronunciata dal Tribunale in danno di B. e G. possa essere, però, estesa anche alla compagnia assicuratrice per la considerazione che la surroga delle Ferrovie dello Stato, in base alle sentenze della Corte Costituzionale sopra ricordate, non avrebbe potuto essere esercitata in pregiudizio del

diritto vantato dai danneggiati a titolo diverso rispetto a quello coperto dall'assicurazione sociale.

Come già osservato, l'applicabilità delle sentenze della Corte Costituzionale comporta il riconoscimento della legittimazione attiva dei danneggiati nei confronti della compagnia assicuratrice nonostante la surroga operata dalle Ferrovie dello Stato, ma non comporta, però, necessariamente l'accoglimento della domanda.

Avendo la compagnia assicuratrice esaurito tutto il massimale di polizza, potrebbe essere chiamata comunque a rispondere dei confronti dei danneggiati qualora si dovessero ritenere non opponibili ai danneggiati i versamenti effettuati alle Ferrovie dello Stato e, per somma modestissima, alla Regione per le spese ospedaliere.

Sennonché ritiene questa Corte che la compagnia assicuratrice, effettuando i versamenti in questione, si sia liberata dalla propria obbligazione in virtù del disposto dell'art. 1189 c.c. (pagamento al creditore apparente): ed invero la compagnia ha pagato in un momento in cui, per non essere ancora intervenute le sentenze della Corte Costituzionale sopra citate, l'ente gestore dell'assicurazione sociale aveva il diritto di surrogarsi anche in pregiudizio del residuo credito del danneggiato, ed inoltre senza che i danneggiati nel caso concreto avessero proposto alcuna opposizione in merito, tanto che nell'atto di citazione avevano limitato la propria domanda nei confronti della compagnia assicuratrice alla differenza tra la misura del massimale e quanto già dalla compagnia versato alle Ferrovie dello Stato (ente gestore dell'assicurazione sociale) sul presupposto peraltro errato, che il massimale non fosse stato ancora esaurito. Tutto, pertanto, induceva a ritenere, senza colpa alcuna della compagnia assicuratrice, le Ferrovie dello Stato creditore apparente, essendo stata svelata – per così dire – la non corrispondenza tra realtà ed apparenza soltanto dalle successive sentenze della Corte Costituzionale.

Soltanto su un punto la domanda nei confronti della compagnia assicuratrice risulta fondata: si tratta del ritardo con il quale la compagnia ha versato la somma di lire 25.000.000 a titolo di risarcimento del danno morale.

Tale somma, che è rimasta al di fuori della surroga, è stata sì liquidata dal Tribunale a titolo di provvisionale ma ciò non toglie che il danno morale esistesse sin dal momento del sinistro e che la compagnia avesse tutti gli elementi, considerata la semplicità della individuazione della responsabilità dell'incidente (il B. omise di dare la precedenza al veicolo condotto dal P. ed invadendo la semicarreggiata di sua pertinenza lo investì frontalmente), per riconoscere la sussistenza del diritto dei danneggiati e la necessità del pagamento.

II danno derivante dal ritardo nel pagamento può essere rappresen-

tato (in conformità al criterio seguito dal Tribunale ed in quanto tale non oggetto di impugnazione da alcuna delle parti) dalla rivalutazione monetaria, anno per anno, di tale somma dalla data del sinistro a quella del versamento e n dagli interessi legali sulla somma rivalutata, fino alla stessa data.

Solo limitatamente a tale importo sussiste la responsabilità solidale della compagnia assicuratrice. Per il resto non è ravvisabile la *mala gestio* prospettata dal G., considerato che la compagnia a fronte della dichiarazione di surroga delle Ferrovie dello Stato non avrebbe potuto effettuare altri versamenti in favore dei danneggiati. Infine, per quanto concerne la posizione del B., va dichiarata, in conformità alla richiesta delle stesse parti, la cessazione della materia del contendere in seguito all'accordo raggiunto. Dagli importi dovuti dal G. e dalla Compagnia assicuratrice deve essere comunque detratta (così come riconosciuto dalla stessa R. (e dai figli P.) la somma di euro 52.000,00 versata dal B.. Sussistono giusti motivi per dichiarare totalmente compensate tra le parti anche le spese del presente grado. (*Omissis*).

(1-4) Note in tema di pagamento al creditore apparente.

1. La sentenza della Corte di Cassazione in epigrafe è nota per il principio di diritto affermato in materia di *mala gestio* del rapporto assicurativo; non a caso, essa è prevalentemente massimata come segue [(1)]: al di fuori dei casi di responsabilità dell'assicurato che abbia omesso di fornire all'assicuratore

[(1)] Si veda anche la massima reperibile nel sito web ufficiale della Corte di Cassazione: *http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SezioniSemplici.asp?ID=6*#: «*Il termine di adempimento di 60 giorni che la legge accorda all'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli per adempiere la propria obbligazione risarcitoria nei confronti del terzo danneggiato rileva anche nei rapporti tra assicuratore ed assicurato, in quanto la colposa violazione di quel termine fa sorgere in capo all'assicuratore una responsabilità per* mala gestio *nei confronti dell'assicurato, se a causa del ritardo il risarcimento, capiente all'epoca del sinistro, sia divenuto incapiente; ricorrendo tale ipotesi l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato per l'intero risarcimento cui questi sia tenuto verso il danneggiato*». Recentemente, la Corte di Cassazione si era peraltro espressa in senso analogo. Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2010, n. 15397, in *Mass. Foro it.*, 2010, 696 e in *Arch. giur. circol.*, 2010, 769, che, in caso di ingiustificato ritardo dell'assicuratore della rca nell'adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti del danneggiato, distingue nitidamente tra due tipi di responsabilità dell'assicuratore: la prima, che va sotto il nome di *mala gestio* impropria (ossia la responsabilità da colpevole ritardo) nei confronti del danneggiato stesso, la quale ha per effetto l'obbligo di pagare gli interessi ed, eventualmente, il maggior danno *ex* art. 1224, comma 2, c.c., anche in eccedenza rispetto al massimale; l'altra, che va sotto il nome di *mala gestio* propria, che sussiste nei confronti non

tutte le informazioni di cui disponga ed utili all'apprezzamento del fatto, va posto a carico dell'assicuratore il rischio della sopravvenuta incapienza del massimale per omesso risarcimento del danno entro 60 giorni dalla richiesta del danneggiato (cfr. art. 28 della Legge n. 990 del 1969, applicabile alla controversia *ratione temporis*). In questo caso, l'assicuratore è pertanto tenuto a tenere indenne l'assicurato, nell'ambito del rapporto assicurativo, di quanto questi debba direttamente corrispondere al danneggiato in eccedenza rispetto al massimale tardivamente versato.

Ma a parte tale enunciazione in tema di gestione del rapporto assicurativo (nella fattispecie da relazionare al rapporto previdenziale tra danneggiato ed ente gestore dell'assicurazione sociale), pare per vero altrettanto significativo, e pertanto degno di annotazione, un passo della sentenza riguardante l'istituto del pagamento al creditore apparente, di cui all'art. 1189 c.c.

In punto di applicabilità dell'art. 1189 c.c., i Giudici di legittimità ribaltano l'interpretazione offerta con la sentenza della Corte d'Appello *a qua*, anch'essa epigrafata.

Al riguardo, è necessario preliminarmente ricostruire, in via di estrema sintesi, i fatti oggetto delle annotate pronunce. La vicenda è particolarmente complessa, per cui la ricostruzione di seguito proposta sarà incentrata principalmente sui profili più rilevanti ai fini del presente commento.

Vicenda che scaturisce, nel 1981, da un sinistro stradale in cui Tizio, alla guida del proprio ciclomotore, perde la vita a causa delle lesioni riportate nel letale scontro con un autocarro che aveva invaso l'opposta corsia di marcia.

Il Tribunale penale condanna il conducente dell'autocarro alla pena di giustizia, ritenendolo unico responsabile del sinistro; condanna altresì il conducente, unitamente al responsabile civile proprietario del mezzo, al risarcimento da liquidarsi in separata sede in favore dei prossimi congiunti della vittima costituitisi parte civile in quel processo, cui è riconosciuta sin da subito una provvisionale. Confermata in appello, la sentenza passa in giudicato nel 1985, dopo la declaratoria di inammissibilità del proposto ricorso per cassazione.

Nel frattempo, il datore di lavoro della vittima, ritenuto che l'avvenuta collisione era da qualificarsi come incidente sul lavoro, costituisce una rendita vitalizia in favore dei suoi eredi e in surroga (cfr. art. 28 della L. n. 990 del 1969 e art. 1203, n. 5, c.c.), in quanto anche ente gestore dell'assicurazione sociale del danneggiato, ne chiede il pagamento all'assicuratore del danneggiante; il quale, già versato l'importo della provvisionale stabilita

---

del danneggiato, ma dell'assicurato, ed ha per effetto l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne quest'ultimo, anche in misura eccedente il massimale, di un importo pari alla differenza tra quanto il responsabile avrebbe pagato al danneggiato se l'assicuratore avesse tempestivamente adempiuto le proprie obbligazioni, e quanto invece sarà costretto a pagare in conseguenza del ritardato adempimento.

dal Tribunale penale, eroga la somma richiesta dal datore di lavoro in due *tranches*, esaurendo completamente il massimale di polizza.

Gli eredi della vittima si rivolgono poi al Tribunale civile – così introducendo il primo grado del giudizio – per ottenere la corresponsione della maggiore somma da loro pretesa, a titolo di danno patrimoniale e non patrimoniale, quantificata anche sulla base delle erogazioni già effettuate dall'assicuratore.

Il Tribunale condanna il danneggiante e il responsabile civile alla corresponsione della somma dovuta agli eredi istanti a titolo di danno morale, ritenendo il danno patrimoniale pari a quello già erogato dal datore di lavoro della vittima con la costituzione della rendita vitalizia e assumendo, dunque, che la surroga operata dal datore di lavoro aveva assorbito interamente detto danno. Rigetta, inoltre, le domande rivolte all'assicuratore, avendo lo stesso già versato tutto il massimale; ritenendo, peraltro, tale ultima circostanza idonea a escludere la configurabilità di una *mala gestio* del rapporto assicurativo.

Avverso la sentenza, gli eredi della vittima e il responsabile civile propongono appello.

Per quanto interessa nella presente sede, nel procedimento di secondo grado si discute sull'applicazione di un principio di diritto maturato alla luce di alcune sentenze della Corte Costituzionale, la prima delle quali datata 1989, per come successivamente interpretato (ed esteso) dalla Corte di Cassazione; il principio è così riassumibile [(2)]: la surroga operata da parte

---

[(2)] Si fa riferimento alle sentenze Corte cost., 6 giugno 1989, n. 319, in *Foro it.*, 1989, I, 2695, con nota di De Marzo e in *Giust. civ.*, 1989, I, 1775; Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1992, I, 2340, con note di Esposito, *Danno alla salute per infortunio sul lavoro*; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it*., 1993, I, 72, con note di Bianco, *Corte costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati* e Ferrari, *Danno biologico e danno previdenziale: una questione di copertura assicurativa del rischio*; Cass. civ., sez. III, 26 ottobre 2004, n. 20747, in *Rep*. *Foro it.*, 2005, *Previdenza sociale*, n. 516; Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2001, n. 10289, in *Rep*. *Foro it.*, 2001, *Infortuni sul lavoro*, n. 131; Cass. civ., sez. III, 24 aprile 1998, n. 4218, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Infortuni sul lavoro*, n. 265. Sull'argomento, *ex plurimis*, vedi Navarretta, *Capacità lavorativa generica, danno alla salute e nuovi rapporti tra responsabilità civile ed assicurazione sociale, in margine a Corte cost. n. 485/1991*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 66 ss.; Bile, *Danno biologico e surrogazione dell'assicuratore sociale*, in *Danno e resp*., 1998, 8-9, 733 ss.; Mariani, Il *risarcimento del danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro e l'assicurazione INAIL*, in *Lav. dir.*, 1994, 425 ss.; Caracciolo, *I limiti della surroga INAIL: certezze della Corte costituzionale e incertezze della giurisprudenza di merito*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 819 ss.; Poletti, *Danni alla persona negli "accidenti da lavoro e da automobile"*, Torino, 1996, 1 ss., 148 ss.; Scalfi, *Conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28, comma 2, 3, 4, legge 24 dicembre 1969, n. 990*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 920 ss.; De Marzo, *Danno morale e limiti oggettivi alla surroga dell'assicuratore*, in *Foro it.*, 1993, I, 3134 ss. e Poletti, *Surroga assicurativa e danno morale: un ripensamento del supremo collegio*, in *Foro it.*, 1993, I, 3139 ss.

degli enti gestori delle assicurazioni sociali non può operare in danno dei danneggiati e non priva gli stessi del diritto di chiedere all'assicurazione del danneggiante (per la responsabilità civile) il risarcimento dei danni ulteriori, compresi quelli che non costituiscono oggetto delle assicurazioni sociali, segnatamente il danno morale e quello biologico [3].

Al riguardo, la Corte d'Appello, condividendo il suddetto principio di diritto, rileva che effettivamente gli istanti hanno azione nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, nonostante la surroga operata dal datore di lavoro; cionondimeno, avendo l'assicuratore corrisposto le somme al datore di lavoro surrogatosi al danneggiato nel 1988, in un periodo in cui non erano ancora intervenute le sentenze della Corte Costituzionale, tale pagamento deve essere considerato liberatorio in quanto effettuato, senza colpa, al creditore apparente (cfr. art. 1189 c.c.) e dunque opponibile al creditore reale, ossia al danneggiato. L'assunto è contrassegnato dall'ulteriore osservazione, per cui la "*non corrispondenza tra realtà e apparenza*" sarebbe stata "*svelata*" solo dalle sentenze della Corte Costituzionale.

Per il resto, i giudici d'appello escludono l'esistenza di *mala gestio* del rapporto assicurativo, avendo la surroga del datore di lavoro precluso all'assicuratore la possibilità di effettuare altri versamenti e, in parziale riforma della sentenza del Tribunale, riducono la cifra dovuta agli attori.

2. La vicenda approda in Cassazione, che ritiene fondato il motivo di ricorso proposto dagli eredi della vittima in punto di effetti liberatori del pagamento avvenuto in favore del surrogante, pervenendo ad una conclusione opposta a quella della Corte d'Appello.

Segnatamente, il Giudici di legittimità non condividono l'argomentazione per cui sarebbe valida la surroga in danno degli eredi della vittima, perché avvenuta sulla base di una norma di apparente legittimità; né quella per cui il pagamento sarebbe liberatorio, perché avvenuto nei confronti di un creditore apparentemente legittimato (essendo non ancora intervenute le sentenze della Corte Costituzionale).

In motivazione, la Cassazione – citando alcuni precedenti – chiarisce dapprima che le sentenze della Corte Costituzionale succitate si applicano alla vicenda *de qua*, trattandosi di un rapporto ancora non esaurito e avente ad oggetto un diritto controverso: la surroga da parte dell'ente gestore dell'assicurazione sociale non può costituire una causa di esaurimento del rapporto.

Dopodiché, la Corte rileva che "*l'effetto estintivo del credito*", dovuto al pagamento effettuato sulla base di una norma di apparente legittimità, cessa con la dichiarazione di illegittimità costituzionale di quella norma,

---

[3] Ad oggi il danno non patrimoniale *tout court*, alla luce delle note pronunce delle Sezioni Unite in materia: Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 e ss., in *Foro it.*, 2009, I, 120.

sulla base del quale è stato effettuato il pagamento; il (reale) creditore che non ha ricevuto la prestazione dovuta può dunque pretenderla dal debitore (ossia dall'assicuratore), il quale, attesa la disposizione in tema di ripetizione dell'indebito oggettivo, può ripetere quanto indebitamente corrisposto, rivolgendosi all'ente surrogatosi nei diritti del danneggiato.

Ciò premesso, la Corte rileva che l'istituto del pagamento al creditore apparente – pur richiamato (in *obiter dictum*) in uno dei precedenti citati in motivazione – non può trovare applicazione nel caso di specie [4].

In primo luogo, poiché le "*circostanze univoche*", richieste dall'art. 1189 c.c., che ingenerano la situazione di apparenza, non possono rinvenirsi nelle norme di diritto "*dal quale dipende la qualificazione di un soggetto come creditore*"; diversamente opinando, sottolinea la Corte, si interferirebbe, frustrandole, con le regole che disciplinano gli effetti degli atti normativi, "*la cui puntuale applicazione costituisce un principio cardine dell'ordinamento*".

Secondariamente, come si legge nella parte iniziale della trattazione del relativo motivo di ricorso, l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 1189 c.c. finirebbe per vanificare proprio il portato precettivo delle sentenze della Consulta; ed infatti, si garantirebbe in tal modo l'ultrattività della pregiudizievole situazione che la Corte Costituzionale, prima, e la Cassazione, poi, hanno deciso di espungere dall'ordinamento, in quanto contraria ai suoi principi fondamentali.

Per comprendere appieno la soluzione della Corte di Cassazione, è opportuno svolgere alcuni cenni sull'istituto del pagamento al creditore apparente.

3. L'ordinamento appresta varie forme di protezione nei confronti del soggetto che è stato indotto in errore dall'apparenza, da intendere, in via generale (benché disciplinata in maniera episodica), come situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale [5]; si pensi

---

[4] Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1998, n. 605, in *Foro it*., 1998, I, 1923, così massimata: "*Posto che l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28, 2°, 3° e 4° comma, l. 24 dicembre 1969 n. 990, pronunciata con sentenza 6 giugno 1989 n. 319, trova limite solo per i rapporti esauriti sotto il vigore della norma dichiarata incostituzionale, non è un fatto giuridico idoneo ad essere causa di esaurimento del rapporto la volontà dell'Inail, manifestata all'assicuratore della responsabilità civile, di volersi surrogare nei diritti del proprio assistito-danneggiato*".

[5] Così Falzea, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 687, e in *Ricerche di teoria generale del diritto*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 826. Non è rinvenibile una disciplina generale di diritto positivo dell'apparenza; al contrario, il legislatore ha scelto di disciplinare specificamente alcuni casi di situazioni apparenti. È altresì attualmente discussa la sua rilevanza in termini di istituto generale; è pacifico, di contro, che la sua elaborazione sia prevalentemente ascrivibile alla giurisprudenza. Sul tema, vedi Stolfi, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934, 1 ss.; Moschella, *Con-*

alle ipotesi (più note) dell'acquisto dall'erede apparente (art. 534, comma 2, c.c.), della rappresentanza apparente e, per l'appunto, del pagamento al creditore apparente [6].

Nell'istituto in disamina, si ritiene che la *ratio* ispiratrice sia precipuamente quella di tutelare l'affidamento del debitore che (agendo secondo

---

tributo alla teoria giuridica dell'apparenza, Milano, 1973, 1 ss.; D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957; SACCO, *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 353 ss.; ID., *Dichiarazione apparente*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, I, 107; BESSONE e DI PAOLO, *Apparenza*, in *Enc. giur. it.*, II, 1988; GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 2009, 1137 ss.; CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?*, in *Giust. civ.*, 2002, 6, 1638 ss.; MONTEL, *Note minime in tema di apparenza giuridica*, in *Resp. civ.*, 1966, 23 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, I, 1, Milano, 1957, 256 ss.; CAMPOBASSO, *Nota minima in tema di apparenza giuridica: la rilevanza di essa quale risarcimento in forma specifica*, in *Foro pad.*, 1965, I, 59 ss.; R. GAMBINO, *Il principio dell'apparenza: analogia* iuris *o creazione giurisprudenziale*, in *Foro pad.*, 1994, I, 329 ss.; P.L. CARBONE, *Il comportamento tra le parti tra apparenza e affidamento*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1044 ss.; CECCHERINI, *Il principio dell'apparenza secondo la giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 887 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, vedi Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2010, n. 10297, in *Rep. Foro it.*, 2010, *Obbligazioni in genere*, n. 65.

[6] Il riferimento nel testo è ai casi maggiormente rappresentativi: in tema di rappresentanza apparente, *ex multis*, si vedano NICOLÒ, *La c.d. procura apparente*, in *Foro Lombardia*, 1935, I, 574 ss.; TORRENTE, *In tema di procura apparente*, in *Foro it.*, 1958, I, 390; A. ORESTANO, *Apparenza «colposa»: riaffermazione di un principio in materia di rappresentanza di S.p.A.*, in *Corr. giur.*, 1996, 671 ss.; DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1997, 1 ss.; BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 385 ss.; CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contratti*, 2003, 1, 72 ss. In tema di acquisto dall'erede apparente, tra gli altri, FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, *Art. 534,* Bologna-Roma, 1970, 215 ss.; BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966; GERBO, *Apparenza nella posizione ereditaria e nella vocazione*, in *Vita not.*, 2003, 475 ss. Il principio di apparenza può trovare applicazione anche in diversi contesti; senza pretese di esaustività, possono indicarsi al riguardo gli studi di A. PALAZZO, *Apparenza e pubblicità degli acquisti* mortis causa *e* trans mortem, in *Familia*, 2005, 53 ss.; FAUCEGLIA, *Un tentativo di specificazione del principio dell'apparenza in tema di socio di una società di fatto*, in *Giur. merito*, I, 1985, 91 ss.; VILLANI, *Il principio dell'apparenza del diritto e la sua applicazione in materia condominiale: le Sezioni Unite compongono un contrasto di giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2002, 1588 ss.; DE NOVA, Franchising *e apparenza*, in *Contratti*, 1993, 173 ss.; TASSONE, *Principio dell'apparenza del diritto, concorso di colpa e responsabilità civile*, *Danno e resp.*, 2005, 2, 153 ss.; NARDI, *L'apparenza del diritto si può configurare anche nei negozi solenni*, in sito *www.ilquotidianogiuridico.it*, 2010; PENNAZIO, *Apparenza e obbligazioni* propter rem, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 987 ss.; ROSSETTI, *Rappresentanza dell'assicuratore e principio dell'apparenza*, in *Resp. civ.*, 2002, 34 ss.; CIANCI, *Falsa sottoscrizione del contratto e principio dell'apparenza*, *Giur. merito*, 2002, 940 ss.; MEOLI, *Apparenza e responsabilità della banca per fatto degli*

buona fede) è convinto di pagare nelle mani del vero creditore, che tale appare sulla base di circostanze univoche [7]; la finalità della norma giustifica la deviazione dal principio generale, per cui l'effetto liberatorio consegue solo a fronte del pagamento effettuato al (vero) creditore, o, al più, ad uno dei soggetti indicati dall'art. 1188 c.c. [8].

---

ausiliari, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 371 ss.; SCARPA, *Principio di apparenza e contratto a favore del terzo*, in *Contratti*, 2009, 6, 584 ss.

[7] Così GIORGIANNI, *Creditore apparente*, in *Noviss. dig. it*., IV, Torino, 1959, 1156 ss.; cfr. NICOLÒ, *Adempimento* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 561 ss. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 315, il fondamento della regola del pagamento al creditore apparente "*non va ricercato in un'ipotetica equiparazione tra legittimazione apparente e legittimazione effettiva. Il legittimato apparente non è un legittimato a ricevere. La liberazione del debitore non dipende infatti dalla posizione giuridica del ricevente ma dall'errore dell'adempiente che confida in una posizione inesistente. L'apparenza della legittimazione rileva solo in quanto idonea a suscitare il ragionevole affidamento del debitore di pagare al vero destinatario dell'adempimento*". Si veda anche COLOMBATTO, *Creditore apparente*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ*., V, Torino, 1989.

[8] In argomento BASILE, *Indicazione di pagamento*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971; C.M.BIANCA, *Indicazione di pagamento*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1998; GIORGIANNI, *Pagamento* (dir. civ.), in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1984, *passim*; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 1 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2005, n. 17742, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Obbligazioni in genere*, n. 34, così massimata: "*In tema di adempimento delle obbligazioni, l'art. 1188 c.c., indicando in modo preciso i soggetti legittimati a ricevere l'adempimento, e cioè in primo luogo il creditore o un suo rappresentante, ovvero l'*adiectus solutionis causa*, vale a dire la persona indicata dallo stesso creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice, comporta che il pagamento fatto a persona non legittimata è inefficace nei confronti del creditore, tranne che quest'ultimo non lo ratifichi o non ne approfitti, con la conseguenza che il debitore rimane obbligato ad eseguire la prestazione anche in via giudiziaria; il pagamento fatto al rappresentante apparente, al pari di quello fatto al creditore apparente, libera invece il debitore di buona fede, ai sensi dell'art. 1189 c.c., ma a condizione che il debitore, che invoca il principio dell'apparenza giuridica, fornisca la prova non solo di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del creditore, che abbia fatto sorgere nel* solvens *in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens". Quanto ai rapporti tra l'art. 1188 c.c. e l'art. 1189 c.c., si è rilevato che la seconda norma parla, in rubrica, di pagamento "*al creditore apparente*", e nel testo, al comma 1, di pagamento "*a chi appare legittimato a riceverlo*"; di talché, seguendo la terminologia dell'art. 1188 c.c., si dovrebbe parlare di pagamento al "*destinatario apparente*". Così, tra gli altri, CANNATA, *L'adempimento in generale*, in CANNATA - PROSPERETTI - VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv*. diretto da Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, 93 ss., il quale disserta in tema di pagamento al rappresentante del creditore apparente. Cass. civ., sez. III,

Altri preferisce porre l'accento piuttosto sull'esigenza di contenere l'accertamento della legittimazione del ricevente entro i limiti dell'ordinaria diligenza, come se la norma avesse lo scopo di risparmiare al debitore un impegno eccessivo, estraneo alla pratica degli affari, che lo esporrebbe sistematicamente alle responsabilità connesse al ritardato pagamento [9].

Nella regola del pagamento al creditore apparente, l'apparenza (c.d. pura) sana un'anomalia dell'atto dovuto [10]; e garantisce all'adempiente l'effetto liberatorio, ma non comporta l'estinzione del credito, in quanto manca la soddisfazione del creditore, talché la regola determina una scissione tra attuazione del rapporto obbligatorio e realizzazione del diritto del creditore [11]. Costui può poi ripetere dal creditore apparente, "*secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito*" (cfr. art. 1189, comma 2, c.c.) [12].

L'art. 1189 c.c. lega l'effetto liberatorio dell'adempimento al ricorrere di due presupposti: uno, soggettivo, rappresentato dalla buona fede del *solvens* [13]; l'altro,

---

9 agosto 2007, n. 17484, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Obbligazioni in genere*, n. 45. Vedi anche Stolfi, *In tema di interpretazione restrittiva dell'art. 1189*, in *Foro it*., 1951, I, 532 e Mengoni, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 118. In giurisprudenza, il contrasto è risolto in senso estensivo, nel senso che la norma si applica non solo al creditore apparente, ma a tutti coloro che appaiono muniti del potere di ricevere la prestazione: Cass. civ., sez. III, 9 agosto 2007, n. 17484, in *Rep. Foro it.*, 2007; Cass., 15 febbraio 2002, n. 2732, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 754; Cass., 4 marzo 1993, n. 2645, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 432; Cass., 7 maggio 1992, n. 5436, in *Foro it.*, 1992, I, 2680.

[9] C.M. Bianca, *Il debitore e il mutamento del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, 31 ss.; Id., *Diritto civile*, cit., 315; Mengoni, *Gli acquisti "*a non domino*"*, Milano, 1975, 106, il quale rileva che, di fronte alla domanda di pagamento, il debitore non può spingersi oltre certi limiti nel controllo della titolarità del credito senza esporsi al rischio dell'esecuzione forzata.

[10] Cfr. Capezzuto, *Pagamento al creditore apparente e presunzione di buona fede*, in *Obbl. contr*., 2009, 10, 793 ss.

[11] Vedi Nicolò, *Adempimento*, cit., 561 ss.

[12] Il secondo comma della norma, citato nel testo, non costituisce un indebito parificabile a quello, rispettivamente oggettivo e soggettivo, di cui agli artt. 2033 e 2036 c.c.: il diritto di ripetizione compete infatti a chi, non avendo effettuato alcuna prestazione, è rimasto estraneo allo spostamento patrimoniale; inoltre, la ripetizione si fonda (non tanto sul pagamento non dovuto quanto) sul persistere della ragione creditoria. Si è dunque rilevato, da un lato, che si tratterebbe di una surrogazione legale del vero creditore nel diritto di ripetizione del *solvens* e che, dall'altro, la legge si limiterebbe a richiamare la disciplina dell'indebito solo quale schema normativo più confacente alla tutela del creditore. Per questi rilievi Breccia, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, Roma, XVI, 1989; 4 ss.; Moscati, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 89. Si veda inoltre Albanese, *Profili dell'adempimento non dovuto nei rapporti trilateri: indebito soggettivo, pagamento al creditore apparente, adempimento del terzo e surrogazione legale*, in *Contr. impr.*, 2006, 2, 455 ss.

[13] Trattasi di buona fede in senso soggettivo; vedi recentemente Morcavallo, *Un'applicazione anomala dell'art. 1189 cod. civ.: il pagamento rappresentante del creditore*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2003, I, 758 ss. Per la distinzione tra buona

oggettivo, rappresentato dalle circostanze univoche idonee a far supporre come reale una legittimazione in realtà inesistente [14].

Ciascuno dei due presupposti è stato oggetto di approfondimento [15].

Il requisito soggettivo può dirsi sussistente a fronte dell'ignoranza incolpevole del debitore di ledere il diritto del creditore reale, ma tale ignoranza va coordinata con il dovere di diligenza (art. 1176 c.c.), che deve orientare l'esecuzione della prestazione [16]. Così può dirsi in buona fede il *solvens* che sia tratto in inganno da un errore scusabile [17]; la relativa prova spetta proprio al *solvens*, differentemente da quanto previsto in caso di cessione del credito (cfr. art. 1264, comma 2, c.c.) e in deroga alla presunzione dettata per la buona fede soggettiva (cfr. art. 1147, comma 3, c.c.) [18]. Al contrario, la buona fede è da escludere in caso di comportamento colposo [19].

---

fede in senso soggettivo e in senso oggettivo cfr., *ex multis*, Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 17 ss.; Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. diretto da Scialoja e Branca*, *sub* artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 303 ss.

[14] Rinvenibile, nel Codice Civile del 1865 (art. 1240, di netta derivazione francese), nel "*possesso del credito*", ossia del titolo. Al riguardo, Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, VII, Prato, 1900, 94 ss.

[15] Si rinvia alle trattazioni più esaustive come Giorgianni, *op. cit.*; Moschella, *op. cit.*, 143 ss.; Di Majo, *Adempimento in generale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, *Artt. 1177-1200,* Bologna-Roma, 1994, 280 ss.; Camilletti, *Il pagamento al creditore apparente*, in *Contr. impr.*, 1999, 676 ss.; Schlesinger, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 46 s.

[16] Deve dunque sussistere in capo al debitore la credenza che il ricevente sia il vero creditore o, al più, un soggetto legittimato a ricevere il pagamento. In tema di buona fede e diligenza, Bigliazzi Geri, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riguardo alla cessione dei crediti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1314 ss. Si ritiene sufficiente la buona fede al momento del pagamento, non rilevando, di contro, la mala fede *superveniens*: Camilletti, *op. cit.*, 679.

[17] Così, *ex multis*, Giorgianni, *op. cit.*, 1167.

[18] Si discute se la prova della buona fede possa essere fornita tramite presunzioni, quali l'esistenza inequivocabile della situazione apparente. Sulla questione, peraltro in senso decisamente contrario, Sacco, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ*., 1959, I, 275.

[19] Ed è da ravvisarsi una colpa tutte le volte che l'apparenza può essere sconfessata tramite la pubblicità (cfr., tra le altre, Cass., 23 giugno 1969, n. 2262, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, *Obbligazioni e contratti*, n. 32); tale caso ricorre più che altro in tema di rappresentanza apparente e, segnatamente, nel caso di poteri rappresentativi risultanti o meno dal registro delle imprese. Si veda al riguardo A. Orestano, *op. cit*., 671 ss. In generale, sul presupposto soggettivo di cui all'art. 1189 c.c., si veda Cass. civ., sez. III, 27 ottobre 2005, n. 20906, in *Rep*. *Foro it.*, 2005, *Obbligazioni in genere*, n. 33, così massimata: "*In relazione alla norma di cui all'art. 1189 c.c., che riconosce effetto liberatorio al pagamento fatto dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo, il principio dell'apparenza del diritto, che*

L'elemento oggettivo, rappresentato dalle circostanze univoche, prescinde di contro dagli apprezzamenti soggettivi del debitore [20]; l'univocità richiesta dalla norma si rinviene solo in quelle circostanze oggettive socialmente apprezzabili che, nella valutazione di un soggetto di normale avvedutezza, inducano a ritenere effettivamente esistente la legittimazione dell'*accipiens*, che appare in possesso dei requisiti idonei a giustificare l'esecuzione della prestazione [21].

4. Tali circostanze univoche possono rinvenirsi anche in atti giuridici dell'*accipiens*, che ingenerino l'incolpevole affidamento del *solvens* [22]; è da verificare, però, se possano definirsi come "*circostanze univoche*", ai sensi dell'art. 1189 c.c., norme giuridiche atte a generare lo schema – ovvero, lo schermo – apparente.

Al riguardo la soluzione della Corte di Cassazione è da condividere.

È pur vero che l'assicuratore è stato effettivamente tratto in inganno; ma è anche vero che l'apparenza non è qui ingenerata da un fatto obiettivo, ma da una norma (ancora) legittima, al momento del pagamento.

Così configurato, l'errore dell'assicuratore è da qualificarsi (non come

---

mira alla tutela della buona fede dei terzi, trova applicazione quando concorrono le due condizioni costituite dallo stato di fatto non corrispondente alla situazione di diritto e dal convincimento del terzo, derivante da errore scusabile, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica; pertanto, per l'applicazione di siffatto principio, occorre procedere all'indagine, da compiersi caso per caso, non solo sulla buona fede del terzo, ma anche sulla ragionevolezza dell'affidamento, il quale, perciò, non può essere invocato da chi versi in una situazione di colpa (riconducibile alla negligenza) per aver trascurato l'obbligo, derivante dalla stessa legge oltre che dall'osservanza delle norme di comune prudenza, di accertarsi della realtà delle cose, facilmente controllabile, e per essersi affidato alla mera apparenza; la suddetta indagine coinvolge, perciò, una mera quaestio facti*, le cui conclusioni non sono censurabili nel giudizio di legittimità ove si fondino su argomentazioni logiche e prive di contraddizioni*". Vedi però anche Cass. civ., sez. III, 24 novembre 2009, n. 24696, in *Giust. civ*., 2010, I, 881, così massimata: "*Ai fini del riconoscimento dello stato di buona fede del debitore il cui pagamento produce effetto liberatorio qualora effettuato a chi appare legittimato a riceverlo, ai sensi dell'art. 1189 c.c., deve tenersi conto della opinabilità e incertezza nell'individuazione del creditore, per cui non solo il vero e proprio* [errore] *di diritto ma anche il dubbio può costituire buona fede e, al limite, anche la piena convinzione personale circa la soluzione opposta a quella seguita con i propri comportamenti può far escludere la mala fede, ove le circostanze oggettive autorizzino a ritenere che, nel caso concreto, al problema possa essere data una soluzione diversa*".

[20] Cfr. Relazione al codice civile (n. 563). *Contra*, Cannata, *op. cit.*, 113.

[21] Cfr. Vitelli, *Pagamento al creditore apparente o al suo rappresentante e tutela del terzo*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, 1925 ss.

[22] Come accordi contrattuali intercorsi tra il debitore e il creditore apparente agente in nome e per conto della società (reale creditrice): Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 2008, n. 26052, in *Obbl. contr*., 2009, 10, 793 ss., con nota di Capezzuto, *op. cit*. e in *Giur. it.*, 2009, 1925 ss., con nota di Vitelli, *op. cit.*

errore sul fatto ma) come errore sul diritto, il quale è irrilevante (salve poche eccezioni: cfr. art. 1429, *sub* 4, c.c.) e generalmente soggetto alla regola per cui *ignorantia legis non excusat*.

L'irrilevanza dell'errore di diritto, ai fini della tutela riconosciuta nei casi di apparenza, è stata peraltro affermata dalla Corte regolatrice, in tema di rappresentanza apparente nei negozi formali; in una recente pronuncia, la Cassazione ha statuito che, ove non si versi in un errore fattuale, ossia in un'errata incolpevole percezione della realtà, ma in un errore di diritto, tale errore ricade esclusivamente su chi vi incorre [(23)].

Allo stesso modo, in un'ipotesi del tutto peculiare di un provvedimento di un istituto di assegnazione degli alloggi popolari, che aveva autorizzato, per benevolenza e con atto contrario alla legge, il temporaneo godimento di un alloggio, è stato affermato che l'apparenza e il conseguente affidamento non sono invocabili in relazione ad aspettative derivanti da atti del quale si possa o si debba conoscere l'illegittimità [(24)].

Senonché, mette conto evidenziare che, in altra pronuncia (delle Sezioni Tributarie), si è fatta applicazione dell'art. 1189 c.c. a fronte dell'apparenza ingenerata da una normativa fiscale equivoca e oscura, afferente proprio all'amministrazione legittimata a ricevere il pagamento [(25)]; per altro verso, in altra sentenza più recente, la Cassazione ha ritenuto che l'errore di diritto (o anche un dubbio sulla corretta soluzione giuridica), se corroborato da

---

[(23)] Cass., sez. III, 9 luglio 2001, n. 9289, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1355, con nota di Chinè, *Spunti critici in tema di ratifica dei contratti formali e di rappresentanza apparente*. L'errore di diritto era rappresentato, in quel caso, dal fatto che una parte aveva ritenuto che anche la procura verbale, al cui conferimento essa aveva assistito, fosse valida per la stipula di contratti per cui era richiesta forma scritta *ad substantiam actus*. Si vedano anche i commenti di Cavone, *La rappresentanza apparente e i negozi formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 4, 483 ss. e Ruggeri, *Legittimazione rappresentativa e requisiti di forma scritta* ad substantiam *nella compravendita immobiliare*, in *Contratti*, 2002, 3, 241 ss.

[(24)] Cass. civ., 9 novembre 1983, n. 6634, in *Giur. it. **Mass***., 1983. La sentenza è citata, in tema, da Cantillo, *Le obbligazioni*, I, in *Giur. sist. dir. civ. comm*. fondata da Bigiavi, Torino, 1992, 345.

[(25)] Cass. civ., sez. trib., 8 ottobre 2001, n. 12333, in *Fisco*, 2001, 14782 ss. Mette però conto sottolineare che l'ordinamento tributario riconosce, di massima, valenza solutoria ai versamenti di imposta eseguiti dal contribuente ad organi dell'amministrazione finanziaria non competenti a riceverli (cfr. art. 5-*bis* del d.p.r. 29.9.1973 n. 602 e art. 40, comma 2, d.p.r. 26.10.1972 n. 633); e norme analoghe sono per vero riscontrabili anche in ambito previdenziale: cfr. art. 116, comma 20, L. 388/2000: "*il pagamento della contribuzione previdenziale, effettuato in buona fede ad un ente previdenziale pubblico diverso dal titolare, ha effetto liberatorio nei confronti del contribuente...*". Si veda, al riguardo, Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 2002, n. 8041, in *Rep. Foro it.*, *Previdenza sociale*, n. 399. Si vedano anche, in tema di somministrazione di lavoro e di appalto, gli artt. 27, comma 2, e 29, comma 3-*bis*, della L. 276/2003.

circostanze oggettive, è idoneo a escludere la mala fede del *solvens*, proprio ai fini dell'art. 1189 c.c. [26].

D'altra parte, il tratto distintivo del caso in rilievo è dato dal fatto che l'apparenza è stata ingenerata dall'iniziale legittimità costituzionale di una norma, poi dichiarata incostituzionale a seguito di una pronuncia posteriore al pagamento.

Ma è esattamente tale particolarità della vicenda che consente di superare il dubbio che il *favor debitoris* di cui all'art. 1189 c.c. fosse invocabile, nel caso di specie, per l'esistenza di norme di apparente legittimità.

In base ai principi (di giustizia costituzionale) relativi all'efficacia delle sentenze (di accoglimento) della Consulta, l'illegittimità costituzionale della norma agisce "in via retroattiva" per quanto concerne i rapporti non esauriti [27].

L'applicazione dell'art. 1189 c.c. alla fattispecie litigiosa avrebbe comportato, come correttamente sottolineato dalla Corte, la permanenza della situazione illecita e dannosa (la surroga dell'ente gestore ai danni del danneggiato), rendendola insensibile alle sentenze della Consulta, così vanificando la loro portata.

In altre parole, pare dirimente, nel caso di specie, il principio della retroattività delle sentenze che decretano l'illegittimità costituzionale della norma, con applicabilità delle stesse ai rapporti controversi non ancora esauriti, come quello oggetto del presente commento.

Al riguardo, l'interpretazione della Cassazione è conforme ad altri precedenti della Corte regolatrice: sino a quando il diritto del danneggiato verso l'assicuratore non è prescritto, o in ordine ad esso non siano intervenute decadenze, o ancora non si sia formato un giudicato negativo, il relativo rapporto giuridico, benché anteriore alla pronuncia della Consulta, non può dirsi esaurito [28]. Conseguentemente, l'illegittimità costituzionale della norma travolge l'effetto (inizialmente) liberatorio del pagamento.

Diversamente opinando (se si facesse ricorso all'istituto di cui all'art. 1189 c.c.), si continuerebbe ad applicare una norma dichiarata costituzionalmente illegittima [29]; per altro verso, una norma di rango ordinario (l'art. 1189 c.c.) impedirebbe l'applicazione di disposizioni e principi di rango costituzionale.

---

[26] Cass. civ., sez. III, 24 novembre 2009, n. 24696, in *Giust. civ.*, 2010, I, 881 ss.

[27] Sul tema, *ex plurimis*, Azzariti, *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, *passim*.

[28] Cass., sez. III, 10 novembre 2000, n. 14638, in *Foro it.*, 2001, I, 2308 ss.

[29] Cfr. Cass. civ., sez. III, 10 agosto 2004, n. 15431, in *Arch. giur. circol.*, 2005, 219 ss.

TRIBUNALE DI PERUGIA, Sezione Lavoro – ord. 30 dicembre 2010 – *G.* Medoro – M.F. (avv.ti Covi e Rinaldi) c. A. n.1 U. (avv.ti Benci e Mastrangeli).

Rapporto di lavoro del dirigente pubblico – Area dirigenza medica – Nullità recesso – Tutela reale – Applicabilità (l. 604/1966, art. 10; d.lgs. 165/2001, artt. 4, 19, comma 10, 21, 23, 28; Cost., art. 97, comma 3; l. 300/1970, art. 18).

L'art. 18 della legge n. 300 del 1970 trova applicazione nel caso di licenziamento illegittimo od ingiustificato del dirigente pubblico del comparto sanitario (1).

(*Omissis*). 1. M. F. si è rivolto a questo Tribunale per ottenere, in via interinale ed urgente, la condanna dell'azienda resistente, alle dipendenze della quale ha lavorato dal 1.10.2009 sino al 14.09.2010, a reintegrarlo nella posizione di dirigente medico (…).

Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento nei limiti e per le considerazioni di seguito esposte.

2. *Ammissibilità*

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso articolata dall'azienda resistente con riferimento all'asserita inapplicabilità, ex art. 10 della legge 604/1966, della tutela reale ai dirigenti della P.A. Tale affermazione riposa sul postulato – ad avviso dello scrivente non condivisibile – secondo cui il rapporto di lavoro del dirigente pubblico ha uno statuto sostanzialmente identico a quello del dirigente privato.

Ritiene, invero, il Giudicante di confermare pienamente quanto statuito in proposito da questo Tribunale con ordinanza, resa, ex art. 669-*terdecies*, in data 1.3.2010 nel procedimento R.G. n. 63/2010, la motivazione della quale appare opportuno riportare di seguito nella parte che interessa «…il rapporto dirigenziale pubblico si differenzia profondamente da quello privato sia sotto il profilo strutturale che sistematico. In primo luogo, va osservato che l'instaurazione di un rapporto dirigenziale pubblico presuppone il superamento di un conscorso ex art. 98 Cost. e 28 T.U.P.I.; tale dato, tutt'altro che neutrale, segna, sin dall'accesso, una chiara linea di distinzione tra il regime di libertà e il connotato essenzialmente fiduciario che connota il rapporto dirigenziale privato, rispetto allo statuto regolamentato e procedimentalizzato che caratterizza il rapporto di servizio deiddirigenti pubblici in adesione al canone di imparzialità posto dall'art. 97 Cost. In secondo luogo, il rapporto dirigenziale pubblico conosce una scissione, del tutto ignota

al diritto privato, tra l'acquisto della qualifica di dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e il successivo conferimento, a tempo determinato, delle funzioni dirigenziali; la prima, infatti, segue di diritto al superamento del concorso e determina l'iscrizione a ruolo dei dirigenti (art. 23 T.U.), mentre il secondo discende da un successivo indipendente atto gestorio di assegnazione di un incarico (cfr Cass., sez. lav., n. 2233 e 3929/2007 poi richiamate da Cass., S.U., N. 25254/2009).

Il rapporto dirigenziale ha, dunque, una struttura binaria in cui l'iscrizione al ruolo dei dirigenti segna la stabilità del rapporto di lavoro degli stessi e la loro (in questo senso e solo in questo senso) assimilabilità agli impiegati in ordine ai rimedi esperibili in caso di recesso datoriale, mentre il conferimento dell'incarico che accede al rapporto di servizio è l'aspetto di maggiore vicinanza con il carattere fiduciario che connota il rapporto dirigenziale privato. Il menzionato carattere binario del rapporto si evidenzia in tutte le situazioni in cui, a fronte della persistenza del rapporto di servizio, confermato dall'iscrizione nel ruolo di appartenenza e dalla percezione dello stipendio, non sussiste l'affidamento di alcun incarico; ciò si verifica, ad esempio, nei periodi in cui il dirigente venga collocato in disponibilità, negli intervalli tra l'espletamento di un incarico e l'altro o nell'arco di tempo che procede l'assegnazione del primo incarico (cfr art. 19, comma, 10 del T.U., come modificato dalla legge 145/2002) che prevede che *"I dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali"*.

Invero, come sancito dalla giurisprudenza del S.C. *"…Nel nuovo sistema del lavoro cd. "privatizzato" (rectius, contrattuale) alle dipendenze di amministrazioni pubbliche statali, la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una "carriera" e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale (e conseguente iscrizione prima nel ruolo unico, oggi nei diversi ruoli previsti dall'art. 23, novellato) a svolgerle concretamente…"*. Merita, inoltre, rilevare che la disciplina che regola la responsabilità dirigenziale (art. 21 T.U. nella versione applicabile *ratione temporis*) configura una scala di conseguenze sanzionatorie a fronte di comportamenti inadempienti del dirigente prevedendosi che *"…il mancato raggiungimento degli obbiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie*

di cui all'art. 5 del d.lgs. 30.7.1999, n. 286 comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'art. 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo". In altri termini, l'inadempimento contrattuale del dirigente intanto deve essere vagliato nel vincolo del rispetto della normativa speciale sui controlli di gestione e, comunque, ove riscontrato, non potrà determinare il datore di lavoro ad intimare liberamente il licenziamento, dovendo graduarsi la sanzione sulla base della gravità del comportamento contestato (si va dal mancato rinnovo alla revoca dell'incarico fino all'*extrema ratio* del licenziamento). La lettura sistematica di tale norma in combinato disposto con quella che prevede l'accesso al ruolo dei dirigenti attraverso il concorso porta a concludere che il recesso dal rapporto dirigenziale pubblico sia (analogamente a quello pattizio) un negozio giuridico causale e che debba recisamente escludersi l'ascrivibilità del medesimo all'area della libera re cedibilità disegnata dall'art. 10 della legge 604/1966.

D'altro canto, sotto il profilo sistematico occorre considerare, da un lato, che la rigidità così ipotizzata in uscita dal rapporto è perfettamente simmetrica con la constatata rigidità in entrata per mezzo del concorso; dall'altro lato, l'opinione di chi sostiene la libera recidibilità dal rapporto dirigenziale e, per l'effetto, la negazione della tutela reale in caso di licenziamento soffre del paradosso per cui licenziare un dirigente sarebbe ben più agevole che non rinnovargli o conferirgli l'incarico (cfr sul punto Trib. Napoli, 10.10.2002, Giudice Amendola). Obiezione di analogo tenore deve sollevarsi a fronte del recente indirizzo giurisprudenziale del S.C. (Cass, sez. lav., n. 3677/2009; 9814/2008) che ritiene che i dirigenti pubblici che abbiano subito una revoca *contra legem* dell'incarico dirigenziale affidatogli abbiano diritto non solo al risarcimento pecuniario (come si direbbe a fronte di un illegittimo recesso ante tempus in un contratto di lavoro a termine *jure privato rum*), bensì alla riassegnazione del medesimo incarico sino alla scadenza prevista.

Peraltro, la negazione della libera recedibilità dal rapporto dirigenziale è stata più volte affermata dalla Corte Cost. (ex multis, 313/1996; 351/2008) preoccupata di ribadire che *"…l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste del codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e procedure di carattere oggettivo – assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia*

del contraddittorio -, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso".

Il tutto a presidio del principio (attuativo del canone di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.) di separazione tra funzione di indirizzo politico, attribuita agli organi elettivi e attività di gestione, affidata ai dirigenti (art. 4 T.U.PI.) che sarebbe facilmente pregiudicata dalla possibilità di licenziare *ad nutum* i dirigenti e priverebbe di ogni significato le norme sopra indicate che dettano limiti procedurali e sostanziali in ordine alla responsabilità dei dirigenti. Inoltre, sulla scorta dei pronunciamenti più volte intervenuti in tema di c.d. *spoils system*, la Corte Costituzionale ha di recente sostenuto che *«…A differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi. Si tratta di interessi che trovano riconoscimento nelle norme costituzionali, come questa Corte ha di recente chiarito con la sentenza n. 103 del 2007 e, con specifico riferimento alla posizione dei direttori generali di aziende sanitarie locali, con la sentenza n. 104 del 2007. In tale ultima pronuncia, in particolare, la Corte ha affermato che "l'imparzialità e il buon andamento esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie". (Corte Cost., n. 351/2008)*».

Occorre aggiungere che il nuovo CCNL integrativo per i dirigenti medici versato in atti espressamente prevede la reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo o ingiustificato. Ne consegue, dunque, in un quadro normativo non sostanzialmente modificato dalla novella (comunque inapplicabile nel caso di specie) di cui al d.lgs. 150 del 27.10.2009, che il ricorso, teso ad ottenere il ripristino del rapporto del M., è ammissibile. (*Omissis*)

(1) Licenziamento del dirigente pubblico del comparto sanitario: dal d.lgs. 165/2001 al ccnl 6 maggio 2010.

L'ordinanza in commento offre nuovamente lo spunto per interrogarsi sull'applicabilità della tutela reale al dirigente pubblico del comparto sanitario illegittimamente od ingiustificatamente licenziato. La questione è di rilevante attualità, nonostante che ora l'art. 14 del nuovo CCNL, sottoscritto il 6 maggio 2010, per le sequenze contrattuali degli artt. 28 e 29 del CCNL dell'area dirigenza-medico veterinaria e della dirigenza sanitaria, professionale, tecnica, del 17 ottobre 2008, ed applicabile, *ratione temporis*, alla

fattispecie in esame [1], preveda espressamente *"la reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato"* [2]. Proprio l'ampiezza del contenzioso nella materia della dirigenza sanitaria, unitamente alle peculiarità del settore [3], rende necessario un approfondimento circa la sorte di tutti quei rapporti di lavoro risolti in maniera illegittima od ingiustificata prima dell'intervenuta modifica: in particolare, l'interrogativo che ci si pone è se il nuovo CCNL abbia introdotto una tutela prima non contemplata dal d.lgs. 165/2001 o, come ritenuto nella pronuncia esaminata, si sia limitato a confermare quanto già previsto a livello normativo. Si pone pertanto l'esigenza di analizzare compiutamente le opposte tesi che si contendono il campo.

1. Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, accolto pienamente nell'ordinanza richiamata, il rapporto del dirigente pubblico si differenzierebbe profondamente da quello privato sia da un punto di vista sostanziale che strutturale. Motivo per il quale la disciplina propria del settore privato, che esclude per il dirigente il regime della stabilità reale *ex* art. 10 l. 604/1966 [4], non potrebbe essere automaticamente trasposta nel settore pubblico. In sintesi, in ipotesi di recesso illegittimo, il dirigente pubblico potrebbe invocare la tutela di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Di tale linea di pensiero è espressione la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, sez. lav., n. 2233 del 1° febbraio 2007, ove si afferma che *"la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici non è quella dell'art. 2118 c.c., propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti con qualifica impiegatizia, con la conseguenza che l'illegittimità del recesso comporta gli effetti reintegratori stabiliti dall'art. 18 Stat. Lav."* [5]. Il tutto motivato dal fatto che, in primo luogo, l'ingresso nella dirigenza pubblica presupporrebbe, ai fini dell'instaurazione di un valido

---

[1] Nel caso *sub iudice*, difatti, la risoluzione del rapporto di lavoro per esito negativo del periodo di prova semestrale era stata intimata alla ricorrente in data 13 settembre 2010.

[2] In particolare è ora previsto l'obbligo per l'Amministrazione, "a domanda", di disporre la "reintegra in servizio del dirigente illegittimamente o ingiustificatamente licenziato dalla data della sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità o l'ingiustificatezza".

[3] La dirigenza sanitaria, infatti, è disciplinata dal d.lgs. n. 502/1992 (artt. 15, 15-*bis*, 15-*ter*, 15-*septies,* 17-*bis*). In particolare, ai sensi dell'art. 15, comma 2, è prevista l'applicazione del t.u. n. 165/2001, salvo quanto diversamente previsto dal d.lgs. n. 502/1992 che, anche a detta della Corte di Cassazione, sentenza n. 11009/09, deve qualificarsi alla stregua di una disciplina speciale.

[4] Nel lavoro privato la disciplina di fonte legale limitativa dei licenziamenti non trova applicazione nei confronti del personale dirigenziale, essendo riservata a operai, impiegati e quadri (art. 10 l. n. 604/1966; art. 2, comma 3, l. n. 190/1985). Questa esclusione non è stata considerata in contrasto con il dettato costituzionale in considerazione del vincolo di fiduciarietà che caratterizza il rapporto di lavoro del dirigente.

[5] Testimonianza di tale linea di pensiero sarebbe altresì offerta dalle sentenze della Cass. civ. nn. 3929 del 20 febbraio 2007 e 3677 del 16 febbraio 2009.

rapporto organico e della conseguente iscrizione a ruolo, il superamento di un concorso *ex* artt. 97, 3 comma, Cost. e 28 d.lgs. n. 165/2001, non richiesto per l'accesso all'analoga posizione in ambito privato. Ciò significherebbe l'assenza di quei connotati essenzialmente fiduciari propri della dirigenza privata. In secondo luogo, il rapporto dirigenziale pubblico si fonderebbe su una sorta di "struttura binaria" sconosciuta nell'analoga funzione privata, *id est* sulla presenza di due contratti, uno a tempo indeterminato e l'altro, di conferimento dell'incarico, a tempo determinato. La revoca dell'incarico al dirigente pubblico, a differenza che nel settore privato, non determinerebbe pertanto il venir meno del sottostante rapporto di servizio, destinato a permanere, insieme all'iscrizione al ruolo di appartenenza ed alla percezione dello stipendio, anche nell'ipotesi estrema in cui nessun incarico sia stato o sia destinato ad essere affidato. Ciò assimilerebbe la figura del dirigente all'impiegato pubblico [(6)] in ordine ai rimedi esperibili in ipotesi di licenziamento illegittimo comminato tanto per profili di responsabilità disciplinare che specificamente funzionali: in altre parole, possibilità di ottenere la reintegra nel posto di lavoro. Inoltre, secondo la tesi favorevole all'invocabilità delle tutele apportate dalla l. n. 300/1970, l'art. 51, comma 2, del T.U.P.I., permetterebbe di applicare al settore pubblico l'art. 18 senza limiti non solo di ordine dimensionale, ma, soprattutto, di tipo soggettivo. Infine, l'art. 21 del d.lgs., nella versione antecedente alla riforma *ex* d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, nel disciplinare la responsabilità dirigenziale, detterebbe una scala di conseguenze sanzionatorie, da graduarsi sulla base della gravità del comportamento, tale da ammettere, solo nei casi estremi, la possibilità di revoca dell'incarico o, addirittura, di recesso *"dal rapporto, secondo le disposizioni del contratto collettivo"*. Ciò che, anche a detta dell'ordinanza in commento, *"porta a concludere che il recesso dal rapporto dirigenziale pubblico sia (analogamente a quello impiegatizio) un negozio giuridico causale e che debba recisamente escludersi l'ascrivibilità del medesimo nell'area della libera recidibilità disegnata dall'art. 10 della legge 604/1996"* [(7)].

[(6)] Per CARINCI, *Il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur. It.* 2010, 12, dalla "flessibilità permessa dai conferimenti a tempo determinato … ne è scaturita una situazione applicativa in cui ha finito per prevalere, di fatto, un'ipertutela del dirigente pubblico, visto non come funzionario, ma principalmente se non esclusivamente come lavoratore subordinato, tanto da far prevalere fino all'estremo, rispetto alle esigenze di funzionamento dell'amministrazione, quelle della conservazione del posto di lavoro. Un esito che, nel silenzio del legislatore, è stato affermato dapprima dalla Corte di Cassazione che, con un'argomentazione tutta costruita su un gioco di parole, ha ricollegato al licenziamento ingiustificato del dirigente ciò che la contrattazione collettiva non poteva dargli, la tutela reale".

[(7)] L'indirizzo in commento è stato accolto anche nell'ordinanza ex art. 669-terdecies c.p.c. del 1° marzo 2010 emessa del Tribunale di Perugia nel procedimento R.G. Lav. n. 63/2010.

2. Per converso, secondo un indirizzo giurisprudenziale [8] di gran lunga prevalente prima dell'intervento della Corte di Cassazione n. 2233/2007, dalla declatoria di illegittimità del licenziamento del dirigente pubblico non conseguirebbe il diritto alla reintegra nel posto di lavoro, stante la sicura equiparabilità di tale figura a quella del dirigente privato [9]. In particolare, sia in dottrina che in giurisprudenza, si è insistito sulla relazione altamente fiduciaria del rapporto del dirigente pubblico che, al pari di quella privata, una volta venuta meno non potrebbe essere ripristinata per via giudiziale [10]. Il tutto, a fronte del fatto che l'art. 1 della legge n. 604/66 estende il campo di applicazione dell'art. 10 della stessa legge ai rapporti di lavoro instaurati tanto con datori di lavoro privati che pubblici [11]. Di più, si è anche sottolineata la sicura assenza di quel carattere di subordinazione che connoterebbe tutti i rapporti con la P.A., sì che non sarebbe possibile assimilare la figura del dirigente a quella dell'impiegato, anche se limitatamente ai rimedi esperibili in caso di recesso datoriale illegittimo [12]. Si tratta di una linea interpretativa che è stata fatta propria anche dal Tribunale del Lavoro di Perugia in cause tra loro del tutto similari. Ci si riferisce all'ordinanza del 4 marzo 2002 (est. Angeleri - n. 126/02 R.G. Lav.) con cui è stato respinto un ricorso *ex* art. 700 c.p.c. per carenza di "fumus" e confermato che *"la legge n. 604/66, all'art. 10, limita l'applicabilità della disciplina da essa dettata ai licenziamenti degli operai e degli impiegati, escludendone, quindi, quelli dei dirigenti, disciplinati, invece, dagli artt. 2118 e 2119 c.c.. Nel caso di licenziamento illegittimo, dunque, al dirigente spetterà il risarcimento del danno, nella misura determinata dal giudice o stabilita dalla contrattazione collettiva; egli non potrà invece pretendere la reintegrazione nel posto di lavoro"*. Con ordinanza collegiale 30 maggio 2002

---

[8] Cfr. Trib. Piacenza, 1 marzo 2007, in *Argomenti Dir. Lav*. 2007, 700; Trib. Aquila, 3 marzo 2005, in *Giust. civ*., 2006, 675; Trib. Trapani, 26 novembre 2003, in *Giur. merito,* 2004, 774; Trib. Firenze 6 dicembre 2004 in *Riv. Crit. Dir. Lav.* 2003, 754; Trib. Crotone, 29 novembre 2004, in *www.lavoroprevidenza.com*; Trib. Firenze, 15 gennaio 2004, in *Lavoro nella P.A*., 2004, 194; Trib. Roma, 5 giugno 2000, e Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *Giur. it.,* 2001, I, 497.

[9] V., in tal senso, Cass. civ., 12001/1997; App. Firenze, 15 settembre 2001; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lavoro nella P.A.,* 2007, 1175.

[10] A tal proposito per Montini, in *Lavoro nella P.A.,* 2009, 1, 115, "la tutela risarcitoria sembra nella sostanza l'unico strumento realmente compatibile con le esigenze di salvaguardia dell'interesse pubblico, dovendosi ritenere immanente al sistema … la necessità che, una volta venuto meno il necessario vincolo fiduciario, il suo ripristino in via giudiziale possa determinare effetti distorsivi non meno gravi sull'interesse collettivo all'imparzialità ed al buon andamento della pubblica amministrazione".

[11] Cfr. Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lavoro nella P.A*., 2007, 1175.

[12] Sempre Montini, *op. cit.,* 115, nega la possibilità di applicare la tutela reale al rapporto di lavoro del dirigente pubblico sull'ulteriore presupposto che risulterebbe "… sin dal suo sorgere contraddistinto da particolari profili di fiduciarietà e che … neppure ha il carattere della subordinazione".

(emessa nella fattispecie di cui sopra in sede di reclamo) il Tribunale perugino ha ribadito che *"la reintegrazione è consentita nel nostro ordinamento esclusivamente dall'art. 18 L. n. 300/70 e solo nei limiti di applicabilità di questa garanzia di legge"*, mentre *"la tutela reintegratoria non è consentita né con riferimento ai rapporti a tempo determinato, né, in relazione all'art. 10 L. n. 604/66, ai dipendenti con qualifica dirigenziale"*.

3. Il breve *excursus* delle pronunce di legittimità e di merito richiamate, evidenzia come sia ancora vivo il problema delle tutele poste a favore del dirigente pubblico illegittimamente licenziato. La questione non può invero essere risolta esclusivamente sul piano della parificabilità, o meno, della dirigenza pubblica a quella privata [13]. Invero, non è universale il paradigma secondo cui il rapporto del dirigente pubblico si caratterizzerebbe per la presenza di una struttura binaria. A tal proposito merita evidenziare come sia lo stesso T.U.P.I. ad ammettere, entro certe condizioni, la possibilità di instaurare rapporti a tempo determinato con soggetti esterni all'organico della pubblica amministrazione cui affidare incarichi di rilevante importanza. In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 6, anche soggetti non vincitori di concorso possono essere inquadrati come dirigenti pubblici attraverso un contratto a tempo determinato [14]. Si suole ritenere che in questo caso vi sia un unico contratto a tempo determinato: se viene meno questo, per revoca dell'incarico, viene meno anche il rapporto organico con la P.A. con il primo, di fatto, coincidente [15]. Aggiungasi che non convince la lettura secondo cui l'art. 51, comma 2, del d.lgs. 165/2001, estenderebbe l'applicabilità dell'art. 18 St. lavoratori a tutti i dipendenti pubblici, senza alcuna distinzione tra qualifica impiegatizia e dirigenziale. Piuttosto, il comma secondo, se letto in combinato disposto con le norme del T.U. di cui si dirà, avrebbe la sola funzione di eliminare ogni dubbio circa la sicura estensibilità dello Statuto dei lavoratori anche alle amministrazioni pubbliche e senza limiti dimensionali, per il resto non modificando il limite soggettivo di cui

---

[13] Per Vallebona, *Il licenziamento del dirigente pubblico,* in *Giur. it.,* 2010, 12, non è fondato l'argomento basato "sulla diversità della dirigenza pubblica rispetto alla dirigenza privata, poiché insufficiente ad una interpretazione creativa" come quella che ritiene sarebbe stata adottata dalla Suprema Corte di Cassazione, sez. lav., con sentenza n. 2233 del 1° febbraio 2007.

[14] Recita la norma: "per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione".

[15] Come rilevato da Casola, *La dirigenza pubblica nell'assetto attuale*, 15, "nel conferimento dell'incarico a soggetti terzi, i quali, quindi, non siano già legati da un rapporto contrattuale con la P.A., evidentemente, il contratto di incarico dirigenziale vale anche a costituire il rapporto di lavoro dirigenziale con l'Amministrazione conferente … deve cioè aversi attenzione di considerare che il conferimento dell'incarico non si atteggia quale atto di esecuzione di un preesistente rapporto di lavoro, ma è un contratto che costituisce *ex nihilo* un rapporto di lavoro".

all'art. 10 della legge n. 604/1966 [16]. Ciò detto, merita forse prendere le mosse da un differente profilo di analisi onde verificare se, tra le maglie del dettato normativo, vi siano indici e previsioni atte a giustificare la ritenuta reintegrabilità del dirigente pubblico e se siano contemplate differenti forma di tutela a seconda che si tratti di licenziamenti comminati per motivi disciplinari o profili di responsabilità dirigenziale. A tal proposito, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001, la cui fonte di ispirazione, almeno originariamente, è stata la disciplina privatistica [17], prevede che il rapporto di pubblico impiego sia soggetto alle norme del codice civile ed alle leggi sul lavoro nelle imprese, *"fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto"* [18]. Occorre di conseguenza verificare se il T.U. apporti deroghe alla disciplina predetta, ammettendo l'applicazione della tutela reale al dirigente pubblico [19]. L'art.

---

[16] Secondo CARNOVALE, *L'inapplicabilità dell'art. 18 St. Lav. alla dirigenza pubblica*, nella rivista elettronica *L'Amministrazione in cammino,* "affermare l'applicabilità della stabilità dei lavoratori al rapporto con le pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti, non significa superare le perplessità circa l'applicabilità della norma a prescindere dalle categorie dei dipendenti. Ne consegue che non dovrebbe postularsi divergenza tra la disciplina della dirigenza pubblica e di quella privata per quanto riguarda gli effetti della inapplicabilità dell'art. 10 della L. 604/66, confermata dalla L. n. 108/90". In tal senso si veda anche VALLEBONA, *op. cit.*, che ritiene erroneo l'argomento adottato dalla Suprema Corte di Cassazione, sez. lav., con sentenza n. 2233 del 1° febbraio 2007 e "fondato sull'art. 51 D.Lgs. n. 165/2001, poiché questa disposizione estende ai dipendenti pubblici la disciplina del lavoro privato, con il relativo campo di applicazione, accentuando soltanto i limiti dimensionali (numero dei dipendenti) previsti per l'applicazione dello statuto dei lavoratori e, quindi, tenendo fermi i limiti categoriali ovunque previsti e sul cui presupposto indiscusso si è non a caso sviluppata tutta la contrattazione collettiva per la tutela obbligatoria negoziale del dirigente pubblico ingiustificatamente licenziato".

[17] Cfr. anche art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001, ai sensi del quale "nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro". Per CARINCI, *op. cit.,* 12, anche "il recente intervento riformatore" di cui al d.lgs. n. 150/2009 avrebbe confermato "la centralità della dirigenza nell'ambito di un approccio del legislatore apparentemente finalizzato ad un riallineamento del pubblico al privato, con una accentuazione della responsabilità, della meritocrazia, della produttività".

[18] In particolare, sancisce l'art. 2, comma 2, predetto, che "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate dai successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario".

[19] Rileva attenta dottrina, cfr. RICCOBONO, in *Lavoro nella P.A.,* 2007, 6, 1190,

51, comma 1, sotto la rubrica "disciplina del rapporto di lavoro", richiama la disposizione di cui all'art. 2, comma 2, citato [20]: dal combinato disposto di queste due norme, sembrerebbe pertanto discendere l'inapplicabilità, *ex* art. 10 l. 604/1966, della tutela reale non solo ai dirigenti privati, ma anche a quelli pubblici a cui la disciplina risulterebbe estesa. Aggiungasi quanto previsto dall'art. 55 del d.lgs. 165/2001 che, al primo comma, sotto la rubrica "sanzioni disciplinari e responsabilità", statuisce che *"per i dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche"*, mentre al comma terzo, fatto *"salvo quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54"*, opera un rinvio alle previsioni contenute nei contratti collettivi di categoria per l'individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni [21]. Richiamo a sua volta presente nell'art. 21, come novellato dalla l. 145/2002 e, successivamente, dal d.lgs. 150/2009 che, sotto la rubrica "responsabilità dirigenziale", mantiene ferma *"l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nella contrattazione collettiva"* [22], mentre, per le ipotesi più gravi, ammette il recesso dal rapporto sempre secondo *"le disposizioni"* di cui al contratto collettivo. Volendo tirare le fila del discorso, secondo un autorevole indirizzo dottrinario

---

che "per giustificare una deroga all'integrale della L. n. 604/66" nei confronti del dirigente pubblico va "individuata una specifica disposizione del D.Lgs. 165/01. E qui non sfugge che nella riforma complessiva del pubblico impiego … [il legislatore] non ha previsto alcunché al riguardo".

[20] In particolare, ai sensi del comma 1 dell'art. 51 "il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1".

[21] Secondo G. Noviello e Tenore, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 51, l'art. 55 del d.lgs. 165/2001 "si apre come una norma a contrario. Il primo comma, infatti, riguarda solo in modo indiretto l'oggetto della norma – rubricata "sanzioni disciplinari e responsabilità" – ovvero la responsabilità disciplinare (che non menziona affatto), stabilendo che, per le altre responsabilità (civile, amministrativa, penale e contabile) in cui può incorrere il pubblico dipendente, resta in vigore la previgente disciplina pubblicistica. In altri termini la norma, nell'affermazione che la responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile non rientra nel processo di c.d. "privatizzazione", preannuncia che – a contrario – ha operato la privatizzazione e contrattualizzazione della responsabilità disciplinare".

[22] Per il Trib. Crotone, sentenza del 29/11/2004, l'art. 21 evidenzierebbe la volontà del legislatore di rinviare alla contrattazione collettiva per la regolamentazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti da un licenziamento ingiustificato. Se così fosse, tutta l'argomentazione giuridica offerta dalla Cassazione nella sentenza 2233/2007 citata andrebbe riletta alla luce della necessaria distinzione, anche sotto un profilo normativo, tra le due distinte forme di responsabilità (dirigenziale o disciplinare) in cui può imbattersi il dirigente pubblico.

[23], non vi sarebbe alcuna disposizione contenuta nel d.lgs. 165/2001 che, in combinato con la previsione di cui all'art. 2, comma 2, preveda una deroga alla inapplicabilità, *ex* art. 10 della l. 604/66, della tutela reale in ipotesi di licenziamento illegittimo o ingiustificato del dirigente pubblico [24]. Si ritiene pertanto che il legislatore abbia demandato alla contrattazione collettiva il compito, indiscutibilmente gravoso, di approntare la disciplina del recesso del dirigente pubblico ed, in particolare, di prevederne la reintegrabilità, o meno [25].

4. All'operatore giuridico si richiede pertanto di esaminare la contrattazione collettiva di settore onde verificare cosa preveda al riguardo. Orbene, il CCNL per l'Area della Dirigenza Sanitaria Professionale ed Amministrativa del Comparto Sanità, quadriennio normativo 1994/1997, all'art. 37, comma 2 [26], sembra ammettere la reintegra nel posto di lavoro del dirigente pubblico solo in ipotesi di licenziamento illegittimo per motivi discriminatori [27]. Difatti, in tutte le altre fattispecie, l'art. 36, comma 10, nel disciplinare la procedura da seguire in caso d'impugnazione avanti al Collegio di Conciliazione, stabilisce che, a fronte dell'accoglimento del ricorso, l'Amministrazione non sia tenuta a reintegrare il dirigente, ma solo al pagamento di un'indennità supplementare da determinarsi sulla base dei criteri di cui al comma successivo [28]. Tutela

---

[23] Ci si riferisce, tra i tanti, a CARNOVALE, *op. cit.*, secondo cui "non vi è alcuna norma di legge che espressamente preveda l'applicazione della tutela reale alla dirigenza pubblica", e a RICCOBONO, cfr. nt. 20.

[24] Conformemente e per quanto concerne la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Marsala, cit. nt. 12, e Trib. Perugia, ord. n. 1266/2009, ove si legge che "il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato dal codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel D.Lgs.; di conseguenza, al rapporto di lavoro del dirigente pubblico va applicata la disciplina prevista per il rapporto di lavoro del dirigente privato … poiché il D.lgs. 165/01 non apporta deroghe alla disciplina in questione".

[25] Si veda, ad esempio, Trib. Rieti, ord. 14 luglio 1999: "la tutela reale prevista dalla legge 300 del 1970 e dalla legge n. 604/1966 non trova applicazione al rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari il cui licenziamento è disciplinato unicamente dagli artt. 2118 e 2119 c.c., oltre che dai contratti collettivi ad essi relativi".

[26] In particolare secondo il comma primo "de qua" il recesso è nullo in tutti i casi in cui lo prevedano il codice civile e le vigenti disposizioni di legge e, in particolare: a) se è dovuto a ragioni politiche, religiose, sindacali, di sesso, di razza o di lingua; b) se è intimato, senza giusta causa, durante i periodi di sospensione previsti dall'art. 2110 del codice civile, salvo quanto previsto dagli artt. 23 e 24". Inoltre, ai sensi del comma 2, in tutti questi casi deve applicarsi l' "art.18 della L. 300/1970".

[27] In tal senso si è espresso il Trib. Roma, sez. lavoro, sent. 5 giugno 2000 e ord. 20 luglio 2000, nonché il Trib. Genova, sez. lavoro, ord. 16 giugno 2000.

[28] In particolare stabilisce la disposizione richiamata che "ove il Collegio, con motivato giudizio, accolga il ricorso, dispone a carico dell'azienda o ente una indennità supplementare, determinata in relazione alle valutazioni dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo, pari al corrispettivo del preavviso maturato,

reale che, salve le ipotesi di licenziamento discriminatorio, è stata mantenuta dalla contrattazione collettiva, al comma 15 della disposizione *de qua*, solo *"in fase di prima applicazione del presente contratto e, comunque, non oltre il 15 dicembre 1997"* [29]. Tuttavia, l'art. 35, comma 4, nell'ammettere che la responsabilità dirigenziale, grave e reiterata, costituisca giusta causa di licenziamento, stabilisce che *"l'annullamento della procedura di accertamento … disciplinato dall'art. 57, comma 5 e seguenti, fa venire meno gli effetti del recesso"* stesso. Ciò ha portato autorevole dottrina [30] a sostenere che il CCNL *de quo* abbia previsto solo nei casi di responsabilità dirigenziale la riviviscenza automatica del rapporto di lavoro a fronte della caducazione *ex tunc* dall'atto solutorio. Quanto al successivo CCNL 1998/2001, l'art. 23, comma 1, a parte l'introduzione del Comitato dei Garanti, *"chiamato ad esprimere parere preventivo sulle ipotesi di recesso proposte dalla azienda nei confronti dei dirigenti"*, in materia di licenziamento disciplinare opera un rinvio al citato art. 36 del CCNL 1994/1997 [31]. Lo stesso dicasi per i successivi CCNL 2002/2005 e 2006/2009 per l'Area della Dirigenza Sanitaria Professionale ed Amministrativa del Comparto Sanità. Sulla base di ciò il Tribunale di Perugia (ord. 30/6/2006, est. Angeleri - n. 5/06 Recl.), ha revocato il provvedimento di reintegra emesso in fase cautelare, sul motivato che *"l'autorità giudiziaria non può ordinare all'azienda o all'amministrazione pubblica la reintegrazione nel posto di lavoro del dirigente medico, il cui licenziamento venga dichiarato ingiustificato"*, atteso che la contrattazione collettiva si limita a stabilire *"che in caso di recesso ingiustificato dell'azienda o amministrazione pubblica, il dirigente"* del predetto comparto *"ha solo diritto alla tutela risarcitoria e non anche alla reintegrazione nel posto di lavoro"*. Contrattazione collettiva che, pertanto, prima del nuovo CCNL 2010, si limitava a prevedere solo una forma di tutela risarcitoria per il dirigente sanitario in ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo od ingiustificato, salve le ipotesi di licenziamento discriminatorio e di annullamento della procedura di accertamento della responsabilità dirigenziale. Il CCNL del 6 maggio 2010 del comparto sanità, correttamente richiamato nella fattispecie in esame, ha pertanto introdotto per le ipotesi di responsabilità disciplinare una forma di tutela a favore del dirigente pubblico prima non contemplata né dal d.lgs. 165/2001 né dalla disciplina pattizia. Invero, lo stesso Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, nel commentare il nuovo CCNL 2010, per le sequenze contrattuali degli artt.

---

maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità ed un massimo pari al corrispettivo di 22 mensilità".

[29] Si veda, in tal senso, Trib. Roma sent. 5 giugno 2000 e ord. 20 luglio 2000; Trib. Genova, ord. 16 giugno 2000.

[30] Cfr. Casola, *op. cit.*, 69.

[31] Si veda Trib. Perugia 30 giugno 2006 e Trib. Firenze 15 gennaio 2004 e 6 dicembre 2002.

28 e 29, ha sottolineato come questo abbia *"riguardato alcuni importanti aspetti... della responsabilità disciplinare"* nel cui *"ambito è stata anche introdotta la possibilità della reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato, finora non prevista"* [32].

Come innovazione, del resto, è stata salutata anche dalle stesse organizzazioni sindacali firmatarie [33], nonché dalla dottrina [34].

CHIARA POLENZANI

[32] Cfr. *http://www.innovazionepa.gov.it/comunicazione/notizie/2010/maggio/06052010---servizio-sanitario-nazionale-firmati-i-contratti.aspx.*

[33] Cfr. *www.uilfplsalerno.it.*

[34] In particolare per GASPARRO, *I procedimenti disciplinari in sanità*, in *Diritto dei Lavori*, marzo 2011, n. 1, in *www.csddl.it*, "l'art. 14 del citato Contratto integrativo disciplina la reintegrazione in servizio del dirigente illegittimamente o ingiustificatamente licenziato", mentre "prima di tali disposizioni esisteva solo la possibilità per il dirigente … di ottenere il risarcimento del danno, senza reintegra nel posto di lavoro".

TRIBUNALE DI PERUGIA – 1° marzo 2011 – *Est.* DE MARTINO – F. c. I.

Prescrizione e decadenza – Opposizione a decreto ingiuntivo – Principio di scissione soggettiva – Inapplicabilità al termine prescrizionale (r.d. n. 1736/33, art. 75; c.c., art. 2943; c.p.c., art. 149).

La ratio *della pronuncia costituzionale n. 477/2002 – sulla quale si fonda l'anticipazione del perfezionamento della notificazione per il notificante al momento della consegna dell'atto all'Ufficiale giudiziario – è quella d'impedire che un effetto di decadenza possa discendere dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile a soggetti diversi dal notificante, con la conseguenza che il principio non può essere ritenuto operante ai fini della produzione degli altri effetti sostanziali e processuali che l'ordinamento ricollega alla notificazione* (1).

(*Omissis*). La società in epigrafe ha proposto opposizione avverso l'atto di precetto notificatole il 20 giugno 2009 nel quale le era stato

intimato il pagamento della somma complessiva di € 28.681,32; ha eccepito in primo luogo la prescrizione dell'azione cartolare nei confronti del traente degli assegni bancari costituenti titolo esecutivo, in quanto gli assegni recavano rispettivamente quale data di emissione il 22.10.2008, il 31.10.2008, il 10.11.2008 ed erano stati presentati per l'incasso in data 3.12.2008, mentre la notifica del precetto era avvenuta il 20.6.2009; che il precetto era nullo per inesatta indicazione degli estremi del presunto titolo esecutivo; l'insussistenza del diritto di procedere esecutivamente in quanto la merce fornita dalla I. presentava rilevanti vizi e difetti di qualità che avevano comportato numerose contestazioni della clientela. Chiedeva pertanto, previa sospensiva dell'efficacia esecutiva dei titoli, dichiararsi la nullità dell'atto di precetto e dichiarare che la società F. nulla deve alla società I.

L'opposta si costituiva nella sola fase incidentale della sospensiva – ed in quella sede si opponeva alle avverse pretese, deducendo che il termine di prescrizione *ex* art. 75 l.ass. non era spirato in quanto, dal 21.1.2009, data in cui la creditrice aveva appreso che gli assegni erano scaduti e quindi restituiti impagati, essa aveva effettuato numerosi tentativi di notificare il precetto presso la sede risultante dalla visura camerale e solo il 20.6.2009 l'atto era giunto al destinatario, e che infondate erano anche le ulteriori eccezioni procedurali e di merito mentre, ad onta della regolarità della notifica dell'atto di citazione in opposizione, non si costituiva nella fase del merito.

L'opposizione è fondata e va accolta in relazione al motivo relativo alla prescrizione dell'azione cartolare nei confronti del traente.

L'art. 75 del R.D. 1736/33 prevede che il regresso del portatore contro i giranti, il traente e gli altri obbligati si prescrive in sei mesi dallo spirare del termine di presentazione.

La presentazione per il pagamento, trattandosi di assegni fuori piazza, doveva nel caso in esame avvenire entro il termine di 15 giorni dalla data di emissione indicata su ciascun assegno. Tale termine non è stato rispettato: tutti e tre gli assegni infatti sono stati presentati all'incasso in data 3.12.2008.

Il precetto opposto è stato notificato a mezzo del servizio postale ed è stato recapitato alla F. in data 20.6.2009. Pur non essendo prodotto in atti l'originale di notifica, in possesso dell'opposta contumace, nella fase cautelare della sospensiva la società I. ha riconosciuto che la notifica del precetto si è perfezionata in data 20.6.2009, e quindi tale dato può dirsi pacifico. Ne deriva che a tale data il termine semestrale di prescrizione di cui al citato art. 75 era già spirato, con la conseguenza che gli assegni *de quibus* avevano perso la valenza di titoli esecutivi.

Come già evidenziato dal precedente Giudice relatore nel sub procedimento di sospensiva, non è possibile considerare validi atti interruttivi

della prescrizione i tentativi di notifica del precetto alla F. avvenuti in data 10.2.2009, 17.3.2009, 10.4.2009, né può invocarsi il principio della scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario affermato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 477 del 2002.

In proposito infatti si osserva che l'art. 2943 cod. civ., nel sancire espressamente che la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, ha stabilito una innegabile connessione tra effetto interruttivo e natura recettizia dell'atto, con la conseguenza che la mancata introduzione, nella sfera giuridica del destinatario, dell'atto di notifica nullo non consente in alcun modo a quest'ultimo di risultare funzionale alla produzione dell'effetto voluto (cfr. Cass. civ. Sez. lavoro 07.07.2006 n. 15489).

Il principio per il quale affinché si produca l'effetto interruttivo della prescrizione è necessario che la domanda giudiziale pervenga all'indirizzo del destinatario, mentre non è sufficiente la sola spedizione è stato affermato, tra le più recenti, da Cass. civ., Sez. lavoro, 24/06/2009, n. 14862 ("*L'effetto interruttivo della prescrizione esige, per la propria produzione, che il debitore abbia conoscenza (legale, non necessariamente effettiva) dell'atto giudiziale o stragiudiziale del creditore; esso, pertanto, in ipotesi di domanda proposta nelle forme del processo del lavoro, non si produce con il deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice adito, ma con la notificazione dell'atto al convenuto*"), da Cass. civ., Sez. lavoro, 27/06/2008, n. 17644 e da Cass. civ., Sez. lavoro, 11/06/2009, n. 13588 ("*In materia di prescrizione, la consegna all'ufficiale giudiziario dell'atto da notificare non è idonea ad interrompere il decorso del termine prescrizionale del diritto fatto valere, dovendosi ritenere che il principio generale - affermato dalla sentenza n. 477 del 2002 della Corte Costituzionale - secondo cui, quale sia la modalità di trasmissione, la notifica di un atto processuale si intende perfezionata, dal lato del richiedente, al momento dell'affidamento dell'atto all'ufficiale giudiziario, non si estenda all'ipotesi di estinzione del diritto per prescrizione in quanto, perché l'atto, giudiziale o stragiudiziale, produca l'effetto interruttivo del termine, è necessario che lo stesso sia giunto alla conoscenza (legale, non necessariamente effettiva) del destinatario*").

Dette affermazioni appaiono senz'altro condivisibili: il principio della scissione degli effetti della notificazione enunciato dalla C. Cost. con la sentenza sopra citata era stato affermato con riferimento ad ipotesi in cui il notificante è tenuto al rispetto di un termine decadenziale, quale quello di proporre azione entro un termine perentorio, mentre nella diversa fattispecie della prescrizione il diritto, già nella sfera giuridica del titolare, si estingue se non esercitato entro un determinato termine. Affinché si produca l'effetto interruttivo è quindi necessario che il

debitore abbia conoscenza legale dell'atto giudiziale o stragiudiziale del creditore; ad opinare il contrario si creerebbe la paradossale situazione per cui il creditore potrebbe esperire un tentativo di notifica l'ultimo giorno utile prima dello spirare del termine di prescrizione ed il debitore rimarrebbe esposto al rischio del ricevimento dell'atto interruttivo dopo mesi, come accaduto nella fattispecie, e dopo aver già fatto ragionevole affidamento sulla definitiva estinzione del rapporto.

Come osservato da Cass. civ., Sez. lavoro, 27/06/2008, n. 17644, la suddetta interpretazione non confligge con la Costituzione poiché "*sussiste l'interesse del destinatario alla certezza del diritto, ossia a conoscere se la prescrizione sia stata tempestivamente interrotta ovvero il rapporto possa considerarsi definito, la cui preminenza non appare irragionevole, atteso che il mittente ha la possibilità di agire con la dovuta tempestività*".

Per completezza espositiva va dato conto dell'esistenza di un precedente coevo, ma difforme rispetto all'orientamento appena segnalato, che ritiene applicabile, ai fini della tempestività dell'interruzione della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, primo comma, cod. civ., il principio della scissione del momento perfezionativo della notificazione per il richiedente e per il destinatario, "*posto che l'esigenza che la parte non subisca le conseguenze negative di accadimenti sottratti al proprio potere d'impulso sussiste non solo in relazione agli effetti processuali, ma anche a quelli sostanziali dell'atto notificato*" (Cass. civ., Sez. III, 19/08/2009, n. 18399).

Detta soluzione non appare convincente, poiché dimentica che la *ratio* della pronuncia n. 477/2002, su cui si fonda l'anticipazione del perfezionamento della notificazione per il notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, è quella di impedire che un effetto di decadenza possa discendere dal ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al notificante, ma a soggetti diversi (l'ufficiale giudiziario e l'agente postale), e perciò del tutto estranea alla sfera di disponibilità del primo. Ai fini diversi dall'osservanza di un termine di decadenza però, e quindi ai fini della produzione degli altri effetti sostanziali e processuali che l'ordinamento ricollega alla notificazione, non è invece irragionevole che essa continui a perfezionarsi per il notificante nello stesso momento in cui si perfeziona per il destinatario dell'atto.

In proposito una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (14 aprile 2010, n. 8830), nell'affermare il principio che l'impugnativa del licenziamento deve intendersi tempestiva con riguardo al momento della spedizione della dichiarazione, anche se essa sia ricevuta dal datore di lavoro oltre il termine di sessanta giorni – atteso che l'effetto di impedimento della decadenza si collega, di regola, al compimento, da parte del soggetto onerato, dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione – ha però precisato che non sono incompatibili con tale regola "*previsioni afferenti a vicende in cui*

sorge l'esigenza di tutelare l'affidamento del destinatario della dichiarazione in ordine alla permanenza di uno stato di fatto consolidatosi in un prolungato ambito temporale, in tal caso dandosi luogo, mediante la disciplina della prescrizione estintiva, all'adeguamento dello status iuris *allo* status facti *in ragione del contemperamento tra l'interesse del titolare inerte e quello del controinteressato all'esercizio del diritto. In questo senso, la giurisprudenza di legittimità ha assimilato l'effetto della prescrizione ad una* species adquirendi*, ossia all'acquisto da parte del soggetto passivo del diritto sottoposto a prescrizione di una situazione di vantaggio, derivandone la necessità che tale soggetto venga a conoscenza dell' "acquisto", conseguente al mancato impedimento dell'atto interruttivo nel termine di legge, ovvero del "mancato acquisto", la cui conoscenza deriva invece necessariamente dalla ricezione dell'atto (cfr. Cass., sez, un., 3 febbraio 1996, n. 916; Cass. 3 ottobre 2007, n. 20736). In tale prospettiva, la circostanza che l'atto interruttivo pervenga alla conoscenza del destinatario costituisce l'unico* eventum iuris *idoneo ad impedire che si consolidi l'affidamento di questo sulla concreta e protratta inoperatività delle conseguenze svantaggiose che gli deriverebbero dall'altrui esercizio di un diritto, là dove invece l'effetto vantaggioso, che l'intervenuta decadenza comporta per la controparte dell'onerato, costituisce un riflesso meramente indiretto della limitazione che la tutela del diritto di quest'ultimo soffre per effetto dell'imposizione dell'onere.*

Sotto il profilo sistematico, dunque, nelle ipotesi di ricezione prevista come necessaria, l'impedimento dell'effetto estintivo, o preclusivo, dipende, non dalla mera attività del titolare del diritto, ma dal prodursi degli effetti dell'esercizio del diritto nella sfera giuridica del contro interessato".

L'opposizione va dunque accolta (*Omissis*).

(1) Interruzione del termine prescrizionale e oneri comunicativi.

1. La società Alfa propone opposizione avverso atto di precetto – notificatole nel mese di giugno 2009 dalla società Beta, e nel quale le veniva intimato il pagamento della somma di € 28.681,32 – eccependo come: a) fosse nel frattempo intervenuta la prescrizione dell'azione cartolare nei confronti del traente degli assegni bancari costituenti titolo esecutivo, e ciò in quanto questi ultimi, pur recanti date di emissione corrispondenti ai mesi di ottobre e novembre 2008, venivano presentati per l'incasso ad inizi dicembre 2008, mentre la notifica del precetto avveniva nel mese di giugno 2009; b) il precetto risultasse nullo per inesatta indicazione degli estremi del presunto titolo esecutivo. Alfa chiede, pertanto, che venga dichiarata la nullità dell'atto di precetto e che, pertanto, Alfa nulla debba alla società Beta.

Beta si oppone alle avverse pretese, deducendo come: a) il termine prescrizionale di cui all'art. 75 della legge sulle assicurazioni non debba considerarsi spirato in quanto, dal gennaio 2009 – mese in cui Beta medesima aveva appreso della scadenza degli assegni e, pertanto, della loro restituzione priva del relativo pagamento – la creditrice effettuava numerosi tentativi di notificare il precetto presso la sede di Alfa come risultante da visura camerale, solo nel giugno successivo l'atto giungendo ad essere legalmente conosciuto da parte del destinatario; b) debbano ritenersi infondate anche le ulteriori eccezioni procedurali e di merito.

Il Giudice di prime cure accoglie l'opposizione di Alfa in riferimento al motivo relativo alla prescrizione dell'azione cartolare nei confronti del traente, e ciò in quanto viene rilevato come: 1) il citato art. 75 del r.d. n. 1736/1933 preveda la prescrizione semestrale, dallo spirare del termine di presentazione**,** del regresso del portatore contro giranti, traente e altri obbligati; 2) trattandosi di assegni fuori piazza, la presentazione per il pagamento dovesse avvenire entro il termine di 15 giorni dalla data di emissione indicata su ciascun assegno; 3) il suddetto termine non sia stato rispettato; 4) il precetto opposto, notificato a mezzo di servizio postale, sia stato recapitato alla società Alfa solo nel mese di giugno 2009, la notifica essendosi pertanto perfezionata oltre il termine semestrale di prescrizione di cui al citato art. 75 e risultando, pertanto, spirata anche la valenza di titoli esecutivi in capo ai citati assegni; 5) non debbano considerarsi rilevanti, in termini d'interruzione del termine prescrizionale, i meri tentativi di notifica del precetto ad Alfa avvenuti nei mesi di febbraio, marzo e aprile 2009; 6) non sia neppure invocabile, infine, il principio – enunciato con sentenza costituzionale n. 477/2002 – di scissione, sotto il profilo soggettivo, dell'efficacia notificativa quanto alle due figure dell'istante della notifica e del destinatario della medesima: ciò in quanto l'art. 2943 c.c., stabilendo come la prescrizione subisca interruzione a seguito della notificazione della domanda giudiziale, ha sostanzialmente previsto, nelle ipotesi in cui la ricezione dell'atto si profili come necessaria, la dipendenza dell'impedimento dell'effetto preclusivo ovvero estintivo – più che dalla mera attività del titolare del diritto – dallo spiegamento dell'efficacia dell'esercizio del diritto nella sfera giuridica della controparte.

2. È noto come l'atto notificativo [(1)] svolga un ruolo fondamentale in

---

[(1)] In tema di notificazione la letteratura è vasta. Cfr., *ex multis*: La China, *Notificazione*, II, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 2000, 1, secondo il quale la notificazione costituisce «il modo di far acquisire a taluno, in forma ufficiale o comunque garantita, conoscenza integrale e perdurante di un atto processuale (talvolta anche sostanziale), mediante consegna di una copia completa e fedele all'atto stesso, che resta nella disponibilità del destinatario»; Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 321 ss., il quale precisa come sotto il profilo giuridico l'azione notificativa possa volgere a vari scopi, tra cui «portare

ordine agli atti processuali introduttivi del giudizio [2], in quanto costituisce

---

[…] a conoscenza di un soggetto circostanze svariatissime: un avvenimento prodotto da cause naturali o, comunque, estranee al soggetto che notifica; una attività materiale o giuridica già compiuta e perfezionata dal notificante da solo od in comune con altri; una attività materiale o giuridica compiuta da un altro soggetto, l'intenzione del notificante di compiere una attività giuridica ed anche il compimento di una attività giuridica che si perfeziona […] attraverso l'atto del portare a conoscenza di altri soggetti; infine, è notificazione anche l'atto di un soggetto, che normalmente è incaricato di un pubblico servizio predisposto a questo scopo, con cui, per incarico di un altro soggetto si porta alcunché a conoscenza di un terzo soggetto. […] Appare chiaro che le nozioni fondamentali alle quali viene attribuita la qualifica di notificazione sono due: l'atto del portare a conoscenza, in sé e per sé, come svolgimenti di attività diretta esclusivamente a tale scopo e che, come tale, produce effetti giuridici; il portare a conoscenza come perfezionamento di una distinta attività giuridica, che non produce effetti se non viene portata a conoscenza di altri», dovendosi pertanto distinguere «l'atto di notificazione vero e proprio» dall'attività notificativa intesa quale «perfezionamento di un altro atto», dovendo pertanto considerarla, in tale seconda accezione, «come modo di esplicazione di un altro atto e, quindi, come elemento formale dell'atto stesso»; ancora, secondo Vettori, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 13, dal momento che in talune ipotesi il lemma «notificazione» viene sostituito da diversa terminologia (notizia, comunicazione, avviso, denunzia), la *denuntiatio* – che costituisce «oggetto strumentale» dell'obbligo facente capo al promittente nell'ipotesi del patto di prelazione – non potrebbe in quanto tale risultare, a proposito della dibattuta assimilabilità tra preliminare unilaterale e patto di preferenza, «l'evento dedotto in condizione». Infine, secondo Redenti, *Atti processuali*, *a)*, *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 120 s., la notificazione è suscettibile di costituire «elemento integrante di due tipi ben diversi di atti processuali e vi assumono necessariamente una posizione ed un'importanza diversa. Il primo tipo si ha quando la notificazione serve come mezzo o tramite solenne di comunicazione di un atto di parte recettizio ai suoi destinatari, dopo che la parte stessa, o chi per essa, ne abbia formato e formulato il contenuto su di un determinato modulo legale. Come tale, la notificazione può essere talvolta un tramite facoltativo, che la parte può scegliere in luogo di altri di cui si potrebbe servire (ad esempio per la comunicazione di comparse), altre volte un mezzo prescritto imprescindibilmente dalla legge stessa per l'esistenza e l'efficacia dell'atto (ad esempio per la citazione). In questo caso l'atto compiuto risulta da tre momenti successivi», cioè a dire 1) la formazione del contenuto e quindi del testo dell'atto; 2) l'istanza all'Ufficiale giudiziario affinché proceda alla consegna; 3) l'attività dell'Ufficiale giudiziario al fine della consegna «al destinatario e "verbalizzazione" di queste sue attività sull'originale e sulla copia (o sulle copie). Ne risulta così un atto composito che si perfeziona solo al momento della eseguita notificazione, ma di cui il fulcro o il perno, a cose fatte, resta il testo […] e la richiesta di provenienza della parte», costituendo in tutto ciò, l'attività dell'Ufficiale giudiziario, «attività integrativa secondaria ausiliaria o strumentale. L'altro tipo di notificazione consiste nella consegna in forma solenne fatta dall'Ufficiale giudiziario di copia di un atto o di un provvedimento che non proviene dalla parte (come ad esempio una sentenza) e che per sé non è recettizio […]. Lo scopo quindi non è semplicemente quello di renderlo noto alle parti "notificate" ma è quello di provocare altri effetti che la legge attribuisce o collega al compimento di questa formalità (per esempio far decorrere un termine processuale ad impugnare)».

[2] In ordine alla individuazione delle tipologie di atto processuale v. Oriani,

l'unico strumento idoneo a garantire la conoscenza dell'atto processuale in capo al relativo destinatario: eventuali ritardi tra istanza di notifica e relativo compimento saranno pertanto da addebitarsi, in via di principio, a chi della notifica abbia fatto richiesta [3].

È utile ricordare, in proposito, alcune importanti pronunce giurisprudenziali – sia costituzionali che di legittimità – in tema di notifica, riguardanti in particolare: a) le notifiche di atti processuali all'estero (Corte cost., sentt. 2 febbraio 1978, n. 10 [4] e 3 marzo 1994, n. 69 [5]): si è così stabilito come, al fine del perfezionamento di notifiche all'estero, sia sufficiente il mero compimento delle formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali nonché dagli artt. 30 e 75 del d.P.R. n. 200/1967 (recante nuove disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari), in base al principio della sufficienza

---

Atti processuali, *I)*, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1 ss. In particolare, è opportuno ricordare come il procedimento di notificazione rappresenti un elemento imprescindibile solo degli atti processuali introduttivi del giudizio, potendo invece mancare nel caso degli atti di costituzione in giudizio, la cui efficacia non può prescindere dal mero deposito presso la cancelleria.

[3] Si veda in proposito la nota distinzione di Carnelutti, *Interpretazione dell'art. 143, ultimo comma c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 599 s., il quale sostiene come, in presenza di «una *distantia temporis* tra il compimento degli atti di notificazione, da un lato, e la acquisizione della conoscenza da parte del notificando, dall'altro, la notificazione finisce per avere due date», ognuna costituente «il *dies a quo* di un adempimento dell'una o dell'altra delle parti», in base alla circostanza che «altro è che sia stabilito dalla legge o dal giudice un termine a carico di chi deve notificare, altro che si tratti, invece, di un termine a carico di colui al quale si notifica».

[4] In tale pronuncia la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24 Cost., il comma 3 dell'art. 143 c.p.c., e ciò, in particolare, nella parte in cui non era previsto come – quanto all'operatività della notifica nei confronti del destinatario dell'atto notificando, nei casi in cui lo stesso non fosse residente, dimorante o domiciliato in Italia *ex* art. 142 c.p.c. – dovesse essere previamente accertata l'impossibilità di eseguire la notificazione nei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dal d.p.r. 5 gennaio 1967, n. 200, recante nuove disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari: cfr. Corte cost., 2 febbraio 1978, n. 10, in *Foro it.*, 1978, I, 550 ss., con nota di Proto Pisani, nonché in *Leggi civ. comm.*, 1978, 889 ss., con nota di Carpi.

[5] Veniva dichiarata, in sostanza, l'illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui al comma 3 dell'art. 142, comma 3 dell'art. 143 e comma 1 dell'art. 680 c.p.c., nella parte in cui, disponendo per il sequestro disposto *ante causam* ed *inaudita altera parte*, la notifica del decreto nel termine perentorio di quindici giorni dal compimento del primo atto di esecuzione, prevedeva, per la notifica all'estero, il perfezionamento al momento in cui l'atto fosse pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario, piuttosto che con il compimento delle sole formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali e dagli artt. 30 e 75, d.p.r. n. 200/1967: cfr. Corte cost., 3 marzo 1994, n. 69, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1164, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 399 ss., con nota di Campeis e De Paoli, *La tutela del richiedente la notificazione all'estero fra novelle legislative ed interventi della Corte costituzionale*.

del compimento delle sole formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante; b) l'applicazione della ormai generalizzata scissione dei momenti perfezionativi del fenomeno notificatorio, in relazione a singole disposizioni normative, tra cui gli artt. 140, 647 e 138 c.p.c.: in ordine a tale ambito si sono avute fondamentali pronunce costituzionali, tra le quali possono ricordarsi, in particolare, una ordinanza (n. 97 del 12 marzo 2004 [6]) e due sentenze (nn. 28 del 23 gennaio 2004 [7] e 107 del 2 aprile 2004 [8]), ma non può non farsi menzione anche della recente dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 140 c.p.c. (Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 3 [9]); c) la notificazione per pubblici proclami (Cass., 25 febbraio 2009, n. 4587 [10]); d) la notificazione degli atti giudiziari a mezzo del servizio postale (Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477 [11]): una volta dichiarato incostituzionale il combinato disposto

[6] Secondo tale decisione, le norme in tema di notificazione di atti processuali debbono interpretarsi nel senso che l'atto notificativo assume perfezionamento, quanto alla figura del notificante, al momento della consegna dell'atto notificando all'Ufficiale giudiziario: cfr. Corte cost. (ord.), 12 marzo 2004, n. 97, in *Giur. it.*, 2004, 2261 ss., con nota di Falco.

[7] Cfr. Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28, in *Corr. giur.*, 2004, 1310 s., con nota di Glendi, in *Foro it.*, 2004, I, 645, con nota di Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della Corte costituzionale)*, nonché in *Giur. it.*, 2004, 939 con nota di Delle Donne, *Il perfezionamento della notifica per il notificante tra diritto di difesa e principio del contraddittorio: riflessioni a margine di un recente intervento interpretativo della Consulta*.

[8] Cfr. Corte cost., 2 aprile 2004, n. 107, *Foro it.*, 2004, I, 1321, con nota di Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione e l'iscrizione della causa a ruolo*.

[9] La incostituzionalità è in tale pronuncia ravvisata nella parte in cui è previsto come la notifica debba considerarsi perfezionata, quanto alla figura del destinatario, a seguito della mera spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione: cfr. Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 3, in *Corr. giur.*, 2010, 467 ss., con nota di Conte, *Sull'incostituzionalità dell'art. 140 c.p.c.*, nonché in *Foro it.*, 2010, I, 734 ss., con nota di Caponi, *La Corte Costituzionale e le notificazioni nel processo civile*.

[10] Secondo la Corte di legittimità l'efficacia notificativa dovrebbe infatti intendersi, quanto alla figura del notificante, in termini di connessione con il «momento in cui questi abbia consegnato l'atto all'Ufficiale giudiziario per le attività e le formalità di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 150 c.p.c.; diversamente, rispetto al destinatario, la notifica è destinata ad acquisire rilevanza solo in esito al perfezionamento del procedimento notificatorio, che si ha quando – esaurite le formalità del comma 3, con il deposito di copia dell'atto nella casa comunale e l'inserimento di un estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e con le ulteriori formalità disposte dal capo dell'ufficio giudiziario – l'ufficiale giudiziario deposita una copia dell'atto, con la relazione e i documenti giustificativi dell'attività svolta, nella cancelleria del giudice davanti al quale si procede»: cfr. Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 4587, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 312.

[11] Cfr. Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477 (con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui all'art. 149 c.p.c. e di cui al comma 3 dell'art. 4 della legge 20 novembre 1982, n. 890, riguardo alle notificazioni

degli artt. 149 c.p.c. e 4, 3° comma della l. n. 890/1982, nonché richiamata la propria giurisprudenza in materia di notificazioni all'estero, la Corte Costituzionale ha infatti dichiarato come, pur essendo valido il principio della sufficienza del compimento delle formalità rientranti nella disponibilità del notificante, il medesimo principio risulti riferibile alla totalità delle tipologie di notificazione – compresa quella a mezzo postale – non potendo ravvisarsi efficacia decadenziale in capo al «ritardo nel compimento di un'attività riferibile, non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi (l'Ufficiale giudiziario e l'agente postale)», essendo l'attività dell'Ufficiale giudiziario e «dei suoi ausiliari (quale appunto l'agente postale) sottratta *in toto* al controllo e alla sfera di disponibilità del notificante medesimo». Quanto al destinatario, la notificazione sarà da considerarsi comunque perfezionata «solo alla data di ricezione dell'atto, attestata dall'avviso di ricevimento, con la conseguenza» che il termine decorrerà «da quella stessa data»: tale principio di «scissione soggettiva» del momento perfezionativo della notifica di atti giudiziari trova quindi, oggi, fondamento positivo in capo all'odierno 3° comma dell'art. 149 c.p.c. [(12)].

Il suddetto principio – come ribadito dalla Consulta due anni più tardi, a mezzo della citata sentenza n. 28 del 23 gennaio 2004 – è stato poi esteso alla totalità delle tipologie di notificazione, cioè a dire senza alcuna limitazione alle mere notifiche a mezzo posta e ricomprendendo, pertanto, anche quelle *brevi manu* da parte dell'Ufficiale giudiziario. La Consulta ha affermato, in sostanza, la generalizzazione della portata del principio in base al quale – «relativamente alla funzione che sul piano processuale, cioè come atto della sequenza del processo, la notificazione è destinata a svolgere per il notificante» – la notifica deve considerarsi perfezionata in

---

di atti giudiziari a mezzo del servizio postale), in *Guida al dir.*, 2002, n. 48, 38 ss., con commento di Gentile, *Passa il principio di scissione degli effetti tra attori e destinatari dell'atto giuridico*; in *Foro it.*, 2003, I, 13 ss., con nota di Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario. La parte non risponde della negligenza di terzi*; in *Giur. it.*, 2003, 1549 ss., con nota di Dalmotto, *La Corte manipola la norma sul perfezionamento della notifica postale: vecchie alternative e nuovi problemi*.

La bibliografia in tema di notifica a mezzo postale, vista sotto profili più generali, è vasta: cfr., *ex multis*, le riflessioni di Campus, *Notificazioni a mezzo posta e principio di sufficienza delle «formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante»*, in *Studium iuris*, 2003, 685 ss., nonché di L. Follieri, *Il perfezionamento del procedimento di notificazione a la recettizietà degli atti giuridici*, *ivi*, 2006, 1090 ss. e 1247 ss., e di Glendi, *La notificazione degli atti dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2004, 1311 ss.

[(12)] Cfr., in proposito, il testo del comma 3 dell'art. 149, così come aggiunto dal comma 1 dell'art. 2 della l. n. 263 del 28 dicembre 2005, secondo il quale si ha perfezionamento della notifica, quanto al notificante, in corrispondenza del momento di consegna dell'atto all'Ufficiale giudiziario, rimanendo, per il destinatario, al «momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto».

momenti distinti a seconda della situazione giuridica soggettiva (istante ovvero destinatario) presa a riferimento [13]: di talché la produzione dell'efficacia impeditiva delle decadenze processuali, quanto al notificante, sarà da ricollegarsi al compimento delle formalità il cui adempimento dipenda esclusivamente dalla parte istante, cioè a dire dalla istanza notificatoria accompagnata dalla consegna dell'atto nelle mani dell'Ufficiale giudiziario; quanto alla figura del destinatario, gli effetti della notificazione saranno invece connessi alla data di ricezione, a sua volta attestata dall'avviso di ricevimento [14].

Le citate decisioni della Consulta in tema di notificazione hanno certamente avuto forti ripercussioni sia sul piano del diritto processuale che su quello del diritto sostanziale, dando adito a un contrasto giurisprudenziale di legittimità che solo recentemente pare aver trovato soluzione sistematicamente coerente, nonché condivisa da buona parte della dottrina. L'attività notificativa consta, infatti, di due aspetti fondamentali: da una parte, l'assolvimento di oneri processuali volti ad evitare decadenze (notificazione sotto un profilo più propriamente soggettivo, con conseguente scissione, sotto il profilo del perfezionamento della notifica, delle due figure di notificante e destinatario dell'atto); dall'altra, l'attività partecipativa (atto notificativo in senso stretto, cioè a dire in termini di istituto volto a rendere edotto il destinatario dell'esistenza dell'atto medesimo [15]).

Quanto al primo aspetto (quello processuale, concernente pertanto i termini di tipo decadenziale), come recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza del 14 aprile 2010, n. 8830 [16], richia-

---

[13] Molte pronunce della Cassazione hanno poi seguito i principi enunciati dalla Consulta. Si vedano, *ex multis*: Cass. civ., sez. V., 22 maggio 2003, n. 8099, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1147 ss.; Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9357, in *Dir. e giust.*, 2003, 26, 96 ss.; Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2003, n. 12041, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass. civ., sez. I, 16 luglio 2004, n. 13183, *ivi*, 2004; Cass. civ., sez. lav., 13 aprile 2004, n. 7018, Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2004, n. 4900 e Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2004, n. 709, tutte e tre riportate in *Foro it.*, 2004, I, 2384 ss., con nota di Caponi.

[14] Cfr., in ordine alla distinzione temporale tra perfezionamento della notifica (quanto all'istante) alla consegna dell'atto all'Ufficiale giudiziario e momento del deposito, Cass. civ., sez. lav., 3 settembre 2003, n. 12834, in *Arch. civ.*, 2004, 944, in *Gius*, 2004, 695, nonché in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 6, 247; Cass. civ., sez. II, 18 luglio 2003, n. 11257, in *Arch. civ.*, 2004, 670 e in *Gius*, 2004, 2, 233; Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2003, n. 11072, in *Arch. civ.*, 2004, 670 nonché in *Gius*, 2004, 77.

[15] Si vedano in proposito le riflessioni di Pugliatti, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 129, secondo il quale la «notificazione produce la conoscenza legale, che è sostenuta da un notevole grado di probabilità della (acquisizione di) conoscenza (effettiva) da parte del destinatario».

[16] Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Giur. it.*, 2010, 1001 ss., la quale ha stabilito l'applicabilità del principio di cui alla citata sentenza costituzionale n. 477/2002, di per sé riguardante la «mera» notificazione di atti processuali, anche all'atto stragiudiziale dell'impugnativa di licenziamento di cui all'art. 6, l.

mata, insieme a quella costituzionale n. 477/2002, dal Tribunale monocratico di Perugia, la cui decisione è oggetto del presente commento), si è finalmente dato conto della necessità di tenere distinte – ai fini impeditivi del decorso del termine decadenziale – due tipologie di notificazione: da una parte, le ipotesi a fronte delle quali l'onere dell'atto impeditivo della decadenza si profili a mezzo della consegna del relativo atto notificativo (raccomandata a.r., ovvero atto giudiziario) al terzo incaricato della consegna (rispettivamente, ufficio postale ovvero Ufficiale giudiziario) [(17)]; dall'altra, le ipotesi in cui l'onere dell'atto impeditivo si consideri adempiuto solo a fronte della ricezione dell'atto da parte del destinatario.

In particolare, le Sezioni Unite hanno precisato [(18)] come la decadenza costituisca «effetto del mancato assolvimento, da parte del titolare dell'interesse giuridicamente tutelato, dell'onere di tenere un determinato comportamento, la cui materiale esecuzione costituisce l'indice della concreta meritevolezza della tutela prevista in astratto dall'ordinamento, sì che l'inerzia dell'avente diritto, protratta per l'intero periodo di tempo individuato *ex lege*, inibisce la successiva attivazione della tutela giurisdizionale connessa alla titolarità del diritto medesimo». Al contrario, «il compimento dell'attività dell'interessato, volta a dare concreto corso alla tutela prevista *in abstracto*», deve considerarsi in termini di «adempimento dell'onere cui gli effetti di tutela sono subordinati. […] La *ratio* sottesa alla disposizione che preveda il verificarsi di una decadenza si sostanzia nella necessità di una verifica in ordine all'effettiva sussistenza di un interesse meritevole dell'attivazione della tutela ordinamentale, interesse che è da reputarsi non effettivamente sussistente» in tutti i casi «in cui il titolare non ponga tempestivamente in essere il comportamento di cui la norma lo onera». E proprio a fronte di tali riflessioni si è osservato [(19)] come «il riferimento imprescindibile alla disciplina della decadenza» comporti «la necessaria individuazione dei contenuti e delle modalità di assolvimento dell'onere – imposto al soggetto interessato – di esercizio di un potere entro un dato termine; operazione, questa, che comporta la rilevanza delle condotte imputabili al soggetto onerato e che richiede la configurazione sistematica delle modalità con cui il soggetto può esercitare il potere entro la scadenza del termine» [(20)].

---

n. 604/1966, e ciò come la relativa raccomandata con avviso di ricevimento debba considerarsi «tempestivamente effettuata allorché la spedizione avvenga entro [i previsti] sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento o dei relativi motivi», e ciò anche ove risulti che la stessa dichiarazione sia stata ricevuta dal datore di lavoro oltre il predetto termine.

[(17)] Ciò, anche in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, come comprova il richiamo, nel principio enunciato, al combinato disposto degli artt. 4 e 36 Cost.

[(18)] Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, cit., par. 9.1.

[(19)] Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, cit., par. 9.2.

[(20)] La Corte Costituzionale, in tempi oramai non più recenti, aveva già enunciato un principio fondamentale in base al quale ove la legge preveda – a pena di decaden-

Ove l'atto tipico richiesto per l'esercizio del potere sia un atto di tipo recettizio, ciò non comporta automaticamente la necessità della ricezione ai fini dello spiegamento di ogni effetto impeditivo della decadenza: l'atto esiste, infatti, già nella sua compiutezza, assumendo – ai fini impeditivi della decadenza – propria rilevanza giuridica, «mentre la condizione di efficacia della ricezione costituisce, a tali fini, un elemento estrinseco alla fattispecie decadenziale». Tale regola ammette tuttavia – proseguono le Sezioni Unite – «previsioni contrarie, nel senso della necessità della ricezione a qualunque effetto o a determinati effetti, a seconda del contesto in cui la decadenza sia prevista e delle finalità specifiche della recettizietà». Inoltre [21], ove emerga «a prescindere dallo specifico ambito di applicazione, la esistenza di una regola generale secondo cui l'impedimento della decadenza non richiede la conoscenza dell'atto da parte del destinatario […] l'enunciazione di tale principio» non deve considerarsi «disgiunta dall'esigenza sistematica di definirne l'operatività in relazione alle diverse fattispecie, specialmente nella materia contrattuale»: la legge medesima, «come anche la singola clausola contrattuale», riconducono talvolta la totalità degli effetti della dichiarazione recettizia al momento in cui la medesima pervenga al relativo destinatario, escludendo in tal modo «effetti interinali, o preliminari, per l'impedimento della decadenza» [22].

Non può non ricordarsi, inoltre, come l'effetto impeditivo del termine decadenziale prescinda dalla circostanza che la dichiarazione risulti o meno contenuta in un atto giudiziario: come ora confermato dalla stessa S.C. [23], infatti, l'esclusione della responsabilità dell'onerato per fatti non imputabili alla sua condotta si pone ogni qualvolta «l'impedimento della decadenza» risulti connesso «al compimento di un'attività dichiarativa, a prescindere dalla circostanza che il comportamento dell'onerato rilevi al fine di impedire la decadenza in relazione ad una posizione sostanziale o

---

za – termini specifici per il compimento di determinati atti, «la parte onerata deve poter disporre di tutto il tempo previsto dalla legge stessa»: si vedano, in proposito, Corte cost., 6 luglio 1971, n. 159, in *Foro it*., 1971, I, 2117, nonché Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 139, *ivi*, 1968, I, 10.

[21] Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, cit., par. 9.5.

[22] Ciò premesso, la S.C. enuclea una serie di ipotesi di atto di tipo recettizio, sia legate ad effetti impeditivi di decadenza, che connesse alla formazione contrattuale, dando conto in particolare di come «specificamente, la necessità della ricezione» sia stata presa in considerazione con riferimento «al termine per l'accettazione della proposta contrattuale ai sensi dell'art. 1326 c.c., comma 2, come anche per la revoca della proposta contrattuale […] nonché per la prelazione e il riscatto agrario da parte dell'affittuario, ai sensi dell'art. 8, l. 26 maggio 1965, n. 590 […] e il riscatto di alloggio di edilizia residenziale pubblica […]. La medesima necessità di ricezione è stata ravvisata per ipotesi di disdetta del contratto in cui la legge, o specifiche clausole contrattuali, attribuiscono alla comunicazione dell'atto una funzione di preavviso», come ad esempio nelle ipotesi contrattuali di locazione ovvero di appalto.

[23] Cfr. Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, cit., par. 9.7.

processuale». Quanto sopra, con l'ulteriore precisazione che «la fattispecie caratterizzata dalla *consecutio* tra attribuzione dell'onere e decadenza, pure ponendosi in modo analogo nell'ambito dei rapporti sostanziali e di quelli processuali, ammette una diversa disciplina degli effetti decadenziali in relazione alle peculiarità del rapporto, sostanziale o processuale, nell'ambito del quale l'onere assume giuridica rilevanza. Ciò esclude, evidentemente, che il meccanismo previsto per la notificazione degli atti processuali possa automaticamente valere per ogni ipotesi di decadenza e, in particolare, per le ipotesi in cui la produzione di effetti interinali connessi alla dichiarazione sia incompatibile con la funzione tipica dell'atto, in relazione alla singola previsione normativa, o negoziale». Ove pertanto la comunicazione debba – al fine della produzione dei relativi effetti – pervenire al destinatario, non potrà aggirarsi tale impianto, e dovrà inserirsi la comunicazione stessa in un atto giudiziario.

3. Quanto al decorso del termine prescrizionale, la relativa interruzione può aversi, in taluni casi, esclusivamente a fronte della notifica di domanda giudiziale (art. 2943, 1° e 2° comma c.c.) ovvero, nell'ipotesi in cui si tratti di diritti di credito, anche a mezzo di atto stragiudiziale (costituzione in mora).

Quanto ai casi d'interruzione validi sia in senso giudiziale che stragiudiziale, ove l'istante ricorra all'atto interruttivo del primo tipo bisognerà tenere conto della natura necessariamente recettizia dell'atto notificativo [(24)], in quanto gli interessi del destinatario – tra i quali vi è quello ad eccepire l'intervenuta prescrizione [(25)] – potrebbero altrimenti subire forte compromissione: la notificazione sarà pertanto da considerarsi perfezionata solo a fronte della ricezione dell'atto da parte del relativo destinatario, senza che sia possibile dare conto di alcuna interruzione del termine prescrizionale in capo al solo notificante.

Quanto invece alle altre ipotesi, deve valutarsi se il citato principio costituzionale – valido sotto il profilo decadenziale – concernente la scissione soggettiva del momento perfezionativo della notificazione, trovi applicabilità anche nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 2943 c.c. [(26)], nelle quali, ai fini

---

[(24)] Riguardo alla notifica in termini di procedimento «a recettizietà speciale», si vedano le interessanti osservazioni di Follieri, *Il perfezionamento del procedimento di notificazione e la recettizietà degli atti giuridici (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 1247 ss.

[(25)] È fondamentale ricordare come tra le c.dd. eccezioni «in senso sostanziale» rientrino, oltre alla stessa eccezione di prescrizione, le c.dd. eccezioni dilatorie, su cui Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, 413 ss.; Id., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Roma, 2001; Id., *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 7 ss. nonché in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, 1 ss.

[(26)] Osserva in proposito Vitucci, *Prescrizione*, *I)*, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV,

interruttivi del termine prescrizionale, è richiesta esclusivamente la notifica della domanda introduttiva di un giudizio [27]. Ci si chiede in sostanza se, a fronte della necessaria conoscenza dell'atto notificativo da parte del destinatario, vi sia compatibilità, nell'ipotesi di cui all'art. 2943 c.c., tra i due principi, rispettivamente, di recettizietà [28] degli atti giuridici unilaterali (di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c.) e della scissione, sotto il profilo soggettivo, dell'efficacia interruttiva promanante dal perfezionamento della notificazione: mentre, infatti, l'interesse dell'istante si concreta nell'interruzione della prescrizione del diritto fatto valere attraverso l'esercizio dell'azione giudiziale, il destinatario dal canto suo mira ad eccepire, del diritto citato, l'intervenuta prescrizione.

In tal caso, pare ragionevole intendere la notifica dell'atto introduttivo del giudizio – così come richiamata dalla disposizione citata – più che sotto un profilo processuale, di elemento idoneo [29] a consentire al destinatario dell'atto, nella veste di convenuto, di esercitare il proprio diritto e dare in-

---

Roma, 1988, 12, come in ordine alla interpretazione del citato comma 1 dell'art. 2943 c.c., vi siano state forti difficoltà nell'identificazione, quanto ai procedimenti diversi da quello di cognizione, «dell'atto iniziale del giudizio (nonché della sentenza che lo definisce: art. 2945, ult. co., c.c.)».

[27] In ordine alla congenita interazione tra profili sostanziali e processuali del diritto delle obbligazioni, è imprescindibile il richiamo a Betti – Carnelutti, *Diritto sostanziale e processo*, a cura di Irti, Milano, 2006.

[28] La letteratura in proposito è vasta. Si vedano, tra gli altri: Barassi, *La notificazione necessaria delle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1908; Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959; Carraro, *Dichiarazione recettizia*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 597 ss.; Id., *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 384 ss.; G. Benedetti, *Dichiarazione e funzione partecipativa*, Milano, 1970; Id., *Dichiarazioni recettizie e dichiarazioni indirizzate. Postille a un testo giuridico*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, I, *Diritto e processo civile*, Napoli, 1972, 227 ss.; Id., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991; Ferrero, *«Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata*, Torino, 1974; Id., *Dichiarazione recettizia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 353 ss.; Bonsignore, *Recezione della dichiarazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 321 ss.; Follieri, *La recettizietà della disdetta nel contratto di locazione*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 420 ss.; Sacco, *Dichiarazione contrattuale (arrivo e conoscenza della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, IV, Torino, 2009, 173 ss.; Id., *Dichiarazione contrattuale (spedizione della)*, *ivi*, 193 ss.

[29] Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 94-95, rileva come assuma «una peculiare importanza la formulazione stessa dell'art. 2943, secondo il quale la prescrizione è interrotta dalla "notificazione" dell'atto con cui si inizia un giudizio. In fondo, potrebbe osservarsi, tale notificazione non è che la fase iniziale per l'instaurazione del contraddittorio. Tuttavia, si replica, questo atto produce il suo effetto interruttivo in ogni caso, anche se non vi è proseguimento del giudizio. E ciò dimostra chiaramente che la legge attribuisce rilevanza in tema di prescrizione non tanto all'esercizio dell'azione ed al suo svolgimento, ma a quel solo atto che porta a conoscenza legale della controparte la volontà di esercitare il proprio diritto».

terruzione, conseguentemente, al flusso temporale volto alla prescrizione del diritto medesimo [30]. La domanda giudiziale pertanto rileva, ove notificata, in quanto «atto che, per il suo contenuto specifico [nonché ai sensi del combinato disposto degli artt. 1334 c.c. e degli artt. 137 ss. del codice di rito], porta a conoscenza del destinatario la volontà di avvalersi del proprio diritto» [31].

Le Sezioni Unite hanno sul punto notato come, certamente, l'efficacia recettizia dell'atto unilaterale di cui all'art. 1334 c.c. si estenda anche in ambito processuale, di talché dovrà concludersi come la domanda giudiziale sarà idonea ad interrompere il termine prescrizionale solo nell'ipotesi del suo pervenimento nelle mani del relativo destinatario, cioè a dire nel momento di perfezionamento, nei confronti di quest'ultimo, del procedimento di notificazione.

4. A tali conclusioni la S.C. è pervenuta solo al termine di un recente contrasto giurisprudenziale di legittimità, concernente fattispecie caratterizzate da termine prescrizionale suscettibile d'interruzione a mezzo della mera domanda giudiziale.

In tema d'interruzione di prescrizione acquisitiva [32] si è dato conto, anzitutto, di come l'inciso di cui all'art. 1165 c.c. – concernente la compatibilità con le norme riguardanti la prescrizione – imponga l'impossibilità di attribuire alla situazione possessoria effetti interruttivi, e ciò a meno

---

[30] Non a caso, anche il codice di rito rafforza tale impostazione stabilendo *ex* art. 481 c.p.c. come, pur divenendo inefficace il precetto a fronte dell'inutile decorso del termine, il precetto medesimo rappresenti in ogni caso valido elemento interruttivo della prescrizione: cfr. in tal senso Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 95, il quale afferma come «il precetto divenuto inefficace per il decorso del termine stabilito dall'art. 481 c.p.c. come atto introduttivo dell'esecuzione» conservi la propria efficacia interruttiva. In tale ipotesi si acuiscono gli aspetti di distinzione tra rilevanza processuale e sostanziale del procedimento notificativo, e proprio a fronte di tale circostanza «trova conferma che la notificazione non è presa in considerazione dall'art. 2943 come atto che inizia il procedimento giudiziale, ma solo come atto idoneo a produrre in modo formale la conoscenza della volontà di esercitare il diritto».

[31] In tal senso Panza, *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, *sez civ.*, XIV, Torino, 1996, 232, ma v. anche Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, 159 s.; Colesanti, *Litispendenza (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, 980, secondo il quale la domanda giudiziale non si considera necessariamente in termini di «postulazione del giudizio»; Tarzia, *Perfezione ed efficacia della notificazione a destinatari irreperibili o all'estero*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 661; Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 184.

[32] Cfr. sul punto, *ex multis*: Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2009, n. 13625, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 911; Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2003, n. 9845, in *Studium iuris*, 2003, 1519; Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2001, n. 6910, in *Foro it.*, 2001, I, 3161; Cass. civ., sez. II, 23 novembre 2001, n. 14917, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 2012.

che non si tratti di perdita materiale del potere di fatto sulla cosa (cfr. il comma 1 dell'art. 1167 c.c.), ovvero di atti volti a giudizialmente ottenere, in base ai primi due commi dell'art. 2943 c.c., la privazione del possesso nei confronti di chi si trovi nel relativo potere di fatto. La tipicità dei modi interruttivi del termine prescrizionale acquisitivo – la quale ammette esclusivamente privazione del possesso protratta per un anno e notifica di domanda giudiziale – rende pertanto necessario, ai fini interruttivi, il ricorso alla notificazione dell'atto giudiziale, del cui perfezionamento sarà possibile parlare – come già ribadito – solo in presenza della relativa legale conoscenza in capo al destinatario.

Riguardo, poi, all'ipotesi di azione revocatoria fallimentare, la stessa natura potestativa del diritto che si fa valere per il tramite della revocatoria fallimentare, nonché la costitutività della sentenza di accoglimento [33], certamente escludono la possibilità d'interruzione del termine prescrizionale a mezzo di atti diversi dalla domanda giudiziale [34]: i diritti potestativi si

---

Secondo tali decisioni di legittimità, atti stragiudiziali come diffide o costituzioni in mora non costituiscono atti idonei all'interruzione del termine utile per usucapire un bene, e ciò dovutamente alla tipicità dei modi d'interruzione della prescrizione acquisitiva, fra cui – ricordiamo – vi sono la privazione del possesso protratta per un anno (in base al comma 1 dell'art. 1167 c.c.) e le ipotesi interruttive di cui ai primi due commi dell'art. 2943 c.c. Come anche confermato da Moscarini, *La tutela dei diritti*, Napoli, 2003, 82, infatti, lo spazio di applicabilità dell'interruzione a mezzo di atto di costituzione in mora risulta «circoscritto ai rapporti obbligatori», pertanto, non può profilarsi alcun tipo di compatibilità con rapporti «di natura reale», di talché l'unico mezzo interruttivo della prescrizione, «per il titolare del diritto reale sulla cosa altrui», risulta essere l'esercizio materiale del diritto, in quanto in quest'ultimo caso si prescinde dalla collaborazione di altri soggetti, compreso il nudo proprietario», la domanda giudiziale assumendo, pertanto, l'*habitus* di *extrema ratio*.

[33] Si vedano, in proposito, anche le riflessioni di Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 34, il quale individua una sottocategoria di diritto potestativo connotata dalla necessità, ai fini della realizzazione della pretesa del titolare del diritto, dell'accompagnamento di una pronuncia giudiziale all'azione del titolare medesimo.

[34] In tema: Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3379, in *Giust. civ*., 2008, I, 1281; Cass. civ., sez. un., 5 settembre 1996, n. 8086, in *Dir. fall.*, 1996, II, 811; Cass. civ., sez. I, 19 luglio 1996, n. 6497, in *Fallimento*, 1997, 153, nonché in *Studium iuris*, 1996, 1176; Cass. civ., sez. I, 1° febbraio 1995, n. 1119, in *Foro it.*, 1995, I, 3200, nonché in *Fallimento*, 1995, 854. Per la giurisprudenza di merito si vedano, inoltre: Trib. Modena, 13 marzo 2007, n. 515, in *Guida al dir.*, 2007, 18, 78. Trib. Milano, 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 716; App. Roma, 21 maggio 1991, *ivi*, 1991, I, 2, 1805, Cass. civ., 17 gennaio 1984, n. 402, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 912, con nota di Roselli, *Diritti potestativi e interruzione della prescrizione*. In base a tali decisioni, a fronte della generalizzata efficacia interruttiva della prescrizione (a causa dell'inerzia del titolare del diritto) ravvisabile in capo alla domanda giudiziale, la costituzione in mora ha efficacia interruttiva solo riguardo a diritti cui corrisponde un obbligo di prestazione della controparte (non anche, pertanto, rispetto ai diritti

caratterizzano, infatti, per la satisfattibilità della pretesa del titolare del diritto a prescindere dall'attività collaborativa del soggetto passivo. Pertanto, mentre da una parte l'ultimo comma dell'art. 2943 c.c. prevede, quale atto stragiudiziale interruttivo della prescrizione, la costituzione in mora [35], dall'altra non è ragionevole pensare ad un atto interruttivo ove la condotta di controparte non assuma alcun tipo di rilievo [36]. È dato rinvenire, in tema di revocatoria fallimentare, una recente sentenza di legittimità [37] la quale

---

potestativi), di talché non potrà aversi *ex* art. 2943, ultimo comma c.c. l'interruzione della prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare, in quanto connotata da natura costitutiva. *Contra* (nonché con specifico riguardo sempre all'azione revocatoria fallimentare), Cass. civ., sez. I, 28 aprile 1995, n. 294, in *Fallimento*, 1995, 854, nonché in *Foro it.*, 1995, I, 3199, la quale afferma come l'atto di costituzione in mora fatto valere nei confronti dell'*accipiens*, di un pagamento soggetto ad azione revocatoria fallimentare, debba considerarsi idoneo ad interrompere la prescrizione di detta azione. Sul punto, per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 11 gennaio 1993, in *Fallimento*, 1993, 881, con nota di Marchetti; App. Palermo, 27 ottobre 1992, *ivi*, 529, con nota di Fabiani; App. Milano, 28 febbraio 1989, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, II, 240; Trib. Milano, 3 luglio 1986, in *Fallimento*, 1987, 219; App. Milano, 16 gennaio 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 118.

In termini più generali cfr. Cass. civ., sez. II, 25 maggio 1994, n. 5081, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 64, secondo la quale l'azione revocatoria, pur non introducendo un giudizio conservativo secondo lo specifico significato di cui all'art. 2943 c.c., dà comunque luogo a un giudizio di cognizione volto ad accertare l'inefficacia del negozio dispositivo posto in essere dal debitore nei confronti del creditore-attore, di talché all'atto introduttivo del giudizio dovrà attribuirsi efficacia interruttiva della prescrizione del credito dell'attore in revocatoria. Quanto infine alla natura costitutiva dell'azione revocatoria fallimentare (pertanto, alla impossibilità d'interrompere la prescrizione a mezzo di atto stragiudiziale), si veda Cass. civ., sez. un., 13 giugno 1996, n. 5443, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 904, con nota di Ambrosini, *Le Sezioni Unite sanciscono la natura costitutiva dell'azione revocatoria fallimentare (componendo il contrasto giurisprudenziale che si era venuto a creare tra i fautori della natura costitutiva e quelli della natura dichiarativa dell'azione)*.

[35] Cfr. sul punto Roselli, *Sull'interruzione stragiudiziale della prescrizione* (nota a Cass. civ., 7 maggio 1982, n. 2842), in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 86, il quale osserva come il comma 4 dell'art. 2943 c.c. non debba intendersi in senso letterale, in quanto non si riferisce alla mera costituzione in mora in senso stretto, e ciò sarebbe possibile sostenere «essenzialmente in base alle considerazioni che può aversi atto di intimazione interruttivo della prescrizione, anche quando la mora del debitore» risulti «già costituita *ex re* e che l'art. 1173 c.c. attribuisce efficacia interruttiva della prescrizione delle servitù negative a qualsiasi "atto di proibizione" del titolare ».

[36] *Contra*, Vacirca, *L'interruzione della prescrizione nei diritti potestativi*, in *Dir. e giur.*, 1973, 810, nonché Giannattasio, *Interruzione della prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare a mezzo di costituzione in mora*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 250: secondo entrambi gli autori, infatti, sarebbe configurabile, in determinate ipotesi, una condotta del soggetto passivo tale da far ipotizzare un atto d'intimazione del soggetto attivo.

[37] Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22366, in *Foro it.*, 2009, I, 516. È opportuno rilevare che i principi espressi da tale pronuncia sono relativi esclusiva-

si caratterizza per aver dichiarato applicabile, il citato principio in tema di perfezionamento notificativo, all'atto introduttivo del giudizio. La S.C., dopo aver ribadito la natura costitutiva dell'azione revocatoria fallimentare – nonché la recettizietà della citazione introduttiva del relativo giudizio – ha ritenuto corretto doversi applicare, al termine di prescrizione quinquennale cui l'azione è assoggettata, i principi costituzionali (di cui alle citate pronunce nn. 477/2002 e 28/2004) dello sdoppiamento soggettivo degli effetti della notificazione: ciò, in quanto «Il titolare di un diritto potestativo» deve considerarsi idoneo a «realizzare e soddisfare pienamente tale suo diritto con la sua sola attività, senza che occorra un qualsiasi comportamento collaborativo del soggetto passivo, il quale si trova in una situazione di mera soggezione e non già di obbligo, sì da rendere inconcepibile un qualsiasi atto di intimazione o di messa in mora a lui rivolto e necessariamente recettizio», ciò inducendo «a escludere la possibilità di atti interruttivi, ex art. 2943 c.c., della prescrizione di un diritto potestativo all'infuori della domanda giudiziale. La costituzione in mora, infatti, rappresenta un atto interruttivo della prescrizione solo per i diritti cui corrisponde un obbligo di prestazione della controparte e non per i diritti potestativi, ai quali si contrappone, in capo al soggetto passivo, solo una posizione di mera soggezione all'iniziativa altrui».

In proposito la S.C. ha ulteriormente precisato come il diritto, del curatore, di far revocare un atto pregiudizievole compiuto dal debitore nel periodo, normativamente previsto, anteriore alla dichiarazione di fallimento, debba considerarsi rientrante all'interno della categoria dei diritti potestativi, promanando «il credito della massa dei creditori fallimentari verso l'*accipiens*» esclusivamente «per effetto della sentenza, di natura costitutiva, che abbia pronunciato la revoca del pagamento stesso»: l'azione revocatoria fallimentare tenderà, quindi, «alla pronuncia di natura costitutiva (non di nullità ma) di inefficacia, nei confronti della massa dei creditori, di un atto validamente compiuto dal debitore poi fallito; la posizione vantata dal creditore configura un diritto potestativo all'esercizio dell'azione, relativamente al quale non corrisponde l'obbligo di un soggetto tenuto a un comportamento, ma una posizione di mera soggezione all'iniziativa del curatore», di talché non sarà configurabile l'esistenza di un atto interruttivo del termine prescrizionale, diverso dalla domanda giudiziale. La prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare non potrà, pertanto, interrompersi a mezzo di «atto stragiudiziale di costituzione in mora ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2943 c.c., necessariamente di natura recettizia […] [in quanto] la domanda giudiziale è essa stessa manifestazione del diritto potestativo di chiedere la inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole nei confronti dei creditori concorsuali», l'effetto interruttivo della prescrizione producendosi esclusivamente ove

---

mente alla prescrizione di diritti potestativi, non facendosi riferimento alcuno alla prescrizione in generale.

la medesima domanda risulti «ritualmente notificata alla persona rispetto alla quale se ne vuole impedire il compimento».

A fronte dell'impedimento della decadenza a seguito dell'esclusiva consegna dell'atto nelle mani dell'Ufficiale giudiziario, quindi, non si avrà anche corrispondente interruzione della prescrizione del diritto da esercitare, in quanto d'interruzione prescrizionale potrà parlarsi esclusivamente «nel momento in cui l'atto notificando entri nella sfera personale di percezione del destinatario» nei confronti del quale, pur non preesistendo «alcuna posizione soggettiva passiva nei confronti della curatela ovverosia alcun "obbligo" attraverso il cui adempimento si pervenga alla soddisfazione dell'interesse alla base del diritto fatto valere», dovrà certamente provarsi l'avvenuta conoscenza legale dell'atto [38].

Successivamente la S.C. [39], nel decidere riguardo a una questione concernente diritti di credito (e coerentemente con le pronunce citate al paragrafo precedente) ha ritenuto come la *ratio* alla base della più volte citata sentenza costituzionale n. 477/2002 non debba considerarsi sussistente ove si tratti di spedizione, a mezzo del servizio postale, di un atto stragiudiziale. In tale ipotesi, infatti, il legislatore avrebbe privilegiato «l'interesse del destinatario alla certezza del diritto (a sapere cioè se la prescrizione sia stata tempestivamente interrotta, oppure il rapporto sia ormai definito), rispetto all'interesse contrapposto del mittente ad interrompere la prescrizione», tale scelta risultando complanare con l'«equo contemperamento degli interessi contrapposti, perché il mittente ha la possibilità di agire con la dovuta tempestività, e, per effetto del coordinamento tra gli artt. 1334 e 1335 c.c.», non deve considerarsi «necessario che l'interruzione sia effettivamente conosciuta dal destinatario» quanto, piuttosto, «che la richiesta pervenga al suo indirizzo in tempo utile» [40].

Pertanto, da una parte vi è la mancata sussistenza di un'esigenza di salvaguardia del diritto di difesa nel giudizio e, dall'altra, la sussistenza di un interesse – in capo al destinatario dell'atto – a conoscere se la prescrizione abbia subìto interruzione ovvero il rapporto possa considerarsi definito: tale interesse del destinatario deve infatti considerarsi meritevole di una tutela rafforzata rispetto a quello del mittente, in quanto, mentre

---

[38] Tali principi sono stati, peraltro, recepiti anche da alcuni giudici di merito: cfr. Trib. Milano, 19 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 881, nonché *ivi*, 1325, con nota critica di Jarach, *In quale momento la notificazione dell'azione revocatoria fallimentare interrompe la prescrizione?*; App. Napoli, 19 settembre 2005, in *www.leggiditalia.it*.

[39] Cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 giugno 2008, n. 17644, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1039.

[40] Si tratta di un'impostazione per lo più condivisa anche da successive pronunce: cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. IV, 11 giugno 2009, n. 13588 (in cui si rilevava, inoltre, anche il tema dell'efficacia interruttiva del deposito del ricorso in cancelleria), nonché Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2010, n. 9841.

quest'ultimo avrà facoltà di agire con la dovuta tempestività, d'altra parte, *ex* artt. 1334 e 1335 c.c., ai fini della produzione di efficacia dell'atto sarà necessario il pervenimento di quest'ultimo, nei termini stabiliti, nelle mani del destinatario.

5. Altro orientamento della S.C. [(41)] ha, al contrario, recentemente ritenuto come il principio dello sdoppiamento, sotto il profilo soggettivo (notificante e destinatario) del momento perfezionativo degli effetti della notificazione debba considerarsi esteso anche all'efficacia sostanziale dell'atto notificato. Nella fattispecie, si trattava di un credito promanante da polizza assicurativa, il cui termine prescrizionale può, pertanto, interrompersi sia a mezzo di atto stragiudiziale (costituzione in mora), sia a mezzo di domanda giudiziale volta alla condanna (del destinatario della notifica) al pagamento del credito summenzionato.

La Suprema Corte ha voluto affermare, con la sentenza n. 18399/2009, l'estensibilità dell'enunciato principio – secondo il quale una parte non deve subire conseguenze negative di accadimenti sottratti al proprio potere d'impulso – anche agli effetti sostanziali dell'atto notificato, pertanto anche alla notificazione dell'atto interruttivo del termine prescrizionale, non essendovi – in apparenza, aggiungeremmo noi – alcuna ragione valida per limitare l'applicabilità del suddetto principio di «sdoppiamento soggettivo» dell'efficacia notificativa «ai soli effetti processuali dell'atto di citazione», e ciò in quanto, in una visione contraria, cioè a dire con la scissione di «effetti processuali e […] sostanziali della domanda statuendo che i primi si producono dal momento della consegna dell'atto all'Ufficiale giudiziario e i secondi dal momento della ricezione dello stesso da parte del destinatario», s'incorrerebbe in una notevole incoerenza dal punto di vista sistematico. In sostanza, «ai fini della tempestività dell'interruzione della prescrizione (ai sensi dell'art. 2943, 1° co., c.c.)» occorrerebbe «avere riguardo, non già al momento in cui l'atto viene consegnato al destinatario, ma a quello antecedente in cui esso è stato affidato all'Ufficiale giudiziario, il quale poi lo ha notificato ricorrendo al servizio postale»: ciò, complanarmente alla disciplina di cui agli artt. 2943, 1° comma e 2935 c.c., in quanto è rispettivamente statuito come la prescrizione risulti interrotta dalla notificazione (nei modi e secondo i termini che la regolano), nonché come la consegna dell'atto di citazione all'Ufficiale giudiziario debba considerarsi circostanza statuente manifestazione di volontà, della parte, di far valere un proprio diritto. Secondo tale pronuncia, quindi, non sarebbe sostenibile una limitazione di ap-

---

[(41)] Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 19 agosto 2009, n. 18399, in *Obbl e contr.*, 2010, p. 213 ss., con nota di Follieri, *L'interruzione della prescrizione: recettizietà e momento perfezionativo della notifica*.

plicabilità, «ai soli effetti processuali dell'atto di citazione», dei principi enunciati dalla summenzionata sentenza costituzionale del 2002.

Come già ricordato, tuttavia, la Consulta si era espressa nel 2002 con specifico riguardo a termini di tipo decadenziale, di talché quanto affermato con la più volte citata sentenza n. 477 non appare ragionevolmente applicabile, in maniera ulteriore, ai termini di tipo prescrizionale. In capo agli istituti di prescrizione e decadenza vi è, infatti, una marcata distinzione in punto di disciplina, e ciò considerando in particolare: a) quanto disposto *ex* art. 291 c.p.c. [(42)]; b) come, a fronte della circostanza che la prescrizione sia suscettibile d'interruzione, non vi sia automaticamente l'ulteriore circostanza che l'atto impeditivo della decadenza comporti il decorso di nuovo termine (si vedano, sul punto, gli artt. 2964, 2966 e 2967 c.c.); c) come, pur essendovi atti impeditivi di decadenza a forma libera (si vedano, *ex multis*, gli artt. 1495 e 1667 c.c.), vi siano – come già anticipato – termini prescrizionali suscettibili d'interruzione esclusivamente a fronte di atti giudiziali; d) come l'art. 2943 consideri l'atto introduttivo del giudizio sotto un profilo di idoneità alla produzione di una formale conoscenza della volontà di esercizio dei diritti: a maggior ragione ove si consideri che – indipendentemente dalla circostanza che l'attore abbia adìto il giudice effettivamente competente, ovvero che il processo abbia subìto la relativa estinzione – è proprio l'atto ad essere idoneo ad interrompere la prescrizione.

Tali riflessioni portano a concludere che, proprio in quanto «ai fini interruttivi, l'esercizio del diritto, che può sostanziarsi anche con l'esercizio […] dell'azione, non è preso in considerazione» in quanto tale, bensì esclusivamente in quanto idoneo «a manifestare all'esterno la volontà di soddisfare l'interesse del titolare», sarebbe certamente complanare alla *ratio legis* seguire tale impostazione anche nelle ipotesi «in cui la notificazione dell'azione giudiziale sostanzi l'esercizio di un diritto potestativo (di azione)». Si tratterebbe, inoltre, di conclusioni non «impedite dal fatto che il soggetto passivo del rapporto considerato si trovi in una situazione di soggezione anziché di obbligo» [(43)]: del resto, in senso contrario si evidenzierebbero sicure incoerenze di natura sistematica [(44)] considerando, in particolare, la

---

[(42)] Cass. civ., sez. II, 14 agosto 1997, n. 7617, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1108.

[(43)] Jarach, *In quale momento la notificazione dell'azione revocatoria fallimentare interrompe la prescrizione?*, cit., 1331.

[(44)] Jarach, *In quale momento la notificazione dell'azione revocatoria fallimentare interrompe la prescrizione?*, cit., 1332.

Di incoerenza è possibile parlare, poi, rispetto a quanto già deciso in precedenza dalla S.C., con la citata sentenza n. 17644/2008: in tale ultimo caso, infatti, veniva negata applicabilità al principio di cui alla sentenza costituzionale n. 477/2002, in quanto il ricorso all'Ufficiale giudiziario avrebbe costituito «libera scelta della parte, che avrebbe potuto avvalersi di altri mezzi»; anche per la fattispecie oggetto della sentenza n. 18399/2009 avrebbe dovuto più correttamente concludersi, pertanto, per l'inapplicabilità – ai fini interruttivi della prescrizione – del principio costituzionale

previsione dell'evento interruttivo costituito dal riconoscimento dell'altrui diritto *ex* art. 2944 c.c. [45].

Quanto, poi, alle norme di cui agli artt. 2943, comma 1 e 2935 c.c., si è già ricordato come l'effetto interruttivo di cui all'art. 2943, comma 1 c.c. non risulti propriamente riconducibile alla notifica dell'atto processuale in quanto tale quanto, piuttosto, alla precipua funzione recettizia assolta dallo strumento notificativo [46].

6. La questione (centrale, peraltro, anche alla vicenda decisa dal Tribunale di Perugia con la sentenza in epigrafe) è quindi imperniata sul dubbio se sia possibile – a fronte dei principi sanciti, in tema di notificazione, con le citate pronunce costituzionali del 2002 e del 2004 – scindere effetti «processuali» e «sostanziali» della domanda giudiziale di cui all'art. 2943, comma 1 c.c.: la Consulta si è espressa, tuttavia, con riferimento alla notificazione intesa quale mezzo per l'assolvimento di oneri processuali, volto cioè ad evitare che la parte istante incorra in decadenze non imputabili al suo comportamento. Con riferimento all'atto interruttivo della prescrizione, pertanto, non vi sarebbero ragioni di opportunità per sovvertire le regole sulle quali si è sempre retto il sistema di produzione degli effetti interruttivi: sia la notifica di una domanda giudiziale, così come dell'atto stragiudiziale di costituzione in mora, debbono quindi considerarsi connotati da natura di tipo intrinsecamente recettizio, e proprio la circostanza che l'atto interruttivo della prescrizione debba rimanere distinto anche sotto il profilo di una sua efficacia «di tipo prevalentemente sostanziale» comporta l'inapplicabilità, al medesimo, del più volte citato principio di «scissione soggettiva» degli effetti della notificazione di un atto processuale.

Come già anticipato, le Sezioni Unite hanno finalmente posto termine alla questione (sent. n. 8830/2010, cit.), affermando la completa irrazionalità di un'ipotetica scissione tra effetti processuali e sostanziali della domanda

---

in tema di perfezionamento notificativo, in quanto il caso deciso da tale ultima pronuncia concerneva un diritto di credito, il cui termine prescrizionale poteva interrompersi, quindi, anche per via stragiudiziale.

[45] Si veda, in tema di decadenza, anche quanto disposto *ex* art. 2964 c.c.

[46] Non a caso, con la citata sentenza del 24 aprile 2010, n. 9841, la Suprema Corte, richiamandosi alla precedente pronuncia n. 13588/2009 nonché prendendo distanza dalla n. 18399/2009 ha affermato l'inidoneità, ai fini della interruzione del decorso della prescrizione del diritto fatto valere, della consegna all'Ufficiale giudiziario dell'atto notificando, e ciò in quanto il principio generale enunciato dalla Consulta nel 2002 – secondo cui, quale sia la modalità di trasmissione, la notifica dell'atto processuale deve intendersi perfezionata, dal lato del richiedente, al momento dell'affidamento dell'atto all'Ufficiale giudiziario – non può considerarsi esteso all'ipotesi estintiva del diritto «per prescrizione in quanto, perché l'atto, giudiziale o stragiudiziale, produca l'effetto interruttivo del termine, è necessario che lo stesso sia giunto alla conoscenza (legale, non necessariamente effettiva) del destinatario».

giudiziale: ciò, in quanto quest'ultima potrà considerarsi idonea ad interrompere il decorso del termine prescrizionale esclusivamente ove risulti essere stata portata a (legale) conoscenza, da parte del relativo destinatario, nei termini previsti. Si è osservato, in particolare, come debba oramai considerarsi «assimilato l'effetto della prescrizione ad una *species adquirendi*, ossia all'acquisto da parte del soggetto passivo del diritto sottoposto a prescrizione di una situazione di vantaggio, derivandone la necessità che tale soggetto venga a conoscenza dell'"acquisto", conseguente al mancato impedimento dell'atto interruttivo nel termine di legge, ovvero del "mancato acquisto", la cui conoscenza deriva invece necessariamente dalla ricezione dell'atto […]. In tale prospettiva, la circostanza che l'atto interruttivo pervenga alla conoscenza del destinatario costituisce l'unico *eventum iuris* idoneo ad impedire che si consolidi l'affidamento di questo sulla concreta e protratta inoperatività delle conseguenze svantaggiose che gli deriverebbero dall'altrui esercizio di un diritto, là dove invece l'effetto vantaggioso, che l'intervenuta decadenza comporta per la controparte dell'onerato, costituisce un riflesso meramente indiretto della limitazione che la tutela del diritto di quest'ultimo soffre per effetto dell'imposizione dell'onere» [(47)]. Nelle ipotesi di ricezione prevista come necessaria, pertanto, l'impedimento dell'effetto estintivo, o preclusivo, dovrà considerarsi dipendente «dal prodursi degli effetti dell'esercizio del diritto nella sfera giuridica del controinteressato» e non, invece, «dalla mera attività del titolare del diritto».

7. Può concludersi, pertanto, come la giurisprudenza di legittimità abbia oramai posto fine, con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 8830/2010, ad alcune fondamentali questioni, e ciò seguendo motivazioni – puntualmente richiamate, a loro volta, dal Tribunale di Perugia nella sentenza in epigrafe – certamente dotate di coerenza logico-sistematica.

Anzitutto, quanto allo sdoppiamento del momento perfezionativo della notificazione per istante e destinatario, non risultano esservi distinzioni tra decadenze di ordine processuale e decadenze correlate a diritti sostanziali: pertanto, per la parte che – ad esempio – spedisca con raccomandata l'impugnazione di un licenziamento (o la denuncia dei vizi della merce ricevuta), ovvero per il soggetto che richieda la notificazione di un atto di citazione

---

[(47)] Cfr., in proposito, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Principi generali*, Torino, 2010, 118 ss., il quale precisa come la prescrizione colpisca «crediti o diritti reali il cui titolare sia rimasto troppo a lungo inerte», la decadenza elidendo «un potere di modificazione di un rapporto giuridico […] od una azione costitutiva ove non esercitati nel lasso di tempo a ciò concesso», ciò comportando che, ove il legislatore abbia «inteso mirare al consolidamento di uno stato di fatto in uno stato di diritto, si applicheranno le norme sulla prescrizione», lasciando spazio alla disciplina in tema di decadenza ove si tratti «di limitare nel tempo la possibilità di attivare una data modificazione giuridica».

introducendo un'azione, ogni decadenza sarà impedita ove rispettivamente risultino, nei termini, spedita la raccomandata ovvero richiesta la notifica dell'atto all'Ufficiale giudiziario. Si tratta di un principio che, in quanto tale, può trovare eccezioni: ciò, sia nei casi espressamente previsti *ex lege* ovvero *ex contractu*, che nelle ipotesi in cui sia la medesima natura del rapporto contrattuale a impedire la decadenza solo quando l'atto pervenga nella sfera di effettiva conoscibilità da parte del destinatario.

Deve darsi conto, inoltre, di come anche il profilo afferente il momento produttivo di efficacia nella sfera del destinatario rappresenti ulteriore ambito di differenziata disciplina tra decadenza e prescrizione. Le Sezioni Unite propendono per rinvenire la principale caratterizzazione della prescrizione estintiva – in ordine alle ipotesi d'inerzia del titolare del diritto – nell'esigenza di adeguamento dello *status iuris* a quello *facti* e, in proposito, vi sarebbero due situazioni fra loro contrapposte, cioè a dire quella del titolare del diritto e quella del soggetto che venga ad acquisire una situazione giuridica di vantaggio [(48)]: quest'ultimo, in particolare, dovrà venire a conoscenza di tale facoltà nei termini, e ciò in quanto la conoscenza promanerà necessariamente dal momento della ricezione dell'atto, unica

---

[(48)] Quanto al rapporto tra termini decadenziali e prescrizionali – nonché in ordine alla specifica vicenda giuslavoristica al centro della decisione –, le Sezioni Unite osservano infatti come: a) il recesso illegittimo debba considerarsi annullabile in via di principio, pertanto efficace anche ove affetto da invalidità, al contrario di quanto «si converrebbe, in ragione dei principi generali, con riguardo ad un atto difforme rispetto ai connotati dello schema normativo tipico, derivandone tra l'altro, con riferimento alla tutela dell'affidamento datoriale in ordine alla stabilità degli effetti dell'atto, l'applicabilità del termine quinquennale di prescrizione del diritto di conseguire l'annullamento». Sotto tale profilo, la disciplina imposta dell'ordinamento dovrà considerarsi posta «a tutela dell'affidamento del datore di lavoro in merito alla stabilità di un proprio atto dispositivo»; b) la tutela caducatoria risulti inibita […] ove non sia il prestatore interessato ad attivarsi tempestivamente affinché la tutela caducatoria abbia impulso». In tal senso, vi sarà «un parametro obiettivo di giudizio in ordine alla concreta necessità di tutelare l'interesse del lavoratore sulla base dell'attività o dell'inerzia di questo». Tanto premesso, «se la disciplina del termine decadenziale in questione si ritenesse assimilabile alla disciplina che è propria principalmente dei termini prescrizionali, con riferimento alla necessità che la dichiarazione impugnatoria pervenga alla conoscenza del datore di lavoro nel termine di legge, ne risulterebbe un'ulteriore e non necessaria duplicazione della tutela dell'affidamento datoriale e, parallelamente, un'ingiustificata ulteriore compressione del diritto del lavoratore alla caducazione del recesso datoriale illegittimo, in evidente difformità rispetto al principio di tutela dell'attività lavorativa di cui all'art. 4 Cost. Ne conseguirebbe, in altri termini, una ingiustificata sperequazione tra la tutela dell'interesse datoriale e quella del prestatore, suscettibile di indurre non infondati dubbi in ordine alla legittimità della norma qui interpretata ed applicata»: la Suprema Corte, dunque, continua ad inquadrare l'azione *de qua* nell'àmbito della categoria delle azioni costitutive.

circostanza di diritto utile ad impedire il consolidamento dell'affidamento sull'altrui protrarsi dell'inerzia.

In conclusione, non può che darsi conto di come il Tribunale di Perugia abbia conferito soluzione alla vicenda in maniera sistematicamente coerente a quanto previsto e disciplinato dal legislatore in materia di termine prescrizionale: a fronte dell'accertamento giudiziale di avvenuta prescrizione dell'azione cartolare la Società Beta non poteva avanzare diritti di credito nei confronti dell'opponente Alfa, in quanto quest'ultima aveva diritto ad essere formalmente resa edotta del precetto nel termine di sei mesi, previsto *ex* art. 75 della legge in materia di assicurazioni.

Silvio Pietro Cerri

TRIBUNALE DI PERUGIA – SECONDA SEZIONE CIVILE – UFFICIO FALLIMENTARE – 7 marzo 2011 – *Pres.* Altrui – *Rel.* De Martino.

Opposizione stato passivo fallimentare – Mancata comparizione parti – Provvedimento di non luogo a provvedere – Revoca – Pronuncia nel merito (L.F., artt. 98, 99; c.p.c., artt. 737 e ss., 108, 309, 348).

Considerato che né le norme che regolano il procedimento ordinario in camera di consiglio né quelle specifiche previste dalla Legge fallimentare disciplinano l'ipotesi della mancata comparizione delle parti in udienza; considerato altresì che tali procedimenti si caratterizzano per la celerità e la snellezza di forme e che di regola essi sono dominati, quanto allo svolgimento, dall'impulso officioso, deve escludersi che alla mancata comparizione della parte ricorrente possa attribuirsi la valenza di rinuncia tacita all'opposizione: il Collegio è dunque tenuto a pronunciarsi nel merito, tanto più che in tal senso è stato sollecitato dall'istante stesso mediante l'istanza di revoca dell'originario provvedimento adottato (1).

(*Omissis*). E. lamenta la mancata ammissione al passivo del fallimento del socio P. del privilegio ipotecario – evidenziando che in relazione alla richiesta neppure è stato adottato un provvedimento di espressa esclusione – per un totale di euro 14.906,29, ritenendo lo stesso ampiamente provato sulla base della documentazione prodotta.

La curatela non si è formalmente costituita.

Va premesso che la controversia giunge all'esame di codesto Collegio dopo che in data 13.11.2009, attesa la mancata comparizione delle parti, il Tribunale dichiarava "*non luogo a provvedere, disponendo l'archiviazione degli atti*". In data 15.9.2010 E., esponendo di non aver avuto conoscenza del suddetto provvedimento, in quanto mai comunicatole, chiedeva la revoca del provvedimento di non luogo a provvedere, deducendo che né la legge fallimentare né la normativa sui procedimenti in camera di consiglio contemplavano una definizione simile del procedimento di opposizione allo stato passivo ed in ogni caso che il decreto emesso era modificabile ai sensi degli artt. 742 e 742 bis c.p.c. Il Presidente fissava una nuova udienza in camera di consiglio e all'udienza del 28.1.2011 il Tribunale riservava la decisione.

Così ricostruito l'iter processuale, ritiene il Collegio che ben possa pervenirsi ad una definizione nel merito della vicenda oggi in esame, apparendo non corretto il provvedimento di data 13.11.2009 con il quale venne disposto il non luogo a provvedere sul ricorso.

È noto che il procedimento di opposizione allo stato passivo delineato dai nuovi artt. 98 e 99 L.F. è destinato a chiudersi con un decreto motivato ricorribile per cassazione; esso si svolge non secondo le regole del processo ordinario di cognizione, ma nella forma dei procedimenti in camera di consiglio. Anche se, infatti, il decreto correttivo ha eliminato il testuale riferimento alla "camera di consiglio", contenuto nella previgente formulazione, la dottrina prevalente ritiene che la natura camerale del procedimento si desuma comunque dalla complessiva disciplina dello stesso; addirittura alcuni autori parlano di un "rito camerale fallimentare" autonomo, neppure sovrapponibile a quello ordinario disegnato dagli artt. 737 e ss. del codice di procedura.

In ogni caso, considerato che né le norme che regolano il procedimento ordinario in camera di consiglio né quelle specifiche previste dalla Legge fallimentare disciplinano l'ipotesi della mancata comparizione delle parti in udienza; considerato altresì che tali procedimenti si caratterizzano per la celerità e la snellezza di forme e che di regola essi sono dominati, quanto allo svolgimento, dall'impulso officioso, deve escludersi che alla mancata comparizione della parte ricorrente possa attribuirsi la valenza di rinuncia tacita all'opposizione: il Collegio è dunque tenuto a pronunciarsi nel merito, tanto più che in tal senso è stato sollecitato dall'istante stesso mediante l'istanza di revoca dell'originario provvedimento adottato.

Soluzione analoga, del resto, è stata adottata in numerose pronunce giurisprudenziali relative a giudizi camerali: cfr. Appello Napoli, 22 luglio 2010, in www.ilcaso.it , Cass. civ., Sez. I, 09/01/2009, n. 284, Cass. civ., Sez. I, 07/12/2005, n. 27080, Cass. civ., Sez. I, 11/05/2005, n. 9930.

Nel merito l'opposizione può essere accolta in quanto dai documenti

prodotti ed allegati al ricorso (in particolare docc. 4 e 5) risulta la prova dell'iscrizione ipotecaria ex art. 77 D.P.R. 602/73 per tributi nella misura richiesta da parte ricorrente. Del resto, in sede di udienza di discussione dello stato passivo la Curatela non aveva formalmente contestato la collocazione ipotecaria del credito, dovendo probabilmente ricondursi la mancata ammissione del privilegio ipotecario ad una mera dimenticanza (*Omissis*).

(1) La mancata comparizione delle parti nel procedimento camerale.

Nel provvedimento in commento, il Tribunale perugino si è confrontato con un tema particolarmente spinoso, ovvero quello delle conseguenze derivanti dalla mancata comparizione delle parti nel procedimento di opposizione allo stato passivo, che si svolge ai sensi dell'art. 737 e ss. c.p.c., ovvero nelle forme del c.d. rito camerale.

Detta decisone trae origine dalla seguente fattispecie concreta.

E. lamentava la mancata ammissione allo stato passivo del fallimento del socio P. del privilegio ipotecario da lui vantato, asserendo che detto privilegio fosse ampiamente provato in virtù della documentazione prodotta. La curatela non si costituiva.

Attesa la mancata comparizione delle parti all'udienza all'uopo fissata, il Tribunale disponeva l'archiviazione degli atti, dichiarando il "non luogo a provvedere".

Di quest'ultimo provvedimento E. chiedeva la revoca, deducendo che né la Legge fallimentare né le norme del codice di rito civile relative ai procedimenti in camera di consiglio prevedono la possibilità di una simile definizione del procedimento di opposizione allo stato passivo ed eccependo, in ogni caso, la modificabilità di detto decreto ai sensi degli artt. 742 e 742- *bis* c.p.c..

Il Collegio, dunque, con la pronuncia in epigrafe, implicitamente ha escluso l'applicabilità in via analogica della disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. [(1)] ed ha espressamente affermato il dovere per il giudice

---

[(1)] Al riguardo si ricordi che, per il giudizio di prime cure, le disposizioni di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c. dispongono che, in caso di mancata comparizione delle parti alla prima udienza o ad un'udienza successiva, il giudice debba fissare una nuova udienza, di cui il cancelliere dà comunicazione alle parti costituite. Se nessuna delle parti si presenta neppure a detta seconda udienza, "*il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo*".

Questa è la disciplina attualmente vigente in seguito alla modifica operata dal d.lgs. 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008 n. 133. Al riguardo, si ricordi come la l. 19 giugno 2009, n. 69 sia intervenuta modificando il secondo ed il terzo comma dell'art. 307 c.p.c., ripristinando la regola della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di estinzione per inattività delle parti. Pertanto, alla luce di tali innova-

di decidere nel merito la vicenda dedotta dinnanzi a sé, ritenendo che alla mancata comparizione delle parti non possa attribuirsi la valenza di rinuncia tacita all'opposizione.

Al riguardo deve rilevarsi come, sebbene la suindicata massima tragga spunto dal procedimento di opposizione allo stato passivo fallimentare, essa sia comunque idonea a trovare applicazione in tutti i procedimenti camerali, non solo quelli previsti dalla Legge fallimentare. In altri termini, l'opposizione allo stato passivo fallimentare promossa da E. ha dato l'occasione al Tribunale di Perugia per pronunciare una massima che astrae dal caso concreto per valere in relazione a tutti i procedimenti che si svolgono nelle forme di cui all'art. 737 e ss. c.p.c., anche al di là della procedura fallimentare.

Conferma di quanto appena detto si rinviene sia nel fatto che detta massima poggia su principi che regolano il procedimento camerale, sia nella circostanza che la giurisprudenza di confronto, richiamata dal Collegio a supporto della propria decisione, ha ad oggetto procedimenti che, pur svolgendosi nelle forme previste dagli artt. 733 e ss. c.p.c., nulla hanno a che vedere con quelli regolati dalla Legge fallimentare.

Prima di commentare la decisione in epigrafe, appare opportuna una breve disamina delle risposte date dalla giurisprudenza sul tema, analizzando gli orientamenti emersi non solo in relazione ai procedimenti camerali, bensì in relazione a tutti i procedimenti diversi dal rito di cognizione ordinario.

Nel rito lavoro, si sono succeduti una serie di *revirements* giurisprudenziali.

Attualmente appare prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "La disciplina dell'inattività delle parti dettata dal codice di procedura civile, con riguardo sia al primo grado che a quello di appello, si applica anche alle controversie individuali di lavoro, non ostandovi la specialità del rito, né i principi cui esso si ispira. Ne consegue che la mancata comparizione

---

zioni normative nel caso in cui entrambe le parti non compaiano in udienza, il Giudice rinvia la causa ad una nuova udienza e se le parti non si presentano neppure a detta seconda udienza, il Giudice ordina contestualmente la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del processo, che, quindi, non potrà più essere riassunto e, se eventualmente lo fosse, nel nuovo processo non sarebbe necessaria la costituzione della controparte al fine del rilievo, ben potendo l'estinzione essere rilevata *ex officio*.

L'art. 348 c.p.c., comma 2, in tema di appello, prevede invece che se l'appellante costituito non compare alla prima udienza, il collegio rinvia ad altra udienza, di cui il cancelliere dà comunicazione all'appellante; "*Se anche a detta nuova udienza l'appellante non compare, l'appello è dichiarato improcedibile d'ufficio*".

Bisogna precisare che quest'ultima norma vale solo per il caso di mancata comparizione dell'appellante. La giurisprudenza, infatti, ritiene che nell'ipotesi di mancata comparizione di entrambe le parti costituite non trovi applicazione il disposto di cui al secondo comma dell'art. 348 c.p.c., bensì l'art. 181 c.p.c., richiamato per il giudizio di secondo grado dall'art. 359 c.p.c.. In questo senso Cass. civ., 8 giugno 1998, n. 5640, in *Giur. it*., 1999, 703.

delle parti all'udienza di discussione non consente la decisone della causa nel merito, ma impone la fissazione di una nuova udienza, nella quale il ripetersi dell'indicato difetto di comparizione comporta la cancellazione della causa dal ruolo" [2].

Tale ricostruzione ermeneutica si conforma alla pronuncia n. 5839 del 25 maggio 1993 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite [3], che è intervenuta invertendo l'orientamento consolidatosi sul punto a partire dalla sentenza, emessa sempre a Sezioni Unite dal Giudice di legittimità, n. 1884 del 26 marzo 1982 [4]. Precisamente quest'ultima decisione aveva risolto il contrasto giurisprudenziale creatosi sul tema, aderendo all'orientamento giurisprudenziale allora prevalente secondo cui nel processo del lavoro, in caso di inattività delle parti, non si può ricorrere all'applicazione analogica degli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. in considerazione delle "peculiarità strutturali e funzionali" proprie di detto rito, dove vige un rigoroso sistema di preclusioni e dove l'attività processuale dovrebbe essere concentrata in una sola ed unica udienza, posto il divieto di udienze di mero rinvio. Da tali premesse, quindi, derivava, secondo la succitata pronuncia, il dovere del giudice di decidere comunque la causa nel merito.

Come anticipato, nel 1993 le Sezioni Unite della Corte di legittimità hanno ritenuto opportuno "ripensare" nuovamente sulla questione, pervenendo così all'adozione del principio di diritto diametralmente opposto, sulla base delle seguenti considerazioni: nel rito del lavoro la costituzione dell'attore (o dell'appellante in secondo grado) avviene mediante il deposito in cancelleria del ricorso introduttivo, unitamente al pedissequo decreto di fissazione dell'udienza. La prova dell'avvenuta instaurazione del contraddittorio viene fornita sempre dal ricorrente (o dall'appellante) ma solo nella prima udienza, attraverso il deposito dell'originale del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza notificati alla controparte. Pertanto se alla prima udienza l'attore (o l'appellante) è assente, il giudice non potrà verificare la regolare costituzione del convenuto, impedendo, quindi, ogni possibile decisione nel merito.

Tuttavia, negli ultimi tempi la fermezza di tale linea interpretativa incomincia a vacillare, posto che stanno riemergendo sentenze della stessa giurisprudenza di legittimità orientate a sostenere il principio secondo cui nel rito del lavoro non trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c.; pertanto, in caso di mancata comparizione delle parti in udienza, il giudice deve necessariamente decidere nel merito la causa [5].

La questione dell'applicabilità o meno degli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. si è

---

[2] Cass. civ., 9 marzo 2009, n. 5643, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 3, 412.

[3] In *Giust. civ*., 1994, I, 271 ss. con nota di Favi.

[4] In *Foro it*. 1982, I, 1280.

[5] In questo senso: Cass. civ., 19 maggio 2003, n. 7837, in *Mass*. *Giust. civ.*, 2003, 5; Cass. civ., 22 agosto 2003, n. 12358, in *Mass*. *Giust. civ.*, 2003, 7-8.

posta anche in relazione ai procedimenti cautelari. In questo ambito sembra prevalere la tesi dell'inapplicabilità di detta disciplina, in considerazione dell'urgenza che ontologicamente caratterizza tale modulo procedimentale e che, quindi, impedirebbe il rinvio ad una seconda udienza. A detta inapplicabilità consegue il rigetto dell'istanza, in caso di mancata comparizione delle parti all'udienza fissata per la discussione del ricorso cautelare, "posto che la stessa inerzia manifestata dalla parte è di per sé oggettivamente indicativa dell'assenza di un persistente interesse all'ottenimento della tutela richiesta ovvero del venir meno dell'urgenza della sua anticipazione cautelare" [(6)].

L'applicazione della disciplina dettata per il procedimento di cognizione ordinario è stata esclusa anche in relazione al procedimento di opposizione all'ordinanza-ingiunzione di pagamento di sanzioni amministrative. In relazione a tale modulo procedimentale, infatti, la giurisprudenza sostiene che se l'opponente non compare alla prima udienza senza allegare e provare un legittimo impedimento, il giudice deve convalidare il provvedimento opposto ex art. 23, comma 5, l. n. 689/81. Mentre se la mancata comparizione delle parti avviene ad un'udienza successiva alla prima, il giudice "non deve convalidare il provvedimento impugnato, ma definire il giudizio nei modi previsti dalle norme generali che regolano il giudizio civile di primo grado" [(7)]. In buona sostanza, solo in caso di mancata comparizione delle parti ad un'udienza successiva alla prima, il giudice dovrà applicare il combinato disposto di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c., non potendo né convalidare il provvedimento impugnato, né pronunciare nel merito [(8)].

Sempre escluso dall'applicazione analogica della succitata disciplina è il procedimento di convalida di licenza o sfratto. Nel caso, infatti, in cui all'udienza di convalida non compaiono entrambe le parti, il giudice deve dichiarare estinto il processo *ex* art. 662 c.p.c.. Conseguentemente, qualora il giudice, disattendendo tale disposizione, rinvii ad un'udienza successiva ove convalidi la licenza o lo sfratto, il provvedimento deve considerarsi nullo [(9)].

Altro ambito in cui la questione è stata ampiamente dibattuta in giurisprudenza è quello della l. n. 89/2001, sull'equa riparazione dei danni subiti a causa di un processo irragionevolmente lungo (c.d. Legge Pinto). Anche in questa ipotesi, si è optato per l'inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c., in considerazione del mancato richiamo di dette norme ed in considerazione, altresì, dell'esigenza di una definizione del giudizio in tempi brevi.

[(6)] Trib. Messina 12 luglio 2005, in *Giur. merito*, 2006, 311 con nota di GIORDANO; in senso conforme Trib. Messina 7 giugno 2005.

[(7)] Cass. civ., 28 agosto 2006, n. 18631, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 7-8; in senso conforme Cass. civ., 13 dicembre 2000, n. 15747, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2592.

[(8)] Cass. civ., 10 marzo 2005, n. 5290, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 3 e Cass. civ., 4 giugno 1996, n. 5123, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 813.

[(9)] Cass. civ., 18 giugno 1988, n. 4171, in *Mass. Giust. civ.*, 6.

Ma sulla questione consequenziale relativa a quale decisione adottare, non è stato ancora espresso un preciso orientamento. Infatti, la Corte di legittimità non ha censurato – ritenendolo ordinatorio e, quindi, non impugnabile con ricorso dinnanzi a sé - il provvedimento di "non luogo a provvedere" adottato dalla Corte di merito, in seguito alla mancata comparizione delle parti, precisando solo che tale provvedimento è assimilabile a quello di cancellazione della causa dal ruolo di cui all'art. 181 c.p.c., dal momento che la parte ha la possibilità di chiedere la riassunzione del giudizio [(10)].
Recentemente la S.C. è ritornata sul tema, affermando il principio secondo cui nel procedimento per equa riparazione la mancata comparizione delle parti non può essere considerata una tacita rinuncia al ricorso, non consentendo, quindi, la declaratoria di improcedibilità, considerato che "una sanzione di tal tipo cagionerebbe, infatti, conseguenze ben più rigorose di quelle previste per l'appellante nel procedimento di cognizione, in ordine al quale, ai sensi dell'art. 348, comma 2, c.p.c., l'improcedibilità viene dichiarata quando l'appellante ometta di comparire non solo alla prima udienza, ma pure a quella successiva fissata dal giudice" [(11)].

Anche in relazione ad altri procedimenti camerali la giurisprudenza prevalente esclude l'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c., ritenendo che il giudice, una volta "verificato che siano stati regolarmente notificati l'istanza ed il decreto di fissazione dell'udienza, deve comunque decidere nel merito la controversia, restando esclusa la declaratoria di improcedibilità per tacita rinunzia all'impugnativa, atteso che i procedimenti in camera di consiglio sono caratterizzati da particolare celerità e semplicità di forme e sono dominati, quanto allo svolgimento, dall'impulso officioso" [(12)].

Recentemente la S.C. si è espressa in tema di procedimento camerale per l'attribuzione del cognome al figlio naturale, affermando il principio di diritto secondo cui, anche nel caso di mancata comparizione del reclamante, il Giudice, verificata la regolare notifica dell'istanza e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza, deve comunque decidere nel merito la controversia, "restando esclusa la declaratoria di improcedibilità per tacita rinunzia all'impugnativa" [(13)].

Soluzione analoga è stata adottata sempre dai giudici della sola legittimità in relazione ad un altro procedimento camerale, ovvero in relazione

---

[(10)] Cass. civ., 20 febbraio 2004, n. 3388, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 2; in senso conforme Cass. civ., 5 febbraio 2004, n. 2139, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 2.

[(11)] Cass. civ., 19 luglio 2010, n. 16821, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 9, 1136.

[(12)] Cass. civ., 7 dicembre 2005, 27080, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 12; in senso conforme Cass. civ., 5 febbraio 2004, n. 2139, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 2; Cass. civ., 28 novembre 2002, n. 16884 in *Fam. e diritto*, 2003, 134 e ss. con nota di Dalla Bontà, tutte decisioni rese in tema di ricongiungimento familiare.

[(13)] Cass. civ., 9 gennaio 2009, n. 284, in *Giust. civ*., 2009, 4-5, I, 894.

al reclamo di cui all'art. 26 L.F.. In quest'ipotesi, si è affermato che: "Il tribunale è tenuto a decidere il reclamo anche nel caso in cui il ricorrente non compaia in camera di consiglio, sicché, qualora dichiari erroneamente "non luogo a provvedere" sul medesimo, questo provvedimento è impugnabile con ricorso per cassazione, *ex* art. 111 Cost." [(14)].

Altra recente pronuncia tenuta in considerazione dal Tribunale perugino, nella pronuncia in commento, è quella adottata dalla Corte d'Appello di Napoli in data 22 luglio 2010 in tema di mancata comparizione delle parti nel corso del giudizio di reclamo *ex* art. 18 L.F. [(15)]. Secondo i giudici partenopei, alla mancata comparizione delle parti nei procedimenti in camera di consiglio non può attribuirsi la valenza di rinuncia tacita all'impugnativa, connettendovi la sanzione dell'improcedibilità. Tuttavia, contrariamente al Tribunale di Perugia, quello napoletano ha ritenuto applicabile la disciplina di cui all'art. 348 c.p.c. (poiché trattavasi di reclamo, quindi di giudizio di impugnazione), con rinvio della causa ad altra udienza.

La disanima del dato giurisprudenziale sin qui condotta fa emergere come prevalente appaia l'interpretazione secondo cui, con l'unica eccezione del rito lavoro, per i procedimenti diversi dal rito di cognizione ordinario, non ha luogo l'applicazione analogica della disciplina dettata dagli artt. 181, 309 e 348 c.p.c.

Molto più variegato è il quadro delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza in relazione alle conseguenze da dover trarre nel caso di mancata comparizione delle parti all'udienza. Si passa da pronunce che assimilano detta mancata comparizione alla mancanza di interesse ad agire della parte, connettendovi quindi il rigetto in rito o la pronuncia di improcedibilità, a pronunce che impongono al giudice di decidere comunque nel merito la causa, passando attraverso pronunce che costituiscono una mediazione tra l'una e l'altra soluzione, disponendo il "non luogo a provvedere".

Orbene, a sommesso avviso di chi scrive appare opportuna una precisazione. La varietà delle soluzioni date sul tema delle conseguenze derivanti dalla mancata comparizione delle parti non è in alcun modo ricollegabile alla logica dei vari istituti analizzati.

In altri termini, le diversità di finalità e di struttura che distinguono i vari moduli processuali passati al vaglio incidono in relazione alla questione dell'applicabilità o meno in via analogica della disciplina dettata dagli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. Mentre, una volta esclusa l'applicazione di dette disposizioni, le suindicate diversità non possono avere alcuna incidenza sulla questione delle conseguenze da trarre. Ad esempio, sia il rito camerale che quello cautelare sono procedimenti officiosi ed altamente deformalizzati, dove un'esigenza fondamentale da rispettare è la celerità della decisione. Per tali ragioni la giurisprudenza esclude l'applicabilità della disciplina di

---

[(14)] Cass. civ., 11 maggio 2005, n. 9930, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5.

[(15)] App. Napoli, 22 luglio 2010, in *www.ilcaso.it.*

cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c., traendo, tuttavia, conseguenze diametralmente opposte in merito alla natura ed al contenuto della decisone da adottare [16].

Ciò premesso, resta da considerare quale possa essere la decisione più opportuna tra quelle suggerite dalla giurisprudenza.

Sommessamente si ritiene che il provvedimento di "non luogo a provvedere" poteva avere significato e giustificazione anteriormente alla riforma del 2009. Detto provvedimento, infatti, come suggerito dalla stessa Corte di legittimità [17], avrebbe potuto essere assimilato a quello di cancellazione della causa dal ruolo, in modo da consentire la riassunzione del processo entro l'anno.

Nella disciplina attuale, invece, alla cancellazione della causa dal ruolo si accompagna l'estinzione immediata del processo. Pertanto deve ritenersi che il provvedimento di "non luogo a provvedere" non consenta la riassunzione della causa, bensì definisca in rito il giudizio.

Orbene, il rigetto in rito della domanda è ricollegato alla mancanza di presupposti che consentano al giudice di giungere ad una decisone di merito.

Tuttavia, la mancata presenza delle parti in udienza non costituisce un impedimento per il giudice nel decidere nel merito la causa. In virtù di questa considerazione appaiono, quindi, poco condivisibili quei provvedimenti giurisprudenziali che ricollegano alla mancata comparizione delle parti in udienza il rigetto in rito della domanda attorea.

Ancor meno condivisibili, poi, sono i similari provvedimenti che ricollegano alla mancata comparizione delle parti nella fase di impugnazione la sanzione dell'improcedibilità. Al riguardo preme ricordare che l'improcedibilità è la sanzione che il Legislatore ricollega a specifiche ipotesi di inattività delle parti e, pertanto, è applicabile solo nei casi tipicamente previsti [18].

Per trovare soluzione all'interrogativo che ci si è posti, deve ricordarsi che l'istituto dell'estinzione per inattività delle parti si suddivide in due fondamentali categorie.

Sussiste, infatti, un primo gruppo di ipotesi in cui l'estinzione è ricollegata alla mancata sanatoria di un vizio processuale, che impedisce l'emanazione dell'atto finale, ovvero della sentenza. In altri termini, il mancato compimento di attività assolutamente necessarie per il processo determina

---

[16] Analizzando il dato giurisprudenziale, infatti, si è visto come in tema di procedimenti cautelari prevalente appaia l'orientamento secondo cui alla mancata comparizione delle parti deve farsi conseguire il rigetto in rito del ricorso, mentre per i procedimenti camerali appare prevalente l'interpretazione che impone la necessità di decidere nel merito la causa, indipendentemente dalla mancata comparizione delle parti.

[17] Cass. civ., 20 febbraio 2004, n. 3388, cit.

[18] In questo senso cfr. Bove, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2009, III ed., 361 s.

la nullità dello stesso. Per tale ragione, in questi casi, l'estinzione rappresenta "una particolare ed accelerata forma di dichiarazione di nullità del procedimento" [19].

Vi è, poi, un secondo gruppo di ipotesi in cui l'estinzione rappresenta "la sanzione per il mancato compimento di un'attività entro un termine perentorio fissato dalla legge"[20]. In buona sostanza, il Legislatore ha individuato alcune attività ed ha ricondotto alla loro omissione l'estinzione, ritenendo che il loro mancato compimento sia sintomo di lesione del principio di concentrazione del processo.

La differenza fondamentale intercorrente tra i due gruppi di ipotesi è quindi da rinvenire nella *ratio* sottesa alla scelta legislativa. Infatti, nella prima categoria l'estinzione è ricollegata all'inattività pura e semplice, ovvero all'omissione di un'attività necessaria al punto tale che l'eventuale sentenza di merito che, nonostante il vizio, venisse emessa, sarebbe nulla.

Al contrario, nella seconda categoria rientrano attività che, a giudizio del Legislatore, sono necessarie affinché il processo si svolga in modo sufficientemente concentrato. Pertanto, il mancato compimento di dette attività impedisce la pronuncia nel merito per scelta legislativa e non per ragioni di ordine sistematico.

Dal momento che l'estinzione conseguente alla mancata comparizione delle parti a due udienze consecutive rientra in questa seconda categoria, la disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. deve ritenersi applicabile solo al rito di cognizione ordinario, ovvero ai riti speciali che richiamano le norme dettate per quest'ultimo, mentre non è suscettibile di applicazione analogica in riti diversi soprattutto quando trattasi di procedimenti caratterizzati da una maggiore concentrazione ed improntati ad una maggiore celerità [21]. Con la logica sottesa a quest'ultimo tipo di procedimenti, infatti, poco si concilia la tecnica prevista nella succitata disciplina, che impone il rinvio ad una seconda udienza.

In altri termini, il rinvio ad un'udienza successiva rallenterebbe l'andamento di tali riti, quando invece - come si è visto - la logica sottesa alla disciplina contenuta negli artt. 181, 309 e 348 c.p.c., per il rito di cognizione ordinario, è, al contrario, quella di tutelare la concentrazione del processo. Per tale ragione è condivisibile la scelta della giurisprudenza prevalente - cui

---

[19] VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 83.

[20] VACCARELLA, *op.cit.,* 84.

[21] Può prevedersi che il problema si porrà anche per il rito di cognizione sommario previsto agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.. Alla luce delle considerazioni condotte nel corso del presente studio deve escludersi per detto modulo procedimentale l'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c., in considerazione del mancato rinvio alla disciplina detta per il rito di cognizione ordinario ed in considerazione, altresì, delle caratteristiche proprie di detto rito caratterizzato dall'officiosità e dalla deformalizzazione.

il Tribunale perugino si è allineato - di escludere l'applicazione della succitata disciplina ai procedimenti diversi dal rito di cognizione ordinario.

Né può condividersi, sempre a sommesso parere di chi scrive, la ricostruzione ermeneutica secondo cui la mancata comparizione delle parti in udienza determinerebbe il rigetto in rito della domanda in quanto manifestazione della mancanza di interesse ad una definizione della causa nel merito. In realtà, l'interesse ad agire ed a contraddire [22] si valuta sulla base della domanda, essendo un requisito della stessa consistente nella "esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice" [23].

Pertanto, l'interesse ad agire delle parti sussiste fintanto che sussiste la domanda giudiziale.

Al più, l'assenza dell'attore in udienza potrebbe essere considerata una sorta di rinuncia tacita alla domanda o di revoca della stessa.

Al riguardo si ricordi come, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, contrariamente alla rinuncia agli atti che va formalizzata nelle modalità previste dall'art. 306 c.p.c., la rinuncia alla domanda o all'azione può essere anche tacita [24].

Tuttavia, dal momento che detta rinuncia preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale, importando una pronuncia di cessazione della materia del contendere o, comunque, una reiezione nel merito della domanda attorea [25], essa "va riconosciuta quando vi sia incompatibilità assoluta tra i comportamento dell'attore e la volontà di proseguire nella domanda proposta" [26].

---

[22] Esso sussiste allorché il ricorso al giudice sia indispensabile per porre rimedio alla lesione del diritto sostanziale dedotto in giudizio. In questo senso CHIVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 167.

[23] Cass. civ., 28 novembre 2008, n. 28405, in *Mass. Giust. civ.,* 2008, 11, 1701; in senso conforme anche: Cass. civ., 29 marzo 2007 n. 7786, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 3; Cass. civ., 17 maggio 2006, n. 11536, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5; Cass. civ., 11 marzo 2005, n. 5362 in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1; Cass., 28 luglio 2004, n. 14194, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 7-8; Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2002, n. 2721, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 300; Cass. civ., 10 agosto 2000, n. 565, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1474.

[24] Trib. Bari, 22 febbraio 2010, n. 639, in *www.giurisprudenzabarese.it*; Trib. Torino, 9 marzo 2006, in *Giuda dir*., 2006, 30, 62; Cass. civ., 19 marzo 1990, n. 2267, in *Mass. Giust. civ*. 1990, 3.

[25] In questo senso: Trib. Bari, 10 febbraio 2010, n. 639, *cit*.; Cass. civ., 19 marzo 1990, n. 2267, cit.; Trib. Chieti, 16 febbraio 2007, n. 131, in *PQM*, 2007, 2, 77; Cass. civ., 10 settembre 2004, n. 18255, in *Mass. Giust. Civ*., 2004, 9; Cass. civ., 3 agosto 1999, n. 8387, in *Mass. Giust. civ*., 1999, 1772; Cass. civ., 13 marzo 1999, n. 2268, in *Mass. Giust. civ*., 1999, 557.

[26] Cass. civ., 19 marzo 1990, n. 2267, cit. Nel medesimo solco interpretativo si inserisce anche la pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria, secondo cui: "Nella differenza tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione è rilevante la caratterizzazione delle ragioni che sottendono tale comportamento, nel senso che, ove manchi un'espli-

Pertanto, deve ritenersi che la mancata comparizione delle parti all'udienza possa essere qualificata come rinuncia all'azione solo quando si aggiunga e si concili con una serie di altri comportamenti della parte inequivocabilmente interpretabili in tal senso. Conseguentemente, quindi, dovrà essere valutato caso per caso se dalla mancata comparizione delle parti in udienza possa derivarsi la rinuncia all'azione.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, in caso di mancata comparizione delle parti nei procedimenti diversi dal rito di cui all'art. 163 e ss. c.p.c., l'unica conseguenza condivisibile sembra essere rappresentata dalla decisone nel merito, come affermato nella sentenza in commento.

Infatti, il principio della domanda - evincibile dal combinato disposto degli artt. 99 e 102 c.p.c. e stigmatizzato dall'art. 24 Cost. - configura la domanda giudiziale come fondamento e misura della potestà decisoria del giudice.

In altri termini, la proposizione della domanda fa sorgere il potere/dovere del giudice di decidere nel merito la causa ed ne individua il contenuto [(27)].

Pertanto, la proposizione della domanda determina il divieto di pronunciare un *non liquet* per il giudice, il cui dovere fondamentale è quello di dare una risposta nel merito al ricorrere dei necessari presupposti processuali [(28)].

In virtù di queste ultime considerazioni, quindi, la pronuncia in commento appare apprezzabile e condivisibile. Infatti, una volta accertata la sussistenza dei presupposti processuali per decidere, anche in assenza delle parti costituite in udienza, l'organo giudicante mantiene il dovere di pronunciare nel merito, dal momento che la mancata comparizione delle parti in udienza non determina il venir meno dell'interesse ad agire della parte, né, di per sé sola, è indice di rinuncia della parte all'azione (a meno che in questo senso non concorrano ulteriori elementi).

Tuttavia, non può nascondersi come talvolta la disciplina di cui agli artt. 181, 309 e 348 c.p.c. venga utilizzata dalle parti nel momento in cui è stato raggiunto un accordo transattivo [(29)]. Corre l'obbligo di sottolineare,

---

citazione delle ragioni sostanziali sottese al comportamento di rinuncia, questa deve intendersi mera rinuncia agli atti e, viceversa, nel caso in cui le ragioni siano state dettagliate in ragione della pretesa sostanziale originariamente azionata. In tale ultimo caso, non è necessario che la rinuncia sia accettata dalla controparte" (Trib. Reggio Calabria, 25 settembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 3). Per la dottrina in tema della rinuncia all'azione e della differenza tra questa e la rinuncia agli atti si rinvia a GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, 843 ss.

[(27)] Sul punto, tra i tanti, si rinvia a MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, XX ed., I, 93 ss.

[(28)] Cfr. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, cit., 94 ss.

[(29)] Anteriormente alle modifiche apportate dalla l. n. 69/2009 la disciplina in questione veniva utilizzata anche al fine di permettere alle parti il raggiungimento

allora, che la ricostruzione ermeneutica scelta dal Tribunale di Perugia, sulla falsariga della giurisprudenza maggioritaria, impone la necessità che, in riti diversi dal processo di cognizione ordinario, eventuali accordi transattivi vengano allegati in giudizio affinché abbia luogo la declaratoria di cessazione della materia del contendere.

MARGHERITA SCALAMOGNA

---

di un accordo transattivo. Invece, l'attuale formulazione legislativa, facendo seguire alla cancellazione della causa dal ruolo l'estinzione immediata del processo, impedisce alle parti di verificare la tenuta dell'accordo raggiunto. Sul punto si rinvia a CHIZZINI, in BALENA – CAPONI – CHIZZINI – MENCHINI, *Sub art. 307*, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 97 ss.

DIRITTO PENALE

CORTE DI CASSAZIONE – SEZ. VI – 4 novembre 2009 – *Pres.* Agrò – *Rel.* Milo – O.G. e D. V.

Delitti contro il patrimonio – Delitti contro la pubblica amministrazione – Differenza tra truffa aggravata e peculato (c.p., artt. 61 n. 9, 314, 640).

La differenza tra il delitto di peculato e il delitto di truffa aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione si coglie avendo riguardo al rapporto tra possesso, da una parte, ed artifizi e raggiri, dall'altra: qualora questi ultimi siano finalizzati a mascherare l'illecita appropriazione da parte dell'agente del denaro o della res *di cui già aveva legittimamente la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, ricorrerà lo schema del peculato; qualora, invece, la condotta fraudolenta sia posta in essere proprio per conseguire il possesso del denaro o della cosa mobile altrui, sarà integrato il paradigma della truffa aggravata. Ne consegue che a differenziare le due figure criminose non rileva tanto la precedenza cronologica o la contestualità della frode rispetto alla condotta appropriativa, bensì il modo col quale il funzionario infedele acquista il possesso del denaro o del bene costituente l'oggetto materiale del reato. Pertanto, risponde di truffa aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p. n. 9 il curatore fallimentare che, attraverso la falsificazione di mandati di pagamento in apparenza provenienti dall'ufficio del giudice delegato al fallimento, incassa somme di pertinenza delle procedure concorsuali, prelevandole dai libretti di deposito fallimentari dallo stesso direttamente detenuti* (1).

1- Il Gup del Tribunale di Perugia, con sentenza 11/3/2005, all'esito del giudizio abbreviato, dichiarava O.G. e D. V. (marito della prima) colpevoli dei seguenti reati.

- a) peculato continuato e aggravato ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 7, per essersi appropriati, in concorso tra loro, della complessiva somma di Euro 5.656.234,00, della quale la O. aveva il possesso per ragioni del suo ufficio di curatore di varie procedure fallimentari (I. spa, S. di B. srl, V.

spa, A.- M.- E., O. spa, G. S. e S. F., A. snc) o di commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo "B. T. sas", prelevandola in più riprese, nel corso di circa un decennio, dai depositi di pertinenza di tali procedure, anche mediante l'utilizzo di mandati di pagamento abusivamente compilati e falsificati con l'apposizione delle firme apocrife del giudice delegato e del dirigente della sezione fallimentare del Tribunale di Perugia, nonché del sigillo autentico di tale ufficio (*Omissis*);

- b) falsità continuata in atto pubblico, aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 9, per avere formato abusivamente, in concorso tra loro, numerosi mandati che autorizzavano il prelievo delle somme, falsificandoli con l'apposizione delle firme apocrife del giudice delegato e del cancelliere (*Omissis*);

- c) uso abusivo, continuato e aggravato *ex* art. 61 c.p., nn. 2 e 9, del sigillo del Tribunale di Perugia, per convalidare i mandati falsi di cui al punto che precede e conseguire così l'illecito profitto (*Omissis*);

dichiarava, inoltre, il D., nella qualità di avvocato che aveva curato gli interessi della "F. G. F. spa" in alcune procedure esecutive pendenti dinanzi al Tribunale di Perugia, colpevole di:

- a) appropriazione indebita continuata e aggravata *ex* art. 61 c.p., n. 11 della somma complessiva di Euro 323.597,78 in danno della detta società (*Omissis*);

- b) appropriazione indebita continuata e aggravata *ex* art. 61 c.p., n. 11 in danno della "B. d. U. spa" (*Omissis*).

Il Gup concedeva agli imputati le circostanze attenuanti generiche, ritenute subvalenti rispetto alle contestate aggravanti e, con riferimento ai reati commessi in concorso ed unificati dal vincolo della continuazione, li condannava alla pena di anni sei di reclusione ciascuno, alle previste pene accessorie, nonché in solido al risarcimento dei danni in favore delle costituite parti civili Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Giustizia, Ministero delle Finanze ed Agenzia delle Entrate, Fallimento I. spa, Fallimento S. di B. srl, C.C., Ci.

F. quale legale rappresentate della I. P.N. quale legale rappresentante della "O. spa", con assegnazione di una provvisionale in favore del Ministero delle Finanze e Agenzia delle Entrate, del Fallimento I. e del Fallimento S. di B.; condannava, altresì, il D., con riferimento alle appropriazioni indebite ascrittegli individualmente ed unificate dal vincolo della continuazione, alla ulteriore pena di mesi sei di reclusione ed Euro 1.200,00 di multa.

2- Sui gravami proposti dagli imputati e dal Procuratore Generale, la Corte d'Appello di Perugia, con sentenza 11/6/2007, in parziale riforma di quella di primo grado, così decideva:

- dichiarava inammissibile - per rinuncia - l'appello del P.G. finalizzato ad ottenere un congruo aumento della misura della pena inflitta agli imputati;

- escludeva la parte civile "O. spa" e revocava le corrispondenti statuizioni a favore della stessa;

- escludeva la parte civile C.C. limitatamente alla costituzione nei confronti del D. per i reati di appropriazione indebita;

- dichiarava non doversi procedere nei confronti degli imputati, in ordine agli episodi di falso e di uso abusivo del sigillo commessi sino all'(*Omissis*) e a quelli di peculato commessi sino all'(*Omissis*), perché estinti per prescrizione;

- riduceva la pena inflitta agli imputati, per i residui illeciti commessi in concorso e unificati dalla continuazione, ad anni cinque e mesi sei di reclusione ciascuno, determinando la pena complessiva per il D. in anni sei di reclusione ed Euro 1,200,00 di multa;

- dichiarava condonati anni tre della pena detentiva inflitta agli imputati e la multa inflitta al D.;

- confermava nel resto la pronuncia di primo grado.

2a- Il Giudice distrettuale giustificava l'esclusione della parte civile "O. spa", per non essere state osservate le formalità previste dall'art. 78 c.p.p.; della parte civile C. C. nei limiti precisati, per carenza di legittimazione attiva, non rivestendo la qualità di persona offesa-danneggiata in relazione ai delitti di appropriazione indebita ascritti al solo D.

Riteneva correttamente ammesse le altre parti civili, rilevando quanto segue:

- l'Avvocatura dello Stato, avendo, a norma al R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 1, la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, ben poteva costituirsi parte civile per conto delle stesse, senza la necessità di un espresso mandato;

- tanto la Presidenza del Consiglio dei Ministri quanto il Ministero della Giustizia erano legittimati all'azione di risarcimento danni, facendo capo alla prima l'interesse della collettività al regolare esercizio della funzione giurisdizionale e al secondo l'interesse al regolare funzionamento dei servizi e dell'organizzazione della giustizia;

- non poteva negarsi la legittimazione del Ministero della Giustizia a costituirsi parte civile contro gli imputati, solo perché potrebbe essere chiamato da terzi danneggiati a rispondere, quale responsabile civile, dell'operato dei propri appartenenti;

- non poteva essere esclusa la costituzione di parte civile della Presidenza del Consiglio e del Ministero della Giustizia per non avere quantificato esattamente il danno e averne sollecitato la liquidazione in via equitativa o in separata sede;

- il Ministero delle Finanze ed Agenzia delle Entrate e C. C., quali singoli creditori di procedure concorsuali, erano legittimati a costituirsi parte civile, per fare valere danni connessi agli effetti cagionati dal mancato riparto, nei tempi dovuti, delle somme indebitamente distratte,

con conseguente pregiudizio, specificamente per l'Amministrazione Finanziaria, della propria funzione e della propria immagine; tali danni non erano una duplicazione di quelli fatti valere dalle sole curatele del "Fallimento I." e del "Fallimento S. di B."; non era di ostacolo alla costituzione di parte civile la L. Fall., art. 240, che la preclude solo in relazione al reato di bancarotta fraudolenta, quando vi sia già stata costituzione del curatore;

- sussisteva la legittimazione dei curatori del "Fallimento I." e del "Fallimento S. di B." a costituirsi parte civile, non ostandovi il disposto della L. Fall., art. 240, che si limita a disciplinare la costituzione di parte civile del curatore fallimentare contro il fallito, chiamato a rispondere di reati fallimentari, ma non esclude l'applicazione della normativa generale con riferimento ad altri reati;

- legittimato a costituirsi parte civile doveva ritenersi anche C. .F., già presidente del consiglio di amministrazione della "I. spa" e socio di maggioranza della stessa, considerato che la richiesta risarcitoria era correlata a danni, patrimoniali (pregiudizio della possibilità di fruire del concordato fallimentare) e non patrimoniali (pregiudizio dei rapporti interpersonali del C. con i creditori), patiti in tale veste e ben distinti da quelli cagionati al "Fallimento I.". 2b- Sul merito della vicenda, il Giudice distrettuale osservava, in generale, che la prova della colpevolezza degli imputati era offerta non soltanto dalle ammissioni dei medesimi, limitatisi a contestare solo alcuni episodi oggetto d'imputazione, ma soprattutto dalla documentazione acquisita (fascicoli fallimentari, estratti conto, mandati di pagamento) e dalle risultanze delle consulenze espletate, che avevano evidenziato l'enorme massa di denaro sottratta alle varie procedure fallimentari e dirottata verso i conti personali della O., che in quelle procedure svolgeva le funzioni di curatore, e di suo marito, D. V.

Analizzando, quindi, i singoli episodi oggetto di contestazione, rilevava:

1) quanto al "Fallimento O.", la stessa imputata aveva ammesso prelevamenti per fini personali (lire 134.896.395), ripianati, poi, con prelevamenti dalle casse del "Fallimento I.", circostanza questa riscontrata dalla espletata consulenza contabile A.- D.;

2) quanto al "Fallimento A.- M.- E.", v'era stato un prelievo illecito di L. 1.452.799 e la tesi difensiva, secondo cui tale prelievo sarebbe stato destinato a coprire le spese di chiusura della procedura, era stata smentita dalla consulenza contabile, che aveva accertato il diverso importo delle dette spese, registrato in data 10/3/1995, laddove il prelievo illegittimo risaliva al 22/12/1992;

3) quanto al "Fallimento G. e S.", la consulenza contabile aveva accertato l'ingiustificato prelievo in data (*Omissis*) della somma di

L. 4.354.913, confluita in un assegno emesso a favore della O. e non destinata, come sostenuto, a copertura di spese della procedura, di importo totalmente diverso e riportate nel registro fallimento sotto la data (*Omissis*);

4) quanto al "Fallimento A. snc di S.", l'ammanco di L. 2.000.000 era riferibile, secondo la consulenza contabile, all'appropriazione diretta del corrispettivo ricavato dalla vendita di un veicolo registrata il 29/7/1997 (non si era fatto ricorso, in questo caso, al sistema del falso mandato di pagamento); sul libro giornale, a copertura di tale ammanco, erano stati annotati interessi maturati al (*Omissis*) per L. 533.710 anziché per L. 2.533.710;

5) quanto al "Fallimento V. spa", la documentazione acquisita e la consulenza contabile avevano evidenziato che l'assegno di L. 27.000.000, emesso in data 6/12/1999 dalla società "V. D. srl" a favore del fallimento per un acquisto immobiliare, era stato versato sul conto personale della O.: costei aveva prelevato in pari data dal proprio conto la somma di L. 4.887.000, versata al notaio per l'INVIM relativa alla compravendita immobiliare; aveva tratto sul proprio c/c bancario, in data (*Omissis*), due assegni dell'importo rispettivamente di L. 9.426.000, per il pagamento dell'imposta di registro, e di L. 7.712.000 in favore della società "V. D. srl" per restituzione di IVA computata in eccesso; non v'erano tracce di altri pagamenti inerenti al "Fallimento V. spa" e, in ogni caso, l' O. aveva gestito l'importo di L. 27.000.000 come cosa propria;

6) quanto al "Concordato Preventivo B. T. sas", in cui l' O. aveva svolto le funzioni, prima, di commissario giudiziale e, poi, di liquidatore, era stato riscontrato un ammanco di L. 62.015,051, ammesso in gran parte dalla stessa imputata (quanto a L. 50.000.000), che lo aveva coperto con la cessione di crediti da percepire a titolo di compenso maturato in altre procedure fallimentari;

7) in relazione al "Fallimento I.", le consulenze contabili avevano accertato l'importo delle somme di volta in volta abusivamente prelevate dai depositi fallimentari; la tesi difensiva, secondo cui gran parte di dette somme sarebbe stata destinata a fronteggiare spese della procedura concorsuale, non aveva trovato alcun puntuale ed univoco riscontro.

2c- Sulla inquadrabilità della condotta di appropriazione nel paradigma del peculato e non, come sostenuto dalla difesa, in quello della truffa, la Corte territoriale si faceva carico di analizzare il rapporto che si instaura tra il curatore fallimentare e la massa attiva della procedura e, più in particolare, i poteri del curatore sulle somme depositate nei conti riferibili al fallimento in relazione logicamente anche al ruolo svolto dal giudice delegato.

Secondo il combinato disposto della L. Fall., artt. 31 e 34, al curatore compete l'amministrazione del patrimonio fallimentare al fine di

garantire la *par condicio creditorum* e per ciò solo finisce per conseguire la disponibilità giuridica di quel patrimonio, di cui il fallito viene spossessato. È vero che tale amministrazione deve svolgersi sotto la direzione del giudice delegato, al quale compete il potere di autorizzare il prelievo di somme dai depositi bancari intestati al fallimento, ma spetta comunque al curatore, nell'esercizio appunto dei suoi poteri gestionali, l'individuazione delle esigenze di pagamento, con l'effetto che si profila un procedimento in cui l'atto dispositivo viene posto in essere con il concorso di più organi, ai quali fa capo congiuntamente la disponibilità giuridica del bene. Preesistendo, quindi, in capo al curatore fallimentare la disponibilità giuridica delle somme in deposito, conseguirne quella materiale e diretta attraverso la formazione ed utilizzazione di falsi mandati di pagamento costituisce un mero espediente per mascherare l'*interversio possessionis* e, quindi, l'indebita appropriazione. Nel caso concreto, peraltro, i libretti di deposito, anziché essere custoditi presso l'ufficio fallimentare, erano detenuti personalmente dalla O. o da suo marito, circostanza questa che, pur espressione di una prassi anomala, costituiva una ulteriore ragione per qualificare la condotta appropriativa come peculato.

Aggiungeva la Corte di merito che la O., in numerose occasioni, si era appropriata di somme e titoli di pertinenza delle procedure concorsuali da lei direttamente detenuti, senza quindi fare ricorso alla utilizzazione di mandati di pagamento falsi. Richiamava:

a) l'appropriazione della somma di L. 27.000.000 in danno del "Fallimento V."; b) l'appropriazione, nell'ambito del "Concordato preventivo B. T. S. sas", delle somme ricavate dalla vendita di beni, non soggette a deposito e nella diretta disponibilità del liquidatore; c) prelievi dal "Fallimento O." di somme depositate provvisoriamente su libretti postali; d) la somma di L. 2.000.000 incamerata a seguito della vendita di una autovettura del "Fallimento A. snc di S."; c) titoli di Stato pertinenti al "Fallimento I." per un importo di L. 1.416.000.000 incassati il (*Omissis*) e mai riversati sui conti della procedura: L. 1.086.000.000 erano stati depositati sul conto della O. per transitare, poi, sui conti del D.; del residuo si era persa ogni traccia; f) estinzione in data (*Omissis*), sempre nell'ambito del "Fallimento I.", di due depositi postali, sui quali era stata depositata provvisoriamente la somma complessiva di L. 1.432.074.000, mai confluita nei depositi bancari della procedura. Questi ultimi casi non potevano essere inquadrati nella più tenue fattispecie di cui alla L. Fall., art. 230, che sanziona la condotta omissiva del curatore che non ottemperi all'ordine del giudice di depositare somme di pertinenza del fallimento.

Disattendeva la tesi prospettata dal D., secondo cui le operazioni bancarie sui libretti di deposito dei fallimenti sarebbero ascrivibili

esclusivamente ad una sua iniziativa e quindi, non rivestendo egli la qualità di pubblico ufficiale, sarebbero riconducibili nel paradigma della truffa. Sottolineava, per contro, che la gestione delle varie procedure concorsuali faceva capo alla O. e che tutte le operazioni delittuose erano state compiute con il "primario e indefettibile contributo" della stessa, a cui si era affiancato l'apporto anche materiale del D.

2d- Doveva, tuttavia, tenersi conto dei nuovi e più brevi termini di prescrizione introdotti dalla L. n. 251 del 2005, considerato che, al momento della sua entrata in vigore (8/12/2005), il presente processo non era ancora pendente in grado di appello anche se era già stata pronunciata e depositata la sentenza di primo grado (gli appelli erano stati depositati il 5, 7 e 20 gennaio 2006). Secondo la nuova normativa, il delitto di peculato si prescrive nel termine massimo di dodici anni e sei mesi e quelli di falso, di uso abusivo del sigillo nel termine massimo di sette anni e sei mesi, escludendosi il rilievo della continuazione, con la conseguenza che tutte le condotte di peculato commesse fino all'(*Omissis*) e gli episodi di falso e di uso abusivo di sigillo commessi fino all'(*Omissis*) andavano dichiarati estinti per prescrizione.

2e- Andava condiviso il bilanciamento in termini di prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti generiche, tenuto conto del danno rilevante provocato nell'ambito di procedure fallimentari, delle modalità operative, della protrazione nel tempo delle condotte illecite, dello spregiudicato sfruttamento da parte della O. della funzione pubblica rivestita, dell'alterazione del rapporto di fiducia da parte del D. in relazione alle appropriazioni indebite a lui ascritte in via esclusiva.

3- Hanno proposto ricorso per cassazione, tramite i rispettivi difensori, gli imputati.

3a- Il D. deduce:

-1) mancanza, manifesta illogicità della motivazione ed erronea applicazione della legge penale, con riferimento alla ritenuta qualificazione giuridica del fatto appropriativo come peculato anziché come truffa: doveva escludersi che la O., in relazione alle funzioni affidatele nell'ambito delle procedure concorsuali, avesse il possesso del denaro oggetto delle successive appropriazioni in concorso con il marito D.V., fatta eccezione per due soli episodi, e ciò perché, proprio in base alle norme di cui alla L. Fall., artt. 31 e 34, richiamate dalla sentenza di merito, il curatore amministra il patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato (art. 31), deve depositare tutte le somme riscosse presso l'ufficio postale o l'istituto di credito indicato dal giudice e su conto intestato al fallimento, non può prelevarle se non in forza di mandati di pagamento emessi dal giudice (art. 34). Il curatore non ha né il possesso materiale né quello giuridico del bene. L'essersi procurato tale possesso, facendo ricorso alla condotta truffaldina della utilizzazione di mandati di paga-

mento falsi, integra il reato di truffa, nel quale il possesso costituisce il punto di arrivo della condotta illecita, laddove nel peculato il possesso costituisce il punto di partenza della condotta integratrice del reato. La gestione della procedura concorsuale da parte del curatore non implica il possesso o la disponibilità dei beni del fallimento da parte del medesimo curatore e ciò lo si evince anche da un'analisi storica della disciplina in materia, comparando i contenuti dell'art. 713 del codice di commercio abrogato, della L. n. 995 del 1930, e della L. Fall., art. 31;

-2) mancanza, manifesta illogicità della motivazione ed erronea applicazione della legge penale, con riferimento alla disciplina del concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.) in relazione agli addebiti di peculato, falso e uso abusivo di sigillo, non essendosi offerta alcuna indicazione circa la condotta specifica addebitata al D.; si erano ricostruiti in modo globale ed indifferenziato i vari illeciti oggetto di accusa, si erano descritti i comportamenti della O. e si era ritenuto il concorso del D. negli stessi, senza dimostrare il concreto contributo causale di quest'ultimo nell'attuazione del progetto criminoso;

-3) vizio di motivazione ed erronea applicazione della legge penale (artt. 132 e 133 c.p.), con riferimento alla misura della pena inflitta.

La difesa del D. ha depositato in data 11/10/2009 motivi aggiunti, con i quali rileva l'intervenuta estinzione per prescrizione dei reati di appropriazione indebita individualmente ascritti al prevenuto, nonché degli episodi di peculato, di falso e di uso abusivo del sigillo commessi in concorso, che, per il *tempus commissi delicti,* erano colpiti dalla causa estintiva.

3b- La O. lamenta:

-1) inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale, inosservanza di norme processuali e vizio di motivazione in ordine alla mancata esclusione delle parti civili costituite e alla conferma delle relative statuizioni a loro favore: a) l'Avvocatura Distrettuale dello Stato non poteva costituirsi parte civile per la Presidenza del Consiglio dei Ministri e per il Ministero di Giustizia in difetto di un'idonea documentazione attestante la volontà di tali Amministrazioni di esercitare nel processo penale la pretesa risarcitoria, peraltro soltanto postulata e non dimostrata; b) carenza di legittimazione a costituirsi parte civile del Ministero delle Finanze ed Agenzia delle Entrate, di C. C., di C .F. per la I. spa, quali creditori singoli, essendo ciò inibito dalla L. Fall., art. 51, che vieta l'esercizio di azioni esecutive autonome da parte dei singoli creditori; spetta unicamente al curatore fallimentare rappresentare l'intera compagine creditoria, altrimenti si avrebbe una duplicazione delle pretese creditorie; i singoli creditori, inoltre, non possono ritenersi soggetti danneggiati dal reato, in quanto il danno lamentato non è diretta conseguenza della condotta criminosa addebitata agli imputati; la

costituzione di parte civile non è comunque ammissibile in relazione ai reati di falso e di uso abusivo di sigillo, che hanno natura monoffensiva; il C., quale legale rappresentante della I. spa, dichiarata fallita, era privo della capacità di stare in giudizio personalmente in una causa relativa a rapporti patrimoniali compresi nel fallimento; c) carenza di legittimazione del curatore dei fallimenti "I. spa" e "S. di B." a costituirsi parte civile nel presente procedimento, che non ha ad oggetto reati fallimentari (L. Fall., art. 240);-2) inosservanza e/o erronea applicazione di legge e vizio di motivazione sulla ritenuta responsabilità per asserite appropriazioni relative ad alcune procedure fallimentari: a) nel fallimento " A.- M.- E." la regolarità gestionale emergeva inequivocabilmente dalla pagina di chiusura del registro fallimentare; b) stessa considerazione andava fatta per i fallimenti " G. e S.", "A. snc di S."; c) quanto al concordato "B. T. S. sas", il saldo di cassa di L. 62.015.051 era stato coperto interamente con cessione di crediti; d) gli ammanchi relativi al fallimento "I. spa" erano di entità inferiore a quella ritenuta, essendo stati effettuati numerosi pagamenti per spese di gestione relative alla procedura concorsuale;

e) nel fallimento "O.", l'asserito ammanco corrisponde esattamente all'importo pagato all'INPS, all'INAIL, allo SCAU; f) nessun ammanco nel fallimento "V. spa", essendosi offerta puntuale dimostrazione della destinazione data alla somma di L. 27.000.000; eventuali irregolarità dovevano essere ricondotte nella fattispecie di cui alla L. Fall., art. 230;

-3) inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale (artt. 314 e 640 c.p.) e vizio di motivazione circa la ritenuta configurabilità del peculato piuttosto che della truffa, e ciò sulla base delle stesse argomentazioni sviluppate nel ricorso del D.;

-4) inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione in ordine al ritenuto concorso di persone nel reato e alla mancata individuazione delle condotte ascrivibili a ciascun imputato, le cui posizioni erano state valutate in maniera indifferenziata; non si erano tenute nel debito conto le conclusioni della consulenza grafologica, secondo cui la O. era rimasta estranea all'attività di falsificazione delle firme apposte sui mandati di pagamento, il che dimostrava l'addebitabilità al solo coimputato della condotta di falsificazione e di abusivo prelievo delle somme;

-5) inosservanza e/o erronea applicazione della legge penale e vizio di motivazione in ordine al bilanciamento delle aggravanti con le attenuanti generiche e alla misura della pena inflitta.

Motivi della decisione

1- I ricorsi sono parzialmente fondati e vanno accolti nei limiti di seguito precisati.

I motivi di doglianza articolati, in parte comuni ad entrambi i ricorrenti, vanno analizzati seguendo un ordine di priorità logica.

2- La censura con cui si denuncia la violazione di legge e il connesso vizio di motivazione in ordine al mancato accoglimento della richiesta di esclusione delle parti civili (ricorso O.) è inammissibile, in quanto ripropone questioni già discusse e ritenute infondate dal giudice d'appello, le cui argomentate ragioni sono sostanzialmente ignorate o comunque marginalizzate nel ricorso, che, in relazione a questo profilo, si rivela aspecifico.

2a- In ogni caso, deve ribadirsi che l'Avvocatura dello Stato, derivando il suo *ius postulandi* direttamente dalla legge (R.D. n. 1611 del 1933, art. 1), non ha bisogno, per costituirsi parte civile nel processo penale, del conferimento di una procura da parte dell'Amministrazione statale rappresentata in giudizio e non è neppure onerata della produzione della documentazione attestante la volontà della stessa Amministrazione di procedere giudizialmente. Il rapporto sottostante a quello di mandato *ex lege* tra l'Amministrazione pubblica e l'Avvocatura dello Stato e relativo alla gestione della lite costituisce, infatti, un rapporto meramente interno con l'Amministrazione medesima, senza alcuna necessità che questa deliberi, con atti di rilievo esterno, la sua volontà di agire o di resistere in giudizio (cfr. Cass. sez. 18/11/2007 n. 4060; sez. V 27/3/1999 n. 11441).

2b- Nell'ambito del procedimento penale a carico del curatore fallimentare, chiamato a rispondere dei reati di peculato (o, come si preciserà in seguito, di truffa aggravata) e di falso, sono certamente legittimati a fare valere distinte pretese risarcitorie sia la Presidenza del Consiglio dei Ministri che il Ministero della Giustizia.

La prima, quale soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello Stato-comunità, è portatrice dell'interesse della collettività all'esercizio imparziale e indipendente della funzione giudiziaria, di cui anche la procedura fallimentare è espressione, attraverso l'espletamento delle funzioni affidate ad un organo centrale della procedura, qual è il curatore, che deve garantirne il regolare svolgimento a tutela della *par condicio creditorum*. Il secondo, in quanto preposto all'organizzazione e al funzionamento del servizio giustizia, ha interesse a fare valere danni a questo derivati dall'illecita attività (ritardi nell'espletamento della procedura, necessità di controlli ispettivi straordinari, rimedi per sopperire alle disfunzioni verificatesi).

2c- Deve, inoltre, precisarsi che, a giustificazione dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, la *causa petendi* è correttamente individuata nell'esposizione delle ragioni connesse alla natura dell'imputazione e al rapporto tra questa e la pretesa azionata. Non è necessaria, ai fini dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, la concreta individuazione del *petitum*, la cui quantificazione può avvenire anche in separata sede civile.

2d- Deve pure ribadirsi che la costituzione di parte civile dei singoli creditori è preclusa, ai sensi del R.D. n. 267 del 1942, art. 240, soltanto in relazione al reato di bancarotta fraudolenta, quando vi sia la costituzione del curatore, rimanendo salva, come correttamente sottolinea la sentenza impugnata, la facoltà del singolo creditore di fare valere una richiesta di risarcimento a titolo personale (cd. legittimazione principale), qual è quella per danni di diretta derivazione dalla condotta illecita del curatore.

Inconferente, al riguardo, è il richiamo, contenuto in ricorso, alla L. Fall., art. 51, (testo previgente), che vieta ogni azione individuale esecutiva sui beni compresi nel fallimento, laddove, nella specie, la costituzione di parte civile è finalizzata a fare valere il danno subito dal singolo in conseguenza della indebita sottrazione dalla massa fallimentare di ingenti somme di denaro.

2e- Legittimata a costituirsi parte civile è anche la curatela fallimentare subentrata a quella resasi responsabile dei reati oggetto del presente procedimento. Non è di ostacolo a tanto la L. Fall., art. 240 che, prevedendo la costituzione di parte civile del curatore anche contro il fallito in relazione ai reati fallimentari, non esclude la possibilità di costituzione, in base alla normativa generale, per reati di natura diversa da cui sia derivato al fallimento un qualche danno Non può e non deve paventarsi una duplicazione di risarcimenti, posto che il danno subito dalla massa fallimentare in conseguenza della condotta distrattiva e di falsificazione del curatore non è sovrapponibile a quello patito dal singolo creditore, rimasto ulteriormente penalizzato, nelle sue legittime aspettative, dall'andamento patologico, ascrivibile alla condotta del curatore, della procedura concorsuale.

2f- La costituzione di parte civile correttamente è stata ammessa in relazione anche ai reati di falso e di uso abusivo del sigillo, considerato che il danneggiato al quale spetta il risarcimento, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 185 c.p. e art. 74 c.p.p., non si identifica necessariamente con la persona offesa dai detti reati ma con chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione dell'autore dei medesimi reati, sicché irrilevante si rivela la problematica circa la natura monoffensiva o plurioffensiva degli illeciti.

3- La sentenza impugnata ricostruisce in fatto la vicenda con motivazione esaustiva, immune da vizi logici e strettamente ancorata alle emergenze processuali e, in particolare, alla documentazione acquisita, agli esiti delle consulenze espletate (contabile e grafologica), alle parziali ammissioni degli stessi imputati, sicché la sottrazione delle ingenti somme di denaro di pertinenza delle varie procedure concorsuali, facendo ricorso, in molti casi, al mezzo fraudolento della utilizzazione di mandati di pagamento falsi, e il dirottamento di dette somme sui conti personali della O. o di suo marito, D.V., possono ritenersi dati definitivamente acclarati.

I rilievi formulati al riguardo della ricorrente O. si muovono nella prospettiva di accreditare una diversa lettura delle risultanze istruttorie e si risolvono, quindi, in non consentite censure in fatto all'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza di merito, nella quale, per altro, v'è puntuale risposta a detti rilievi, in tutto sovrapponibili a quelli già sottoposti all'attenzione della Corte territoriale.

4- Infondata è la doglianza con la quale entrambi i ricorrenti, sia pure da opposte prospettive, denunciano, con riferimento alle condotte illecite loro congiuntamente ascritte, l'erronea applicazione della legge penale e il vizio di motivazione in tema di concorso di persone nel reato.

La ricostruzione della vicenda, così come emerge dai dati oggettivi acquisiti e realisticamente interpretati in sede di merito, conclama il concorso di entrambi gli imputati negli illeciti congiuntamente ascritti.

La sinergia operativa dei due protagonisti, orientata coscientemente e volontariamente al conseguimento del fine illecito, emerge con chiarezza.

È innegabile, invero, il ruolo centrale e determinante della O. che, avendo, per la qualità rivestita, la gestione delle varie procedure concorsuali, aveva consentito le operazioni di appropriazione del denaro di pertinenza delle medesime, predisponendo le coperture formali e tutto quanto necessario allo scopo; non secondario e non marginale appare l'apporto causale del D., che aveva contribuito, con la moglie, alla falsificazione dei mandati di pagamento (cfr. sentenza di primo grado) e, in più occasioni, aveva direttamente curato le relative operazioni bancarie; le ingenti somme di denaro sottratte erano state, per la maggior parte, dirottate sui conti bancari personali sia del D. che della O. oppure direttamente utilizzate dai medesimi per fronteggiare esigenze personali.

Di fronte a tale realtà, non è dato vedere come possa essere seriamente contestata la compartecipazione dei due ricorrenti negli illeciti loro congiuntamente contestati.

5- Merita accoglimento il motivo di ricorso col quale entrambi i ricorrenti lamentano l'erronea applicazione della legge penale e il vizio di motivazione in relazione alla qualificazione giuridica, come peculato piuttosto che come truffa, di quegli episodi appropriativi realizzati attraverso l'utilizzazione fraudolenta di mandati di pagamento falsificati e in apparenza provenienti dall'ufficio del giudice delegato al fallimento.

S'impone, quindi, la necessità di individuare il discrimine tra peculato e truffa aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 9, per stabilire se detti episodi siano inquadrabili nell'una o nell'altra figura criminosa, con i conseguenti effetti sul piano sanzionatorio.

Nel peculato, la rilevanza penale della condotta appropriativa del denaro o della cosa mobile altrui presuppone il possesso o comunque la disponibilità di tali beni da parte del pubblico ufficiale "per ragione del suo ufficio o servizio". L'avere affiancato, con la riforma del 1990, al

concetto di "possesso" quello di "disponibilità" evoca - in linea peraltro con la ricostruzione esegetica maturata già nel vigore del previgente art. 314 c.p. - un ampio potere autonomo sulla cosa da parte dell'agente, che gli consenta di disporne, con obbligo tuttavia di rispettarne la destinazione. Il legislatore allude chiaramente al fatto che "può essere commesso peculato anche su cosa che non sia nella detenzione materiale del pubblico ufficiale, ma della quale questi abbia ugualmente il potere di disporne mediante atti giuridici". L'elemento caratterizzante il possesso o la disponibilità è rappresentato dalla "ragione dell'ufficio o del servizio", legame da intendersi in senso lato, tanto da ricomprendervi ipotesi di mera occasionalità tra il possesso della *res* oggetto di appropriazione e l'esercizio, anche di fatto, delle funzioni. L'appropriarsi di denaro o di cosa mobile altrui di cui si abbia il possesso si traduce sostanzialmente nell'atteggiarsi *uti dominus* da parte del pubblico ufficiale nei confronti di tali beni, "mediante il compimento di atti incompatibili con il titolo per cui si possiede, così da realizzare l'*interversio possessionis* e l'interruzione della relazione funzionale tra il bene e il suo legittimo proprietario".

Il delitto di truffa aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione postula che l'agente, inducendo taluno in errore attraverso artifizi o raggiri, consegua per sé o per altri "un ingiusto profitto", rappresentato anche, per rimanere aderenti al caso in esame, dall'impossessamento di un determinato bene, di cui prima non aveva l'autonoma disponibilità.

La differenza di fondo fra i due illeciti risiede nel fatto che nel delitto di peculato il possesso e la disponibilità del denaro per determinati fini istituzionali è un antecedente della condotta incriminata, mentre nella truffa l'impossessamento della cosa è l'effetto della condotta illecita. E' al rapporto tra possesso, da una parte, ed artifizi e raggiri, dall'altra, che deve aversi riguardo, nel senso che, qualora questi ultimi siano finalizzati a mascherare l'illecita appropriazione da parte dell'agente del denaro o della *res* di cui già aveva legittimamente la disponibilità per ragione del suo ufficio o servizio, ricorrerà lo schema del peculato; qualora, invece, la condotta fraudolenta sia posta in essere proprio per conseguire il possesso del denaro o della cosa mobile altrui, sarà integrato il paradigma della truffa aggravata. A differenziare le due figure criminose, conclusivamente, non rileva tanto la precedenza cronologica o la contestualità della frode rispetto alla condotta appropriativa, bensì il modo col quale il funzionario infedele acquista il possesso del denaro o del bene costituente l'oggetto materiale del reato: il momento consumativo della truffa coincide con il conseguimento del possesso a cagione dell'inganno e quale diretta conseguenza di esso, il che significa appropriazione immediata e definitiva del denaro o della *res* a vantaggio personale dell'agente; il peculato presuppone il legittimo possesso (di-

sponibilità materiale o giuridica), per ragione dell'ufficio o del servizio, del denaro o della *res,* che l'agente successivamente fa propri, condotta quest'ultima che, anche se eventualmente caratterizzata da aspetti di fraudolenza, non esclude la configurabilità del delitto di cui all'art. 314 c.p., fatte salve le ulteriori ipotesi di reato eventualmente concorrenti (nella specie, falso e uso abusivo di sigillo).

Nel caso in esame, deve escludersi che la O., nella qualità di curatore delle diverse procedure fallimentari prese in considerazione e con riferimento a quei soli episodi di appropriazione realizzati, in concorso col D., attraverso l'utilizzo di mandati di pagamento falsificati, avesse il possesso, per ragione dell'ufficio ricoperto, del denaro di pertinenza delle dette procedure ed oggetto della successiva appropriazione indebita.

Il curatore del fallimento, a norma della L. Fall., art. 31, "ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato", che deve comunque valutare la legittimità e l'opportunità delle determinazioni del primo. A norma poi della L. Fall., art. 34, le somme che il curatore riscuote a qualunque titolo nell'ambito della procedura concorsuale "devono essere depositate entro cinque giorni presso l'ufficio postale o presso un istituto di credito indicato dal giudice, con le modalità da lui stabilite" e "il deposito deve essere intestato all'ufficio fallimentare e non può essere ritirato che in base a mandato di pagamento del giudice delegato".

Alla luce di tale disciplina, è agevole rilevare che il curatore, nella gestione del patrimonio fallimentare, pur disponendo di poteri di iniziativa e di indirizzo, deve comunque sottostare alla direzione e al controllo del giudice delegato (art. 31) e soprattutto non può disporre liberamente delle somme relative all'attivo fallimentare, depositate su conti postali o bancari indicati dal giudice, ma deve, in conformità alle finalità della procedura, munirsi della preventiva autorizzazione del giudice per entrarne lecitamente in possesso (art. 34). Ciò significa che il curatore non ha né la disponibilità materiale né quella giuridica del denaro depositato su conti intestati all'ufficio fallimentare, proprio perché per conseguirla non può prescindere dalla preventiva autorizzazione del giudice. Sussiste, quindi, al riguardo una interferenza condizionante tra le competenze che la legge assegna agli organi fallimentari, il curatore e il giudice delegato, nel senso che il primo non può, con atti di sua esclusiva competenza, inserirsi liberamente nel maneggio del denaro depositato a nome del fallimento, spettando soltanto al secondo autorizzarne il prelievo in funzione delle esigenze della procedura esecutiva concorsuale.

Da ciò discende che i due imputati, avendo concorso nella falsificazione dei mandati di pagamento per incassarne i relativi importi e farli propri, si sono resi responsabili, in relazione ai corrispondenti episodi, di truffa aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p., nn. 7 e 9 e non di peculato,

essendo difettato negli agenti il preventivo possesso legittimo (o disponibilità) delle somme di denaro, il cui impossessamento truffaldino, invece, ha coinciso con l'appropriazione per profitto personale.

Conseguentemente, la sentenza impugnata deve essere, sul punto specifico, annullata con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze, che dovrà rideterminare la misura della pena da infliggere ai due imputati, con riferimento agli illeciti di cui rispondono in concorso, rimodulandola tenendo conto della meno rigorosa previsione sanzionatoria del reato così come qualificato.

Rimane logicamente ferma la inquadrabilità nel paradigma del peculato di quelle condotte appropriative di denaro e di titoli del fallimento detenuti direttamente e legittimamente dalla O. per ragione del suo ufficio e non depositati su conti bancari o postali vincolati all'autorizzazione del giudice.

6- Non ha pregio la doglianza con la quale la ricorrente O. sollecita l'inquadramento delle condotte da ultimo citate nello schema del reato di cui alla L. Fall., art. 230. Elemento costitutivo di tale illecito, invero, è il ritardo nel versare le somme o altra cosa del fallimento a seguito di espresso ordine del giudice, senza che le somme o le cose siano entrate a fare parte del patrimonio del curatore. I fatti, per così come ricostruiti, rimangono al di fuori di tale schema.

7)- È infondato il motivo aggiunto col quale il D., sulla base degli stessi postulati interpretativi della Corte territoriale, ha sollecitato la declaratoria di estinzione per prescrizione di altri episodi dei reati commessi in concorso con la O. (reati di falso relativi al "Fallimento S. di B."; reato di peculato relativo al prelievo dal libretto n. (*Omissis*) intestato al "Fallimento I."; reati di falso relativi al prelievo della somma di L. 76.780.317; reati di falso connessi ai prelievi dal libretto n. (*Omissis*) intestato al "Fallimento I."; reato di peculato relativo al "Fallimento G. e S."). È il caso di precisare che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di merito, devesi avere riguardo, ai fini della verifica del decorso del termine di prescrizione, alla disciplina previgente, considerato che, alla data di entrata in vigore della L. n. 251 del 2005 che ha introdotto termini di prescrizione più brevi, era stata già pronunciata la sentenza di primo grado.

Ai fini dell'operatività della disposizione transitoria di cui all'art. 10, comma 3 della detta legge, così come risultante dopo l'intervento della Corte Costituzionale (sent n. 393/'06), infatti, la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado determina la pendenza in grado d'appello del procedimento, ostativa all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli (cfr. Cass, S.U. 29/10/2009, D'Amato). Alla luce di tale principio, gli episodi delittuosi ai quali il ricorrente D. fa riferimento, pur tenuto conto della diversa qualificazione giuridica attribuita alle

condotte di appropriazione (truffa pluriaggravata), non sono - ad oggi - prescritti (il termine di prescrizione, considerato nella sua massima estensione, è di anni quindici). Ovviamente, in difetto dell'impugnazione del P.G., rimane immodificabile la declaratoria d'improcedibilità in relazione agli episodi delittuosi dichiarati estinti per prescrizione dalla Corte territoriale.

8- Fondato è il motivo aggiunto articolato dalla difesa del D. in relazione ai reati di appropriazione indebita aggravata al medesimo individualmente ascritti.

Tali delitti così come unificati, invero, tenuto conto dell'epoca a cui risale la loro consumazione (fino all'anno (*Omissis*)), sono estinti per prescrizione, atteso che il relativo termine, considerato nella sua massima estensione di anni sette e mesi sei, è - ad oggi - interamente decorso (il *dies a quo*, in difetto di più precise indicazioni, deve individuarsi, per il principio del *favor rei,* nel 1 gennaio 2002).

Sul punto, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio con la formula corrispondente. E' il caso di precisare che, per tutte le considerazioni sviluppate nelle sentenze di merito, non ricorrono i presupposti di operatività della disposizione di cui al capoverso dell'art. 129 c.p.p..

9- Il motivo d'impugnazione col quale entrambi i ricorrenti censurano la sentenza di merito nella parte relativa al trattamento sanzionatorio loro riservato rimane, allo stato, assorbito dalla statuizione di annullamento proprio in relazione a tale aspetto, per effetto della diversa e meno grave qualificazione giuridica delle condotte criminose alle quali si è fatto cenno innanzi.

10- Alla conferma del giudizio di colpevolezza, sia pure con il correttivo della diversa qualificazione giuridica di alcuni degli illeciti addebitati ai ricorrenti, consegue la condanna di costoro, in solido, alla rifusione delle spese sostenute in questo grado dalle parti civili curatela "Fallimento S. di B.", curatela "Fallimento I.", Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Giustizia e Agenzia delle Entrate. Dette spese devono essere liquidate nella misura in dispositivo precisata.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di D. V., relativamente alle appropriazioni indebite aggravate, perché estinte per prescrizione. Qualificate le appropriazioni di denaro dei fallimenti, realizzate attraverso le falsificazioni dei mandati, come truffe aggravate dalle circostanze di cui all'art. 61 c.p., nn. 7 e 9, annulla la sentenza impugnata in punto di determinazione delle pene e rinvia per nuovo giudizio al riguardo alla Corte d'Appello di Firenze. Rigetta nel resto i ricorsi.

Condanna i ricorrenti in solido al rimborso delle spese sostenute dalle parti civili curatela "Fallimento S. di B.", curatela "Fallimento

I.", Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Giustizia e Agenzia delle Entrate in questo grado, liquidate per ciascuna di esse in Euro 3.000,00 (tremila) oltre accessori dovuti per legge (*Omissis*).

(1) La sentenza in epigrafe si conforma ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che individua l'elemento distintivo tra il delitto di peculato e il delitto di truffa aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione nelle modalità del conseguimento del possesso del denaro o della cosa oggetto di appropriazione. Si ritiene che il delitto di peculato sussista qualora il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, pur ricorrendo ad artifizi o raggiri, si appropri di denaro o di altra cosa mobile altrui, di cui abbia già il possesso per ragione del suo ufficio o del servizio, mentre ricorrerà la truffa aggravata qualora il soggetto attivo, non avendo tale possesso, si sia procurato fraudolentemente la disponibilità dei beni oggetto della sua illecita condotta (Cass., sez. VI, 9 luglio 2010, n. 41307, in *CED Cass*., n. 248794; Cass., sez. VI, 14 gennaio 2010, n. 4668, M.A.G., in *CED Cass*., n. 245856; Cass., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 35852, S.R., in *CED Cass*., n. 241186).

In altri termini, qualora la condotta appropriativa si affianchi ad una condotta fraudolenta, o si accompagni a modalità fraudolente, occorre verificare se gli artifizi o raggiri realizzati risultino finalizzati a conseguire il possesso del denaro o della cosa mobile, o se invece siano volti ad occultare l'appropriazione, ovvero ad assicurare all'agente l'impunità. Nel primo caso risulterà integrato il paradigma della truffa aggravata, mentre nel secondo ricorreranno gli estremi del peculato (Cass., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 35852, S.R., cit.), senza che - come viene precisato nella sentenza in epigrafe - sia determinante il fattore temporale, ovvero la circostanza che la condotta fraudolenta abbia o meno seguito quella di appropriazione.

In applicazione di questo criterio la Corte ha ravvisato una ipotesi di truffa aggravata nella vicenda relativa ad un curatore fallimentare che, attraverso la falsificazione di mandati di pagamento in apparenza provenienti dall'ufficio del giudice delegato al fallimento, aveva incassato somme di denaro di pertinenza delle procedure concorsuali, prelevandole da libretti di deposito fallimentari dallo stesso direttamente detenuti.

In una precedente pronuncia, sempre con riguardo ad una vicenda di gestione del denaro delle procedure fallimentari, pur in applicazione del medesimo criterio sopra esposto, la Corte era pervenuta a ravvisare gli estremi del peculato. Il fatto concerneva un curatore fallimentare che, autorizzato dal giudice delegato al prelievo dai conti correnti intestati alle procedure fallimentari, aveva successivamente alterato le autorizzazioni emesse nella indicazione degli importi delle somme di denaro, onde poi erogare tale denaro in parte agli aventi diritto e, nella parte residua, frutto dell'opera di falsificazione, in favore di altri destinatari (Cass., sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 16980, G.C., in *CED Cass*., n. 239842).

In entrambe le pronunce si muove dal rilievo che, sebbene il curatore fallimentare non abbia la disponibilità delle somme incassate nell'esercizio delle sue funzioni, tale disponibilità (giuridica) viene acquistata nel momento in cui riceve dal giudice delegato l'autorizzazione ad effettuare i pagamenti ai vari creditori. Nella sentenza in cui si perviene a qualificare i fatti quali ipotesi di peculato la Corte evidenzia che il curatore fallimentare aveva avuto accesso ai conti correnti del fallimento in forza dell'autorizzazione rilasciatagli dal giudice delegato; quindi, nella qualità di curatore, riceveva il denaro dalla banca del quale poi si appropriava dopo aver avuto la preventiva disponibilità in forza del provvedimento giudiziario di autorizzazione.

Nella vicenda sottesa alla sentenza in epigrafe, invece, giacché al curatore fallimentare veniva contestata la falsità in atto pubblico consistente nell'aver formato abusivamente i mandati che autorizzavano il prelievo delle somme, falsificandoli con l'apposizione delle firme apocrife del giudice delegato e del cancelliere, la Corte ritiene che la condotta fraudolenta del curatore sia stata volta ad ottenere la disponibilità delle somme di denaro, difettando in capo allo stesso il preventivo possesso legittimo richiesto dall'art. 314 c.p.

La differenza tra le due vicende, all'atto di ricondurle allo schema del peculato piuttosto che a quello della truffa aggravata, appare piuttosto sottile; si potrebbe obiettare che anche nell'ipotesi di alterazione di un mandato genuino, il possesso attribuito al curatore fallimentare riguardi una determinata somma di denaro e non il *quid pluris* frutto dell'alterazione degli importi dei mandati. Nondimeno la soluzione adottata dalla Corte in quella occasione potrebbe, non senza qualche forzatura, spiegarsi attraverso una valorizzazione del concetto di "disponibilità giuridica" espresso dall'art. 314 c.p. (concetto generalmente inteso come "potere di disporre della cosa con atti giuridici", pur in assenza di una detenzione materiale della stessa: in questo senso per tutti Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, 61), ritenendo che l'autorizzazione al prelievo instauri un particolare rapporto con le somme depositate nei conti correnti intestati alle procedure fallimentari, legittimando atti dispositivi. In tale contesto, allora, la falsificazione degli importi, si tradurrebbe in una condotta fraudolenta volta unicamente ad occultare l'appropriazione.

In ogni caso si tratta di obiezioni alle quali non va incontro la pronuncia in commento. La scelta di ascrivere la vicenda appropriativa al paradigma della truffa aggravata, quando ci si trovi di fronte, non alla mera alterazione di un mandato genuino, ma al confezionamento di un mandato falso, risulta pienamente coerente con la premessa dalla quale muove la Corte di cassazione, ovvero con l'affermazione della iniziale assenza in capo al curatore fallimentare della disponibilità giuridica delle somme di denaro dallo stesso riscosse nell'ambito della procedura concorsuale. È proprio in punto di affermazione dell'assenza della disponibilità giudica che la Corte disattende le conclusioni alle quali era pervenuto il giudice territoriale nel-

l'affermare che la competenza ad amministrare il patrimonio fallimentare al fine di garantire la *par condicio creditorum* attribuirebbe al curatore fallimentare la disponibilità giuridica di quel patrimonio.

La Corte, di contro, osserva a riguardo come, non potendo il curatore fallimentare disporre liberamente delle somme relative all'attivo fallimentare e depositate su conti postali o bancari indicati dal giudice, ma, dovendo anzi munirsi della preventiva autorizzazione del giudice per entrarne lecitamente in possesso, il curatore stesso risulta sprovvisto sia della disponibilità materiale, sia della disponibilità giuridica del denaro depositato nei conti intestati all'ufficio fallimentare.

MARIA CHIARA BISACCI

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE – 7 marzo 2011 – *Pres.* GIARDINA – *Est.* CICERCHIA - O. G. e D. V.

Impugnazioni – Cassazione – Sentenza – Annullamento – Parziale – Effetti – Giudizio di rinvio relativo alla determinazione della pena – Sopravvenuta prescrizione del reato – Applicabilità – Esclusione (c.p.p., art. 627; c.p., art. 157).

Nel caso in cui la Corte di Cassazione annulli parzialmente una sentenza, rimettendo al giudice del rinvio la determinazione della pena, il giudicato formatosi con riferimento all'accertamento dei reati e della responsabilità impedisce al giudice del rinvio la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione sopravvenuta alla pronuncia di annullamento (1).

(*Omissis*). Con sentenza emessa in data 11.3.2005 il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Perugia affermava, in esito a giudizio abbreviato, la penale responsabilità di D. V. e di O. G., in concorso tra loro, in ordine:

- ai reati di cui agli artt. 81 cpv., 314, 61 n. 7 c.p. (capo A, in relazione all'appropriazione della complessiva somma di € 5.656.234,00 di cui la O. aveva il possesso in ragione del suo ufficio di curatore di varie procedure fallimentari o di commissario giudiziale in una procedura di

concordato preventivo, prelevando l'anzidetta somma, a più riprese, nel corso di un decennio e sino al 22.5.2002, dai depositi di pertinenza di tali procedure, anche mediante l'utilizzo di mandati di pagamento abusivamente compilati e falsificati con l'apposizione di firme apocrife del giudice delegato e del dirigente della sezione fallimentare del Tribunale di Perugia, nonché del sigillo autentico di tale ufficio);

- ai reati di cui agli artt. 81 cpv., 476, 482, 61 n. 9 c.p. (capo B, in relazione alla falsità in atto pubblico per aver formato i predetti mandati autorizzativi al prelievo delle somme, compilandoli abusivamente negli importi e falsificandoli con l'apposizione delle firme apocrife dei giudici delegati ai fallimenti o del cancelliere dirigente la sezione fallimentare, presentando poi i mandati agli istituti di credito);

- ai reati di cui agli artt. 81 cpv. 471, 61 nn. 2 e 9 c.p. (capo C, in relazione all'uso abusivo continuato del sigillo del Tribunale di Perugia per convalidare i mandati falsi e conseguire cosi l'illecito profitto).

Unificati i predetti reati sotto il vincolo della continuazione, ritenuta la prevalenza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. sulle riconosciute circostanze attenuanti generiche, applicata la riduzione *ex* art. 442/2 c.p.p., il D. e la O. venivano condannati alla pena di anni 6 di reclusione ciascuno, oltre al pagamento delle spese processuali e di custodia cautelare.

D. V. veniva altresì dichiarato colpevole degli ulteriori reati ascrittigli ai diversi capi A) e B) (artt. 81 cpv., 646, 61 n. 11 c.p., in relazione all'appropriazione indebita della somma di € 323.597,78 ai danni della "F.G. Finanziaria spa", della quale aveva curato gli interessi, come avvocato, in alcune procedure esecutive pendenti avanti al Tribunale di Perugia e della somma di € 18.807,76 di pertinenza della "B. d. U. spa"), unificati sotto il vincolo della continuazione e con l'aggravante ritenuta prevalente sulle attenuanti generiche, veniva condannato, applicata la riduzione per il rito, alla ulteriore pena di mesi 6 di reclusione ed € 1.200,00 di multa.

Agli imputati venivano inoltre applicate le pene accessorie di legge e venivano condannati, in solido tra loro, al risarcimento dei danni in favore delle parti civili costituite Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Giustizia, Ministero delle Finanze ed Agenzia delle Entrate, Fallimento I. spa, Fallimento S. di B. s.r.l., C. C., C. F., quale rappresentante della I., P. N. quale legale rappresentante della O. spa, con liquidazioni rinviate alla sede civile e condanna al pagamento di provvisionali immediatamente esecutive.

II) Con sentenza emessa in data 11.6.2007, la Corte d'Appello di Perugia, in parziale riforma della sentenza impugnata da entrambi gli imputati e dal Procuratore Generale, dichiarava inammissibile, per rinuncia, l'appello proposto da quest'ultimo Ufficio, diretto ad ottenere un

congruo aumento di pena, escludeva la parte civile "O. spa" in persona del legale rappresentante p.t. P. N., revocando le relative statuizioni civili ed escludeva altresì la parte civile C. C., limitatamente alla sua costituzione nei confronti del D. per i reati di appropriazione indebita.

Dichiarava non doversi procedere nei confronti del D. e della O. per essere i reati estinti per prescrizione con riferimento alle condotte di falso e di uso abusivo di sigillo poste in essere sino al giorno 11.12. 1999 e alle condotte di peculato poste in essere sino al giorno 11.12.1994, rideterminando, per l'effetto, la pena inflitta agli appellanti per le residue imputazioni loro ascritte in concorso ai capi A), B) e C) in anni 5 e mesi 6 di reclusione e così determinando la pena complessiva per il D., con riguardo anche alle ulteriori imputazioni ascrittegli, in quella di anni 6 di reclusione ed € 1.200,00 di multa.

La sentenza di primo grado veniva, per il resto, confermata, applicandosi il condono di cui alla L. 241/2006 nella misura di anni 3 di reclusione in favore di entrambi gli imputati.

Avverso la sentenza di appello proponevano ricorso per Cassazione il D. e la O.

III) Con pronuncia emessa in data 4.11.2009 la Corte di Cassazione:

- annullava senza rinvio la sentenza relativamente alle appropriazioni indebite aggravate ascritte al D. V. perché estinte per prescrizione;

- qualificava le appropriazioni di denaro dei fallimenti, realizzate attraverso le falsificazioni dei mandati, come truffe aggravate dalle circostanze di cui agli artt. 61 nn. 7 e 9 c.p., rinviando per un nuovo giudizio al riguardo a questa Corte d'Appello;

- rigettava nel resto i ricorsi.

Individuata la differenza tra il peculato e la truffa aggravata dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti una pubblica funzione nel fatto che, nella prima figura criminosa, il possesso e la disponibilità del denaro per determinati fini istituzionali si pone come un antecedente della condotta incriminata, mentre nella truffa l'impossessamento della cosa è l'effetto della condotta illecita, la Corte di Cassazione rileva come, nel caso di specie, debba escludersi che la O., nella qualità di curatore delle diverse procedure fallimentari prese in considerazione e con riferimento a quei soli episodi di appropriazione realizzati, in concorso con il D., attraverso l'utilizzo di mandati di pagamento falsificati, avesse il possesso, in ragione dell'ufficio ricoperto, del denaro di pertinenza delle dette procedure e oggetto della successiva appropriazione indebita.

A tal fine si evidenzia come, in ragione del disposto degli artt. 31 e 34 della Legge Fallimentare, il curatore, nella gestione del patrimonio fallimentare, pur disponendo di poteri di iniziativa e di indirizzo, debba comunque sottostare alla direzione e al controllo del Giudice delegato

e soprattutto non possa disporre liberamente delle somme relative all'attivo fallimentare, depositate su conti postali o bancari indicati dal Giudice, ma debba munirsi della preventiva autorizzazione dello stesso per entrarne lecitamente in possesso.

Escluso, perciò, che il curatore abbia la disponibilità materiale o quella giuridica del denaro depositato nei conti intestati all'ufficio fallimentare, non potendo prescindere, per conseguire detta disponibilità, dalla preventiva autorizzazione del Giudice, si rileva come i due imputati, avendo concorso nella falsificazione dei mandati di pagamento per incassarne i relativi importi e farli propri, si siano resi responsabili, in relazione ai corrispondenti episodi, di truffa aggravata a mente dell'art. 61 nn. 7 e 9 c.p. e non di peculato, difettando nei soggetti agenti il preventivo possesso legittimo (o disponibilità) delle somme di denaro, delle quali hanno conseguito un possesso truffaldino, appropriandosene per profitto personale.

A questa Corte è dunque assegnato il compito di rideterminare la misura della pena da infliggere ai due imputati con riferimento agli illeciti di cui rispondono in concorso, rimodulandola tenendo conto della meno rigorosa previsione sanzionatoria del reato così come qualificato, rimanendo ferma, per il resto, la inquadrabilità nella fattispecie di peculato delle condotte appropriative di denaro e di titoli del fallimento detenuti direttamente e legittimamente dalla O. in ragione del suo ufficio e non depositati su conti bancari o postali vincolati all'autorizzazione del giudice.

All'odierna udienza il Procuratore Generale ha chiesto irrogarsi ai prevenuti la pena di anni 5 di reclusione ed € 2.000,00 di multa ciascuno. Il patrono delle parti civili Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Finanze ed Agenzia delle Entrate, Ministero della Giustizia ha chiesto la conferma delle statuizioni civili della sentenza. La difesa dell'imputato D. ha concluso, oltre che per l'estromissione delle predette parti civili, affinché si proceda alla riduzione della pena, con concessione di indulto. La difesa dell'imputata O. ha concluso per la riforma della sentenza, con riduzione della pena e applicazione dell'indulto.

IV) Compete a questa Corte, nella presente sede di rinvio, preso atto della qualificazione come truffe aggravate dalle circostanze di cui all'art. 61 n 7 e n. 9 c.p. delle appropriazioni di denaro dei fallimenti realizzate da O. G. e D. V. attraverso le falsificazioni dei mandati, provvedere alla rideterminazione della pena.

A tal fine deve mettersi in evidenza come, specificamente, la Suprema Corte abbia affermato che rimane ferma la inquadrabilità nel paradigma del peculato di quelle condotte appropriative di denaro e di titoli del fallimento detenuti direttamente e legittimamente dalla O. per ragione del suo ufficio e non depositati su conti bancari o postali vincolati all'autorizzazione del Giudice.

Poiché esaminando, per dichiararne l'infondatezza, il motivo aggiunto con il quale la difesa del D. sollecitava la declaratoria di prescrizione per altri episodi dei reati commessi in concorso con l'O., la Corte di Cassazione ha qualificato la condotta relativa al prelievo dal libretto n. 155 intestato al "Fallimento I." come truffa aggravata e non peculato, deve aversi riferimento, per l'individuazione della pena base, ad altra condotta rientrante nell'ipotesi di cui all'art. 314 c.p., con conseguente individuazione (trattandosi di importi minori) della pena di anni 3 e mesi 6 di reclusione.

Su detta pena deve essere operato l'aumento sino ad anni 4 di reclusione in forza dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. (la subvalenza delle attenuanti generiche rispetto alla predetta aggravante è ampiamente giustificata dalla oggettiva gravità dei fatti, dal numero e dalla consistenza delle condotte appropriative e dal lasso temporale assolutamente significativo nel quale le stesse sono sistematicamente poste in essere), l'aumento *ex* art. 81 cpv. c.p. sino ad anni 5 di reclusione per le altre ipotesi di peculato e sino ad anni 6 di reclusione per la continuazione con le altre condotte qualificate come ipotesi di truffa aggravata.

La pena così determinata va ridotta, *ex* art. 442, comma secondo, c.p.p., alla pena finale di anni 4 di reclusione per ciascuno degli imputati.

Su detta pena, trattandosi di ipotesi di reato non ricomprese tra quelle escluse dal beneficio e che risultano realizzate prima del 2.5.2006, deve essere applicato il condono, per entrambi gli imputati, nella misura di anni 3 di reclusione.

Solo brevi considerazioni devono essere svolte con riguardo alla prospettazione avanzata dalla difesa del D. con riferimento alla prescrizione per rilevare come, in caso di annullamento parziale della sentenza, qualora come nel caso di specie - siano rimesse al Giudice del rinvio le questioni relative alla determinazione della pena, il giudicato formatosi sull'accertamento dei reati e della responsabilità impedisca la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione sopravvenuta alla pronuncia di annullamento (cfr., tra le più recenti, Cass. Sez. Il, 9.2.2010 n. 8039 e Cass. Sez. IV, 27.1.20 10 n. 24732).

Richiamate le argomentazioni svolte nella sentenza della Corte di Cassazione con riguardo alla legittimazione della parte civile pubblica nel procedimento penale a carico del curatore fallimentare chiamato a rispondere dei reati di peculato e di truffa aggravata, deve rilevarsi, con riguardo alle deduzioni svolte in questa sede dalla difesa del D., che è ravvisabile un interesse per le anzidette parti civili ad intervenire anche nel giudizio di rinvio destinato alla rideterminazione del regime sanzionatorio. Dal che consegue la condanna degli appellanti alla refusione delle spese del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo. (*Omissis*).

(1) La sentenza della Corte d'Appello di Firenze si segnala per le affermazioni in essa contenute in ordine ai limiti del giudizio di rinvio. Nella specie, a seguito del parziale accoglimento del ricorso presentato avverso una sentenza della Corte d'Appello di Perugia, la Corte di Cassazione aveva proceduto ad una diversa qualificazione dei fatti, rinviando alla Corte d'Appello di Firenze il compimento di un nuovo giudizio in punto di determinazione della pena.

I giudici fiorentini ritengono che, qualora la Corte di Cassazione rimetta al giudice del rinvio esclusivamente la questione relativa alla determinazione della pena, il giudicato formatosi in ordine all'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato impedisca l'applicazione di cause estintive sopravvenute all'annullamento parziale.

Si tratta di un orientamento che, già in passato espresso dalle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 26 marzo 1997, Attinà, in *Giur. it*., 1998, 780; Cass., sez. un., 19 maggio 1994, Cellerini, in *Cass. pen*., 1994, 2027; Cass., sez. un., 11 maggio 1993, Ligresti, in *Mass. Cass. pen*., 1993, 132), si è venuto consolidando come emerge da più recenti pronunce della Corte (Cass., sez. II, 9 febbraio 2010, n. 8039, in *CED Cass*., n. 246806; Cass., sez. III, 11 marzo 2010, n. 15101, *ivi*, n. 246616; Cass., sez. IV, 20 novembre 2008, n. 2843, *ivi*, n. 242494).

Sempre in ordine al giudizio di rinvio ed ai limiti del giudicato, con riguardo ad un caso in cui la sentenza di condanna era stata annullata limitatamente all'esclusione di una circostanza aggravante, si è affermata la formazione del giudicato relativamente alla parte della sentenza che concerne l'affermazione di responsabilità, in quanto quest'ultima non ha connessione essenziale con la parte oggetto dell'annullamento, sicché è impedita l'operatività nel giudizio di rinvio di una causa sopravvenuta di estinzione del reato, quale la prescrizione (Cass., sez. II, 14 marzo 2007, n. 12967, in *CED Cass*., n. 236462).

Maria Chiara Bisacci

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 22 novembre 2008 – *Est*. RICCIARELLI – WJD e altri.

Reato – Reato di riduzione e mantenimento in schiavitù – Assoggettamento della vittima – Consenso della persona offesa alla propria condizione – Volontario assoggettamento – Volontaria donazione dei propri beni alla comunità religiosa – Insussistenza (c.p., art. 600).

Non può desumersi la condizione dell'assoggettamento della vittima, propria del reato di cui all'art. 600 c.p., dagli elementi di irrazionalità insiti nella condizione dell'adepto di una confessione religiosa, condizione alla quale non sono estranei momenti di volontario assoggettamento alla gerarchia e comportamenti anti-economici quali la donazione di beni o il lavoro volontario al servizio della comunità (1).

(*Omissis*). A seguito della richiesta di rinvio a giudizio formulata dal P.M. veniva fissata l'udienza preliminare nei confronti di WJD, LH, GOH, SSK *alias* SSK, LFS alias RFSDM, RAM, TGP, GDJ e KJ, chiamati a rispondere delle imputazioni in epigrafe riportate.

Le indagini avviate all'inizio del 2002 erano sfociate nell'emissione nei confronti dei predetti in data 15-1-2004 da parte del GIP di un'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, eseguita in data 2-3-2004 nei confronti di tutti fatta eccezione per il WJD, rimasto inizialmente latitante.

Contestualmente venivano sottoposti a sequestro beni, conti correnti e contabilità della struttura Ananda cui gli indagati erano legati.

Ma in prosieguo di tempo il Tribunale di Perugia rimetteva i predetti in libertà, escludendo la gravità indiziaria del delitto di riduzione in schiavitù ed escludendo la configurabilità di esigenze cautelari tali da imporre rigorose forme restrittive.

All'udienza preliminare del 9-10-2008 venivano respinte alcune eccezioni preliminari mentre si rilevava la necessità di notificare all'imputato SDM l'avviso di citazione tradotto nella lingua da lui conosciuta.

A seguito di ulteriore rinvio si è infine oggi proceduto alla discussione.

All'esito è stata emessa sentenza come da dispositivo.

2 - Negli anni '20 Paramhansa Yogananda fondava negli Stati Uniti la Chiesa dell'Autorealizzazione del Sé (Self Realization Fellowship - S.R.F.-), nella quale insegnava la tecnica di liberazione del Kriya Yoga e la pratica di meditazione quotidiana come mezzo per avere un'esperienza diretta di Dio.

Si trattava di un vero e proprio ordine monastico, connotato da ufficiali riconoscimenti e da un crisma di consolidata sacralità.

Tra i discepoli del maestro, autore fra l'altro di una celebre opera - Autobiografia di uno Yogi -, vero strumento di divulgazione del suo pensiero, figurava anche WJD, il quale entrava nell'ordine monastico con voto di castità nel 1948 e prendeva i voti finali nel 1955, acquisendo il nome di Kriyananda e l'appellativo di "swami".

Il movimento spirituale si diffondeva progressivamente, dando vita ad una serie di chiese in stretto collegamento tra loro.

Il comune denominatore del gruppo era costituito dal pensiero e dagli insegnamenti del quasi leggendario maestro, sviluppati in una prospettiva di superamento delle tensioni, delle insicurezze e delle angosce del vivere quotidiano attraverso l'esperienza di vita in oasi di pace, nelle quali la realizzazione del sè potesse dare i maggiori frutti in funzione sia del controllo della salute sia dell'accrescimento delle capacità di meditazione e del raggiungimento di una piena armonia nei rapporti con gli altri, propedeutica alla comunione con Dio.

Nei primi anni '60 il W, già vicepresidente del S.R.F., veniva inviato a lasciare l'ordine.

In prosieguo di tempo egli contraeva due matrimoni, di fatto in contrasto con la sua qualità di "swami".

Nel 1969 il W fondava in California la sua organizzazione di Ananda, incentrata su centri di meditazione e su connesse attività commerciali, avente la funzione di diffondere e realizzare i primi insegnamenti del maestro, a mano a mano rielaborati e sviluppati dal discepolo in una visione improntata a sincretismo religioso.

Il movimento si inseriva a pieno titolo tra quelli della c.d. *new age* e trovava largo riscontro in diversi continenti, compresa l'Europa.

Nella seconda metà degli anni '80 il W decideva di creare un centro non lontano da Assisi, terra evidentemente ricca di significati e di misticismo.

Il progetto veniva attuato per gradi.

Nell'aprile 1988 veniva costituita con sede in località Montecchio presso il c.d. hotel Il R nel comune di Nocera Umbra l'associazione "Ananda Europa - Fratellanza della Gioia", che si definiva confessionale e senza finalità di lucro e di cui il W veniva nominato membro di diritto e Presidente, oltre che direttore spirituale vita natural durante.

Fin dall'inizio veniva chiarito il programma dell'associazione: si legge infatti nel relativo atto costitutivo che suo scopo sarebbe stato quello di "diffondere i più alti principi di vita spirituale e in particolare la meditazione secondo gli insegnamenti di Gesù Cristo, Mahavatar Babaji, Lahiri Mahasaya, Sri Yukteswar e Paramhansa Yogananda; aiutare tutti gli esseri umani a crescere spiritualmente in un ideale di fratellanza universale; promuovere una comunità spirituale di fratellanza mondiale, basata sulla cooperazione e amicizia, alti ideali e vita semplice, verità e amore per Dio".

La prospettiva era quella di costituire luoghi di culto nei quali i soci si potessero riunire per coltivare la loro conoscenza ed esperienza spirituale-religiosa attraverso funzioni e cerimonie, ricevendo insegnamenti, praticando meditazioni collettive e individuali, nonché centri residenziali ove sperimentare la gioia della vita spirituale vissuta in comune.

Veniva inoltre chiarito che l'associazione avrebbe organizzato seminari sulla meditazione, conferenze e manifestazioni culturali, ritiri spirituali, corsi di studio e di lavoro sulla vita comunitaria e spirituale, la traduzione, la stampa e la distribuzione di libri di Sri Kriyananda (cioè del W), la pubblicazione periodica di programmi e di un notiziario, viaggi e soggiorni.

L'associazione avrebbe mantenuto rapporti di collaborazione con il villaggio cooperativo "Ananda World Brotherhood Village" in California e sarebbe stata collegata alla "Fellowship of Inner Communion" sempre in California.

I soci avrebbero dovuto rispettare e accettare i principi fondamentali e le decisioni degli organi rappresentativi dell'associazione e riconoscere la funzione e le attribuzioni del Direttore Spirituale.

Nel 1992 sempre con sede in Montecchio veniva costituita anche la Cooperativa Ananda Assisi ar.l., per l'esercizio di attività commerciale di vendita al minuto e all'ingrosso di articoli di cartoleria, oggetti per la decorazione e l'ornamento dell'ambiente, prodotti ayurvedici, l'esercizio dell'attività extra-alberghiera ed altro.

In tal modo l'attività si strutturava formalmente intorno a due poli, il primo incentrato sui profili spirituali, sull'insegnamento delle tecniche della meditazione e sull'accoglienza di volontari, il secondo incentrato sui profili commerciali, da sempre concepiti come parte integrante dell'assetto comunitario.

Nel 1994 peraltro veniva costituita anche l'associazione "Ananda Assisi", strutturata fino all'agosto 2004 come associazione di volontariato nel quadro della L. 266/1991 e solo in epoca successiva trasformatasi in associazione di promozione sociale.

Nel gennaio 1998 l'associazione si iscriveva nel registro regionale del volontariato ai sensi della L.R. Umbria 15/1994.

L'evoluzione dell'assetto organizzativo era dunque legata anche e soprattutto all'esigenza del gruppo di fornire all'esterno una determinata rappresentazione di sé in rapporto alla normativa vigente.

Sta di fatto che in prosieguo di tempo l'associazione Ananda Europa avrebbe perduto ogni concreta operatività, strutturandosi come fondazione e divenendo intestataria dei beni immobili, mentre solo all'associazione Ananda Assisi sarebbe spettato di curare l'attività per cui la comunità era sorta, essendo invece demandato alla cooperativa il compito di curare formalmente i profili più propriamente commerciali.

La comunità si dotava a mano a mano di beni destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale e all'accoglienza di volontari o di persone interessate a partecipare ai numerosi corsi organizzati dall'associazione.

Molti di tali beni venivano acquisiti in affitto.

Ma di certo nel corso degli anni '90 venivano realizzati due progetti ambiziosi: la creazione del c.d. Tempio della Luce, edificio deputato al culto, cioè alle periodiche riunioni con Kriyananda, e la costruzione di un'abitazione per lo stesso W, dove costui potesse in tranquillità, restando vicino alla sua comunità, trovare il tempo di dedicarsi alla scrittura dei suoi libri e alla composizione delle sue musiche.

Le varie informative agli atti dei Carabinieri della Stazione di Nocera Umbra e del G.I.C.O. della G.d.F. illustrano in modo completo il tema della dotazione di immobili e beni strumentali a disposizione della comunità.

Tra i personaggi di rilievo venivano in evidenza -accanto al W- SSK detta Kirtani, da tutti considerata il suo braccio destro, il marito di costei SDM, LFS (in realtà Rosemberg Fern), avente la qualità di Ministro, GOH e LH, più direttamente coinvolti nella gestione della cooperativa, T GP, sorta di confidente e consulente del W, RAM, avente il compito di curare i profili contabili e organizzativi.

Solo in termini di gran lunga gradati si sarebbero potuti prendere in considerazione anche GD e KJ, soggetti presenti soprattutto in qualità di insegnanti all'interno delle attività dell'associazione.

Il tema caratterizzante la comunità, anche se riferibile essenzialmente all'associazione, era costituito dalla realizzazione del sé.

Anche in base agli opuscoli divulgati per conto dell'associazione tale concetto veniva inteso come "il comprendere con tutte le parti del corpo, della mente e dell'anima che sei già in possesso del regno di Dio, che non devi più pregare che venga a te; che l'onnipresenza di Dio è la tua onnipresenza; che ciò che devi fare è migliorare la tua coscienza": di qui la necessità di pratiche ed esercizi spirituali, messi a disposizione dei soci e primariamente di coloro che attraverso appositi corsi a pagamento avessero voluto avvicinarsi a quel mondo e a quelle tecniche.

Ed invero erano previsti corsi di vario livello e anche di costo diverso, ai quali si poteva partecipare rimanendo per un numero variabile di giorni o di settimane, versando una somma per il soggiorno, con la possibilità di aderire al programma di Karma Yoga, incentrato sulla partecipazione ad attività volontaria all'interno della comunità (il c.d. servizio gioioso e altruistico a servizio degli altri).

Per divenire associato si sarebbe dovuto partecipare ad un corso di Full Immersion, all'esito del quale sarebbe stata concretamente valutata la possibilità dell'aspirante di divenire a tutti gli effetti un volontario stabilmente inserito nella comunità.

E il volontario avrebbe fruito delle attività dell'associazione versando o meno una somma per l'alloggio, e prestando la sua attività lavorativa nei vari servizi necessari, compresi i più umili, quali il pulire, il far da mangiare, il servire e così via.

A compenso di tale attività lavorativa i volontari avrebbero percepito una somma di £. 200.000, poi trasformatasi in euro 130,00.

I volontari sarebbero stati adibiti anche a servizi di interesse della cooperativa, la quale peraltro si avvaleva, soprattutto a partire dalla fine degli anni '90, anche di proprio personale.

Si tornerà più avanti sui profili gestionali, rivelatori dell'esistenza di una visione di gruppo e di un'unitaria strategia, riguardante l'intera comunità, al di là delle suddivisioni formali tra associazione e cooperativa.

È invece fin d'ora necessario rilevare che la comunità, intesa in senso onnicomprensivo, si avvaleva degli introiti rivenienti dall'attività extra-alberghiera, cioè dalla messa a disposizione dell'alloggio, dall'organizzazione dei corsi, dalla vendita di prodotti vari, da donazioni e contributi offerti da volontari o ospiti o simpatizzanti di tutto il mondo.

3 - In tale quadro di insieme si colloca il presente processo.

Nel gennaio 2002 tal ADR inviava ai Carabinieri della Stazione di Nocera Umbra uno scritto nel quale venivano formulate accuse contro gli esponenti di Ananda e venivano adombrate condotte illecite sia in violazione delle norme tributarie e del lavoro sia soprattutto in danno della libertà degli adepti.

Da qui nascevano le indagini, condotte dapprima dai Carabinieri di Nocera Umbra, che redigevano una comunicazione di notizia di reato in data 3-6-2002, e poi dal G.I.C.O. della Guardia di Finanza, che redigeva più informative fino a quella dell'11-11-2002.

Gli elementi acquisiti in epoca successiva sarebbero valsi ad approfondire soprattutto i profili fiscali e gestionali, ma non avrebbero fornito un contributo di rilievo sul versante dei reati eventualmente commessi contro la libertà e il patrimonio degli adepti.

Vanno peraltro menzionati fin d'ora tra gli elementi di accusa le relazioni redatte in qualità di consulenti dapprima da Don Aldo Buonaiuto e poi dalla prof.ssa Cecilia Gatto Trocchi.

4 - La sostanza delle accuse mosse ad Ananda ed ai suoi esponenti, accuse che trovano poi compiuta espressione nei capi di imputazione, si basa a ben guardare soprattutto sulle dichiarazioni rese da alcuni soggetti (*Omissis*) nonché sulle due cennate consulenze (*Omissis*).

ADR sentito a conferma dei contenuti di una precedente segnalazione via fax, in data 24-2-2002 il DR dichiarava di aver iniziato a frequentare Ananda Assisi nel 1997 e di essersi avvicinato perché interessato alle pratiche di meditazione, tendenti alla scoperta della propria interiorità divina.

Aggiungeva di essere stato presente per soggiorni settimanali o nel week end.

Ricordava che all'inizio la quota da pagare era di £ 70.000 giornaliere per vitto, alloggio e pratiche di meditazione.

Per tutto questo, a suo dire, veniva rilasciata tessera associativa.

Segnalava di aver trascorso periodi piacevoli, per cui aveva alla fine deciso di entrare in modo attivo nella comunità, dovendo per l'accesso partecipare a corsi definiti come Full Immersione o Ashram Program.

Aveva in effetti frequentato tali corsi a pagamento, cosicché nell'agosto 1999 gli era stato permesso di diventare membro della comunità.

Egli aveva in tali periodi conosciuto il W, cioè Kriyananda, che teneva le conferenze nel Tempio della Luce, nonchè Kirtani, cioè SSK, e poi gli altri.

Il DR, pagata la retta mensile secondo la tariffa riportata nell'apposito bollettino periodico per i corsi Full Immersione e Karma Yoga (ma senza rilascio di ricevute di sorta), aveva preso a lavorare in cucina, secondo lo spirito della comunità, in cui il lavoro è un servizio prestato per gli altri.

A mano a mano erano state consegnate al DR delle schede, nelle quali era prevista una turnazione nell'espletamento di varie mansioni (preparazione di pietanze, servizio in sala, lavaggio stoviglie) con ripartizione di un orario di circa 37 ore su base settimanale.

Tale attività era stata svolta dal DR fino al maggio del 2000, quando non avendo più disponibilità per il pagamento della retta mensile, egli aveva chiesto di essere assegnato ad un incarico che gli consentisse di restare senza ulteriori esborsi.

Il DR, avendo lasciato il proprio lavoro di agente assicurativo, era venuto a trovarsi in difficoltà, per cui aveva proposto di poter risiedere nella c.d. Villa Gioia per £ 400.000, ma una tale proposta era stata alla fine respinta, essendo stato chiesto il pagamento di £ 50.000 giornaliere per dormire.

Egli si era allora trasferito in un agriturismo, dove era rimasto fino al dicembre 2000.

In prosieguo di tempo gli era stato chiesto di collaborare con la cooperativa, attese le sue competenze di marketing.

Egli aveva dunque cominciato ad operare sia pur senza regolare mandato e poi con un mandato di semplice procacciatore ed in breve tempo aveva prodotto un fatturato di £ 500.000.000.

La Cooperativa commercializzava il marchio Inner Life, relativo a vari tipi di prodotti, per lo più importati (pubblicazioni musicali, complementi di arredo, prodotti ayurvedici).

Tale attività si svolgeva in un capannone in località Monte Mezzo nel comune di Valfabbrica.

Alla struttura erano addetti vari soggetti anche in qualità di operai, peraltro collegati con la comunità di Ananda.

Allo stesso modo operavano nella struttura soggetti che partecipavano ai corsi di Karma Yoga, concepiti in modo da includere anche il servizio lavorativo.

Il DR indicava i soggetti in varia guisa coinvolti nelle scelte organizzative e dirigenziali, in particolare segnalando lo specifico ruolo del R, a suo dire vero arbitro del destino di coloro che entravano a far parte della comunità, decidendo chi poteva rimanere e chi invece avrebbe dovuto allontanarsi, non essendo ritenuto soggetto affidabile.

Il citato TA e tale AB erano persone che si prendevano la briga di riportare a Kriyananda notizie concernenti soggetti ritenuti scomodi, passibili di espulsione.

Tra il DR e i responsabili della comunità era peraltro insorto un contrasto in quanto il primo si era sentito vittima di sfruttamento e si era visto costretto a far ricorso ad un legale per la tutela dei propri diritti, relativi al pagamento di compensi non riconosciutigli.

Ricordava il DR che nel dicembre 2001, mentre ormai i dirigenti della cooperativa avevano segnalato ai clienti che il predetto non sarebbe più stato il referente, gli era pervenuta una richiesta di donazione a vantaggio di lavori da compiersi nel Tempio della Luce.

Concludeva il DR affermando che la comunità di Ananda costituiva solo uno strumento per ricavare ingenti profitti, basati sulla riduzione in schiavitù psicologica degli adepti.

Tali dichiarazioni venivano a ribadire le affermazioni già contenute nel precedente fax, nel quale il DR si era espresso in toni ancor più duri ed astiosi, da un lato sottolineando ripetutamente che all'interno della comunità si finiva per essere indotti con una specie di lavaggio del cervello ad accettare di lavorare in pratica senza corrispettivo e semmai pagando la retta mensile, per giunta in condizioni igienico-ambientali spesso non adeguate, e dall'altro rivelando la prassi di una contabilità in nero, volta ad aggirare le norme tributarie.

Ma nella sua prima comunicazione il DR aveva anche calcato la mano sul W, ponendo in luce che, come risultava dalla consultazione di siti Internet, il predetto era stato condannato negli Stati Uniti per abusi sessuali in danno di una ragazza, ciò che aveva esposto l'intera comunità all'obbligo di versare grosse somme di denaro.

In successivi scritti, inviati per lo più a mezzo fax, il DR avrebbe cercato di insinuare la sussistenza di una relazione tra l'operatività di Ananda e i problemi psicologici di alcune adepte, in particolare di MS, suicidatasi a Roma, e di BN.

Il DR veniva peraltro sentito anche dal G.I.C.O. della G.d.F. in data 8-10-2002.

In tale circostanza ribadiva i propri assunti.

In particolare parlava di un meticoloso studio a tavolino, sotto la direzione e supervisione di Kriyananda, in forza del quale si cercava di assicurare il benessere psico-fisico degli ospiti con attività di meditazione e poi si imbastivano colloqui personali con i predetti in modo da comprendere se si trattasse di soggetti interessanti in relazione al profilo economico o alle capacità personali da utilizzare nella struttura.

I soggetti interessanti venivano circuiti con sottili tecniche psicologiche con cui il soggetto stesso giungeva a chiedere di poter entrare.

Gli veniva domandato come potesse spiegarsi che in 15 anni non fossero mai emersi soggetti disposti a denunciare i fatti di violenza psicologica.

Egli rispondeva che la circuizione individuale costituiva elemento basilare su cui la struttura faceva affidamento.

A suo dire per gli adepti vi erano tre possibilità: integrarsi nella struttura e divenire membro attivo del potere; allontanarsi e tornare al luogo di origine; disadattamento e incapacità di reagire alla situazione oggettiva con conseguente squilibrio psicologico ed emotivo, culminante talvolta nel suicidio.

Aggiungeva che gli adepti non avevano denunciato le violenze psicologiche e materiali intese come induzione di bisogno fisico, in quanto timorosi di ritorsioni.

Precisava il DR che le persone erano suddivise in due categorie: una era quella dei soggetti che facevano ingresso lavorando senza retribuzione e pagando le spese dei corsi; l'altra era quella di soggetti non abbienti, che offrivano la loro prestazione in cambio di vitto e alloggio.

La seconda categoria continuava a svolgere attività lavorativa fino all'esaurimento fisico e psicologico con lo spettro che in caso di rifiuto sarebbero stati espulsi e costretti a tornare nel luogo di origine.

Gli altri invece esaurivano prima o poi le risorse economiche e si trovavano in uno stato di bisogno materiale.

Tutto ciò, a detta del Della Rocca era frutto di intelligente operazione di sfruttamento della persona, come una riduzione in schiavitù.

A suo dire, si era reso conto di tutto ciò nel maggio del 2000 allorché, avendo esaurito le sue risorse finanziarie ed essendo stanco di pagare per lavorare, aveva chiesto un colloquio con Kirtani che gli aveva detto che per lui in Ananda non c'era più posto.

Aggiungeva che nel 1999 aveva preso la decisione di approfondire la ricerca interiore ed aveva nutrito l'aspirazione ad entrare in Ananda come membro permanente, attratto dall'immagine esterna della struttura.

Ribadiva la storia del suicidio di MS e parlava della morte di un certo FF, ucciso nel 1999 da una fuga di gas.

Parlava anche di BN e riferiva che gli era apparsa come persona psicologicamente instabile.

Concludeva, per quanto è qui di interesse, adducendo che la finalità di Ananda è il potere, inteso come manipolazione delle persone e arricchimento economico che ne discende.

NR

Il N forniva la sua versione dei fatti ai Carabinieri di Nocera Umbra il 5-3-2002.

In tale circostanza il predetto riferiva di essersi recato nove anni prima a visitare la comunità su indicazione di un'amica, discepola di PY.

Per una permanenza di circa venti giorni aveva pagato circa un milione di lire, venendo alloggiato in un miniappartamento.

All'inizio l'esperienza era stata assai piacevole con Kirtani, direttrice spirituale del centro, che gli aveva illustrato la filosofia di Yogananda, incentrata nell'unirsi allo spirito di Dio e nel far emergere la personalità del sé.

L'attività spirituale sarebbe dovuta passare per varie fasi, fino a quella in cui vi sarebbe stata la cerimonia di discepolato, che permetteva di accedere a tecniche collegate con Kriya Yoga.

Per due mesi si era trasferito in un hotel di Assisi, beneficiando di un prestito della sua amica.

Quest'ultima aveva poi parlato con Kirtani proponendo l'ingresso del R in comunità con uno scambio vitto e alloggio-lavoro.

Accettata la proposta, egli si era trasferito in un alloggio del dormitorio Villa Pace e aveva cominciato l'attività lavorativa.

Egli non riceveva compenso, tutto essendo destinato a compensare vitto e alloggio.

Aveva svolto vari tipi di lavoro, venendo occupato anche in cucina.

Successivamente era entrato nello staff di Ananda, così cominciando a percepire £ 200.000 mensili.

Nel 1995 si era trasferito in Germania con l'intenzione di abbandonare Ananda.

Ma poi era rientrato in Umbria doveva aveva cominciato a dipingere.

Era stato poi avvicinato da persone che collaboravano con la cooperativa, che gli avevano proposto di lavorare in nero ad ore.

Non avendo altra possibilità, aveva accettato ed era stato introdotto nella Inner Life, dove lavorava otto ore al giorno per cinque giorni.

La cooperativa si era poi trasferita in un altro capannone dove le condizioni di lavoro erano pessime.

Peraltro egli aveva ottenuto diverse condizioni di lavoro con contratto part-time.

Vi era un continuo passaggio di manodopera, collegata anche all'attività dell'associazione.

A detta del N l'attività nel capannone era difficile da sostenere anche per le pressioni psicologiche attuate da OG e da HL.

Pertanto egli si era licenziato.

Ma a distanza di sei mesi aveva fatto ritorno alla comunità ripartendo dal lavoro in cucina.

Egli non doveva pagare alcuna retta per l'alloggio in quanto disponeva di una roulotte.

Nel 1998 riprendeva a collaborare con la cooperativa sulla base di un contratto part-time, peraltro lavorando otto ore giornaliere.

Il N parlava del W, riferendo che teneva sermoni all'interno del Tempio della Luce e per il resto non compariva.

Dichiarava di sapere di donazioni fatte a favore di Ananda, ma negava di essere a conoscenza di chi si occupasse di tali aspetti.

Aggiungeva che venivano definiti Ministri coloro che avevano responsabilità elevate, compresi Kirtani e Shivani Lucki.

Concludeva il N dichiarando che la maggior parte delle persone che avevano lavorato con lui erano state sottoposte ad alta pressione sia psicologica sia legata alle condizioni di lavoro: le stesse erano state trattate male da GO, nel senso che le esigenze personali non erano tenute in considerazione e che se qualcuno mostrava di non condividere le linee della dirigenza veniva prima o poi costretto ad andarsene.

Al riguardo faceva il caso di tal MT, che aveva iniziato a chiedere chiarimenti sulla destinazione del flusso di denaro e sulla legalità del suo *status* e alla fine era stato allontanato.

RJ

Costei veniva sentita dal G.I.C.O. della G.d.F. in data 8-11-2002.

Ella riferiva che, già entrata in contatto con l'ambiente di Ananda a Pisa, aveva in prosieguo di tempo preso a frequentare sporadicamente la comunità di Nocera Umbra.

Peraltro ella conosceva le persone che si trovavano all'interno.

Qualche volta aveva lavorato a Nocera Umbra per preparare dei pranzi ed una settimana continuativa per la traduzione di un libro del W.

Qualche domenica inoltre ella si recava presso la comunità, dove del resto si era sposata ed aveva avuto un figlio.

Descriveva il rapporto della gente con Ananda e riferiva che in genere vi era curiosità per i corsi e per la possibilità di praticare Yoga e ritiri spirituali.

Le persone in seguito tornavano, attirate dalla sensazione di poter vivere in fratellanza ed armonia.

In tali circostanze le persone entravano in contatto con i Ministri i quali le incitavano a fidarsi ed a confidarsi.

I predetti traevano così informazioni sulla vita e le possibilità eco-

nomiche e lavorative delle persone e sulla disponibilità delle medesime a lasciare la loro vita per integrarsi nella comunità.

Coloro che non erano disposti a lasciare la loro vita non erano giudicati interessanti e a mano a mano venivano trascurati.

Coloro che invece risultavano interessanti venivano seguiti e inseriti in un clima di cordialità e gioia per la scelta fatta, tanto più se si trattava di persone con alle spalle situazioni difficili.

Ciò andava avanti finché la persona era in grado di poter rispondere alle aspettative di Ananda facendo donazioni e lavorando a determinate condizioni in cambio di un compenso irrisorio.

Ogni membro veniva dunque sfruttato, venendogli inculcato che lavoro e donazioni erano necessari per la comunità in cui viveva serenamente e per sua scelta.

D'altro canto Ananda esigeva che venissero rispettate le sue regole.

E quando il membro iniziava a manifestare dissenso i Ministri cercavano di allontanarlo.

Peraltro chi era all'interno si trovava senza appoggi esterni e senza risorse finanziarie, che in Ananda diventava impossibile accumulare e che semmai era la stessa Ananda ad assorbire.

In questo senso l'atteggiamento di Ananda era coercitivo in quanto tale da obbligare la persona ad andarsene o ad accettare le sue richieste che avrebbero potuto comportare anche un estremo disagio.

Alla domanda se il modo di fare fosse premeditato, la R rispondeva in modo affermativo, in quanto lo stesso metodo era usato nella comunità della California e in quanto dalla consultazione di siti Internet erano emersi casi di abusi mentali e materiali nonché di circonvenzione di incapaci.

Ella precisava che analoghi casi si erano registrati anche presso Ananda Assisi, in quanto le persone venivano scelte con cura.

Aggiungeva, a domanda, che alcuni membri previamente circuiti avevano avuto problemi psicologici, solo in tal modo potendosi spiegare, a suo dire, due casi di suicidio verificatisi, riferiti a tal L, entrata ad Ananda Assisi nel 1992 e recatasi in California nel 1994, e a tal MS, parimenti membro di Ananda, gettatasi dal 15° piano di un palazzo a Roma.

La R, in risposta ad una domanda per vero assai suggestiva, riferiva che a suo giudizio le finalità di Ananda erano quelle di arricchirsi alle spalle della gente e di raggiungere il potere dominando altre persone.

Ella parlava poi di VB, separatasi dal marito nel 1992 e frequentatrice di Ananda dal 1994.

Costei era rimasta colpita dalla gentilezza dei dirigenti e dall'armonia dell'ambiente, tanto che alla fine gli era stato proposto di fungere da legale rappresentante della associazione Ananda Assisi, all'epoca di dimensioni ancora ridotte.

In prosieguo la B aveva lavorato come segretaria e dopo la nascita di una figlia in cucina, finché nel 1996 aveva cominciato a lasciare la comunità, non riuscendo a conciliare gli impegni della comunità con quelli familiari.

Anche la B, a giudizio della R, era stata circuita, in quanto molto seguita all'inizio e così lusingata e indotta ad accettare l'incarico di rappresentante e poi criticata nel momento in cui aveva conosciuto l'uomo che sarebbe divenuto suo marito, in quanto il suo impegno in Ananda era inconciliabile con quello nella famiglia.

GCLJ

Il predetto veniva sentito in data 19-2-2002 dai Carabinieri di Nocera Umbra e in data 7-11-2002 dal G.I.C.O. della G.d.F.

Costui descriveva i suoi primi approcci con Ananda all'insegna di sporadiche frequentazioni, peraltro legate all'interesse per le problematiche spirituali.

Nel 1999 aveva chiesto di potersi trasferire in comunità ed egli era stato accettato, prendendo alloggio inizialmente in una tenda e fruendo della riduzione della retta connessa allo svolgimento da parte sua di attività lavorativa nell'ambito del programma Karma Yoga.

Egli parlava della giornata tipo tra momenti dedicati a ritiri spirituali e fasi dedicate all'attività lavorativa.

Ad un certo punto aveva chiesto di poter lavorare per la cooperativa, ciò che aveva preso a fare, percependo un compenso di £ 1.700.000 mensili a fronte di una spesa di £ 600.000 per l'alloggio e di un'altra spesa per il vitto in ragione di £ 5.000 giornaliere.

Egli parlava dei prodotti commercializzati dalla cooperativa e dei soggetti che erano a capo dell'organizzazione o in qualche guisa inseriti in essa.

Riferiva che il Tempio della Luce così come la casa abitata dal W erano stati costruiti da volontari e ospiti della comunità.

Alla domanda sul tipo di atteggiamento tenuto dai Ministri rispondeva che gli ospiti paganti godevano della loro cordialità mentre gli altri venivano trattati con distacco.

In una circostanza a seguito della domanda di assunzione da lui presentata l'Helmut Lauer gli aveva risposto di non pensarci nemmeno: questo gli era apparso un atteggiamento prevaricatore, posto che egli non aveva altra scelta.

Rispondendo alle domande del G.I.C.O., il predetto ribadiva nella sostanza la stessa versione.

Chiariva di aver deciso di entrare in Ananda nel 1999 dopo la separazione da sua moglie avvenuta nel 1998.

Precisava di aver nel 2000 abbandonato la comunità che gli era apparsa diversa da quello che credeva.

Al predetto veniva fatta una serie di domande insinuanti, suggestive e valutative: alla domanda "il modo di comportarsi dei vari ministri può essere studiato a tavolino?" il G rispondeva che i Ministri erano gentili con gli ospiti e più freddi con i residenti, i quali poi rimanevano soli; alla domanda "come mai molti ex membri hanno paura di parlare della loro esperienza ad Ananda?" (ma l'assunto non risulta a monte dimostrato) il predetto rispondeva che i membri si rendono conto che l'esperienza non è stata positiva e parlano malvolentieri del fatto di essere stati soggiogati; alla domanda "secondo lei i dirigenti controllano la vita dei membri?", rispondeva di non aver subito tale controllo, anche se persone giunte ad Ananda soprattutto per superare problemi personali si gettavano nella vita spirituale con impegno ed era dunque possibile che fossero controllate; alla domanda "le tecniche spirituali praticate all'interno di Ananda possono aver influito sulla psiche dei membri?", il G rispondeva di sì, perché le persone avvicinatesi con entusiasmo, scoprendo che la figura che credevano carismatica non è in realtà tale, rimangono scioccate e potrebbero aver grossi problemi.

Riferiva ancora il G di essere rimasto sorpreso del suicidio della S e, quanto ai casi di problemi psicologici in comunità, ricordava quelli di una ragazza americana, divenuta anoressica e poi andata via, e di CB, che aveva avuto problemi depressivi durante la permanenza.

CA

Il predetto veniva sentito il 27-2-2002 dai Carabinieri di Nocera Umbra.

Egli riferiva di aver cominciato a lavorare all'interno della comunità, in particolare per conto della cooperativa dopo un colloquio con Vanna Berni.

All'inizio senza formale assunzione percepiva £ 10.000 all'ora e poi dopo un contratto part-time aveva cominciato a percepire £ 1.600.000 al mese.

Dichiarava che il Tempio della Luce era stato realizzato attraverso donazioni pervenute da privati su conti correnti postali e bancari, non contabilizzati ufficialmente.

Parlava dei soggetti con i quali si relazionava e di quelli che avevano responsabilità gestionali.

Riferiva dell'esistenza di una cassa "K" per la contabilità in nero.

Sempre con riguardo al Tempio della Luce dichiarava che era stato costruito dall'impresa di un certo PD, membro della comunità, avvalsosi della manodopera fornita dagli ospiti.

A suo dire non conosceva Kriyananda.

Gli ospiti alloggiavano in casali presi in affitto dalla comunità.

BV

Sentita in data 30-10-2002 dal G.I.C.O. della G.d.F., la predetta

descriveva il suo approccio con la comunità, avvenuto dopo che, interessata alla pratica dello Yoga, aveva avuto modo di assistere ad una conferenza di Kriyananda.

Aveva poi preso a partecipare ad altre conferenze, finché si era posta il problema di lasciare tutto e vivere all'interno di Ananda.

Nel 1992 era venuta in Umbria ed era stata accolta molto bene.

Peraltro con suo marito, dedito all'interno della comunità all'uso dei computers, aveva avuto modo di apprendere delle vicissitudini americane del W, condannato per molestie sessuali e obbligato al versamento di un ingente risarcimento.

Nel frattempo, sposatasi in comunità e divenuta madre di una bimba, aveva valutato che quel tipo di vita non si confaceva alla piccola.

Nel 1999 ella e suo marito erano dunque usciti dalla comunità, pur mantenendo i contatti con la stessa.

A suo dire i vari dirigenti talvolta mancavano di rispetto, incuranti delle esigenze altrui.

Bisognava infatti accettare le condizioni della comunità, altrimenti si era invitati ad andarsene.

Riferiva che l'ingresso in Ananda avveniva dopo che come semplici ospiti si era rimasti attratti dall'atmosfera e dalle modalità di insegnamento.

A questo punto la persona interessata chiedeva ai ministri di poter restare.

In linea generale si pagava una somma e si prestava attività lavorativa non retribuita, senza ulteriori spese.

Spiegava la ragione per cui ella era divenuta legale rappresentante di Ananda Assisi, riferendo che le era stato chiesto da Kirtani o da Shivani, ciò di cui era rimasta lusingata.

Di fatto si era limitata ad operare su alcuni conti correnti dell'associazione.

Per il resto aveva svolto vari tipi di lavori, anche in cucina.

Sapeva che alcuni frequentatori avevano avuto problemi psicologici, ma non era in grado di attribuire la causa di ciò al sistema Ananda.

A suo dire le persone in disaccordo decidevano di allontanarsi o erano invitate a farlo.

Riferiva che con i Ministri i membri avevano uno scambio di opinioni al fine di chiarire l'indirizzo da seguire.

Concludeva all'insegna del disincanto, sostenendo di non veder più Ananda come in origine, ritenendo che avesse avuto il sopravvento il profilo commerciale.

WT

Sentito in data 4-11-2002 dal G.I.C.O. della G.d.F., riferiva di essere entrato nella struttura americana di Ananda e di aver vissuto al suo interno.

Nel 1992 era stato chiamato da alcuni dirigenti della comunità stabilitasi in Umbria, che erano a conoscenza della sua qualità di lavoratore del settore edile.

A suo dire all'inizio la comunità di Nocera Umbra era meno organizzata di quella americana e la vita al suo interno era assai familiare, senza un diretto fine economico.

A mano a mano era venuto a conoscenza dei problemi giudiziari del W in America.

Quest'ultimo si era infatti definitivamente trasferito in Italia nel 1994-95, per sfuggire all'ostile ambiente americano.

Il predetto era una sorta di GURU e ciò che diceva era legge.

Il capo spirituale della comunità era peraltro SKS, braccio destro del W.

Il W aveva lavorato dapprima senza compenso e poi percependo £ 200.000 mensili.

All'inizio si entrava in comunità come ospiti frequentando i corsi e poi, attratti dalla struttura, si tornava, pianificando permanenze prolungate, per le quali si pagava la frequentazione e si prestava attività lavorativa senza compenso.

Alla fine taluno chiedeva di poter restare stabilmente.

Nel caso di membri molto ricchi i dirigenti di Ananda operavano una sorta di corteggiamento per indurli a restare: costoro in genere divenivano membri attivi con incarichi di rilievo, mentre incarichi più umili erano destinati a membri con minore capacità economica.

Alla domanda se venissero esercitate pressioni psicologiche, il W rispondeva che vi era una pressione in relazione alla linea di pensiero proposta, nel senso che, qualora questa non veniva seguita, all'adepto veniva detto che era "fuori sintonia" e che "quello non era l'atteggiamento di un bravo discepolo", fino all'invito a lasciare la comunità.

Il W ricordava che quando dopo il terremoto del 1997 aveva segnalato il fatto che nessuno fosse venuto a verificare l'agibilità degli immobili, Kirtani nel corso di un House Meeting, cioè di un incontro tra i membri, aveva detto che chi aveva paura del terremoto non aveva fede in Dio e rivolta allo stesso W, che aveva criticato GC, proprietario di parecchi immobili, aveva detto che se non fosse stato per il C lui e sua moglie non sarebbero stati insieme.

Proprio a questo punto egli aveva maturato il proposito di uscire dalla comunità, ciò che era avvenuto nel 1999.

Precisava il W che nei suoi confronti le pressioni non avevano sortito effetto, data la sua forza di volontà, e che tuttavia era possibile che ciò fosse avvenuto nei confronti di altri membri.

A domanda il predetto riferiva che Ananda aveva potere, perché in contatto con persone influenti e che i ministri in un certo senso control-

lavano i membri, in quanto volevano che fossero rispettate le regole della comunità dettate dal W.

Chiariva che il Tempio della Luce e la casa del W erano stati realizzati da membri di Ananda italiani e americani, compensati con £ 200.000 mensili, vitto e alloggio.

Interrogato su eventuali persone che durante o dopo la frequentazione di Ananda avevano avuto problemi psicologici, rispondeva che si ricordava di C, la quale trascorsi sette anni in Ananda e divenuta anche ministro, aveva avuto problemi perché cercava di essere un discepolo perfetto senza riuscirvi, tanto da essere stata ricoverata in Germania in un ospedale psichiatrico, e di tale Manuela, che lavorava in cucina e che era stata pure ricoverata in Germania.

Aggiungeva inoltre i casi di SM e di BN.

Concludeva affermando che l'iniziale ideale spirituale si era via via trasformato in un fine economico da raggiungere con metodologie spirituali.

PC

Sentito il 16-11-2002 dai Carabinieri di Nocera Umbra, il P descriveva le fasi del suo ingresso in comunità, propiziato da periodi di soggiorno legati alla frequentazione di corsi.

Nei primi tempi egli pagava una retta mensile di £ 500.000. Egli veniva impiegato in vari tipi di lavoro.

Dopo alcuni mesi gli era stato chiesto di passare alla *reception* ma a distanza di qualche tempo gli era stato proposto un diverso impiego e alla fine di trovarsi un lavoro all'esterno.

Nonostante avesse cercato uno sbocco lavorativo, non aveva trovato alcunché e alla fine era stato riammesso in Ananda.

Egli aveva lavorato in cucina anche con sua moglie MJ, con la quale infine si era allontanato dalla comunità.

Solo formalmente a suo dire aveva assunto la qualità di tesoriere dell'associazione.

Quanto alla conoscenza con sua moglie, ricordava che all'inizio il rapporto era stato un po' osteggiato da Kirtani e Shivani, in quanto egli era da poco tempo in comunità, mentre la M era membro attivo già da qualche anno.

Per il Tempio della Luce era stata organizzata una raccolta di fondi mediante invio di lettere a soci italiani e americani: la realizzazione era avvenuta a cura di adepti volontari, in gran parte americani, che avevano prestato opera volontaria.

Riferiva che per il suo lavoro veniva compensato con £ 200.000 mensili.

Aggiungeva a domanda di aver sentito dire di situazioni ambigue ed equivoche nei confronti di persone che avevano riposto fiducia in Ananda.

Quanto a problemi psicologici di frequentatori della struttura, ricordava che ne avevano avuti una ragazza tedesca di nome Manuela, un ragazza di Roma, tale M R, e tale M, seguite dai ministri con consigli spirituali, mentre avrebbero avuto bisogno di supporto medico.

Peraltro la M si era trattenuta per un breve periodo ed era stata poi ripresa dai familiari.

Riferiva di aver appreso del suicidio di MS, avvenuto il 2-5-2002.

Aggiungeva che gli ospiti venivano alloggiati in strutture di proprietà o prese in affitto, oltre che nel vicino campeggio.

MJI

Costei, escussa dai Carabinieri di Nocera Umbra il 16-11-2002, riferiva di aver appreso nel 1988 che in Nocera Umbra si stava creando un centro di Ananda: aveva allora iniziato a frequentare la struttura, perché interessata alle pratiche meditative.

Fino al 1992 aveva frequentato il centro nei periodi di vacanza. In tale lasso di tempo si era recata anche presso la struttura esistente in California.

Nel febbraio 1992 era entrata in Ananda lasciando il suo lavoro di insegnante di lingua tedesca in Germania.

All'inizio aveva versato rette mensili.

Aveva preso alloggio presso Villa Gioia, occupandosi della pulizia delle stanze e svolgendo anche attività di interprete dall'inglese al tedesco.

Secondo la filosofia che era alla base della struttura l'atteggiamento di ognuno era di servire gli ospiti, di trattarli come Dio, ciò che avviene nel mondo in base alla filosofia Yoga.

Era poi passata alla *reception* e aveva ricevuto progressivamente un compenso di £ 200.000 mensili.

Ella confidava nel fatto che tutto ciò che veniva chiesto fosse finalizzato al bene di tutti, nel presupposto che si sapesse interpretare il cammino da percorrere in sintonia con la verità e con i più alti principi spirituali dell'insegnamento dello Yoga.

Nel 1995 aveva sostituito HL nella predisposizione dei turni di servizio e tale compito aveva svolto fino a quando si era allontanata dalla comunità nel 2000.

Riferiva di aver conosciuto suo marito nella comunità aggiungendo che la relazione sentimentale non era stata incoraggiata da Kirtani e Shivani, in quanto il P era da poco tempo nella struttura.

Parlava della realizzazione del Tempio della Luce e della relativa raccolta di fondi.

Quanto ad eventuali atteggiamenti intimidatori dei leaders riferiva che nei confronti di alcuni adepti erano stati posti in essere metodologie e carichi di lavoro tali da dar l'impressione di uno sfruttamento.

Nel caso in cui taluno avesse avuto problemi psicologici i ministri cercavano di risolverli con colloqui e con la meditazione, nonché con l'intervento di persone più esperte.

Quando non si riusciva a risolvere il problema capitava che le persone fossero invitate a tornare a casa per un periodo.

Alla domanda se i leaders controllassero le persone, ella rispondeva che si trattava di una cosa sottile, nel senso che essi guidavano le persone nelle loro scelte.

Terminava esprimendo dubbi sul valore della struttura e sul suo attuale spirito.

BN

Costei veniva sentita dal G.I.C.O. della G.d.F. in data 22-10-2002, dopo che, sulla base di un'allarmata comunicazione del DR era stato fatto un sopralluogo alla ricerca della donna presso la comunità, allorché si era appreso che la stessa si era allontanata dopo aver mostrato atteggiamenti aggressivi ed irascibili nei confronti degli ospiti della comunità (cfr. relazione di servizio del 2-10-2002 della Polizia Municipale di Nocera Umbra e relazione di servizio del 1°-10-2002 del tenente Anastasi del medesimo Comando).

Ordunque la B riferiva di aver frequentato nel 1994 e nel 1995 vari corsi presso la struttura, dove tornava sempre con gioia, avendo scoperto la spiritualità anche grazie alla meditazione, che aveva cambiato le sue prospettive di vita.

Nel 1997 aveva preso un periodo di aspettativa e maturato il convincimento di vivere all'interno della comunità.

In tale periodo era stata molto bene ed aveva tratto giovamento per la sua vita spirituale.

Nel contempo svolgeva lavoro come cuoca.

Ella pagava £ 600.000 mensili.

Alla fine del 1998 era tornata al suo lavoro abituale, perché voleva la sua indipendenza.

Ma continuava ad essere attratta da Ananda.

Nel 2000 si era perciò trasferita in Umbria lavorando come impiegata presso la ASL n. 2 di Perugia e frequentando la struttura nel tempo libero.

Dal maggio 2002 aveva smesso di essere presente in Ananda, fatta eccezione per tre giorni nel mese di settembre.

Descriveva la struttura organizzativa della comunità e indicava i soggetti che rivestivano ruoli di vertice.

Solo una volta a suo dire era stata oggetto di pressioni, quando Kirtani guardandola negli occhi le aveva ordinato di mantenere una promessa, ciò che comunque ella non aveva fatto.

Riferiva che la struttura era nata per fini nobili e che attualmente

invece venivano perseguiti fini di potere personale e di benessere economico.

Aggiungeva che una certa TT, alla notizia di essere stata licenziata dalla cooperativa, aveva avuto una violenta reazione con il T, il G e il L.

Negava che vi fosse un controllo sistematico dei membri, ma aggiungeva che se taluno opponeva una critica veniva richiamato con la frase tipica "sei nella fase della critica, non sei in sintonia", frase ripetuta anche quando un membro decideva di lasciare Ananda.

Aggiungeva di aver appreso che anche nella struttura degli Stati Uniti veniva utilizzata una frase simile "non sei più in sintonia, la luce non è più nei tuoi occhi".

La frase veniva usata dai ministri che non accettavano critiche e non si assumevano la responsabilità di eventuali sbagli.

Precisava che nella comunità esisteva un atteggiamento cui i membri si dovevano uniformare, anche se non si sarebbe potuto dire che vi fosse un controllo delle persone.

Dichiarava che in Ananda ciascuno aveva un suo ruolo e che non vi era molto spazio per i rapporti interpersonali, specialmente con i dirigenti.

Quanto a MS, riferiva che la stessa soffriva di solitudine.

Le relazioni dei due consulenti: Don Aldo Buonaiuto.

Nella relazione di Don Aldo Buonaiuto si fornisce una descrizione dell'operatività di Ananda in generale, in rapporto ai principi da cui muove.

Si rileva che la possibilità di una sintonia con Dio è associata all'assunzione di comportamenti conformi alle regole imposte, secondo un codice che non è espressione di condivisione ma di imposizione dall'alto: ogni scelta è indotta, la libertà è illusoria e mistificata, l'eventualità di non adeguarsi agli stili viene fatta percepire come un'abiura e una vergogna.

Di qui una condizione di isolamento e di emarginazione mortificante, non sopportabile da chi ha perso il senso del sé, in una situazione di dipendenza e di rinuncia alla propria identità sociale, agli affetti, ai beni materiali.

Si segnala inoltre l'accento posto nelle pubblicazioni e negli atti connessi a corsi e seminari all'offerta dei beni alla comunità, in quanto donando si contribuirebbe alla diffusione della chiesa e si camminerebbe verso la salvezza.

Dopo una digressione sulla figura del W Don Aldo Buonaiuto osserva che sulla base di quanto acquisito al procedimento risulterebbe che Kriyananda riusciva a mantenere il potere su tutti gli aspetti della vita di comunità: infatti solo coloro che erano in sintonia e dunque credevano

che Swami non potesse sbagliare, erano messi in posizione di vertice, mentre il potere veniva gestito con l'induzione del senso di colpa e della paura, nel senso che gli adepti si vedevano negare l'attenzione e l'affetto di Swami ove avessero sbagliato nel seguire i suoi consigli; inoltre il soggetto fuori sintonia veniva evitato ed ostracizzato.

Osserva ancora il consulente che il controllo veniva e viene gestito da Kriyananda in modo dolce ed umile, con l'apparire modesto e suscitando negli adepti l'illusione di grandezza.

Di qui l'adesione di molti, desiderosi di essere accettati ed approvati dal gruppo.

Nel prosieguo della relazione Don Aldo si sofferma in particolare su Ananda Assisi e sulla connessa cooperativa, segnalando le problematiche sollevate dal DR.

Parla del suicidio della Solinas, sostenendo che negli ultimi tempi avrebbe manifestato squilibri mentali, e riferisce altresì di tal D'AC, costretta a ricovero coatto in quanto affetta da psicosi dissociativa e da crisi mistiche.

Enuclea infine il consulente alcuni elementi comuni alla struttura americana che depongono per una qualificazione in termini di setta sia sotto il profilo religioso sia sotto quello psicologico, in relazione all'allontanamento dal contesto di provenienza.

In particolare si pone l'accento su:

adescamento, in quanto gli adepti sarebbero circuiti attraverso inviti, seminari, concerti, giornate di meditazione, messaggi pubblicitari;

allontanamento dalla famiglia, in quanto gli adepti sarebbero indotti a lasciare l'ambiente da cui provengono, il lavoro, i beni materiali;

spersonalizzazione, in quanto dietro l'autorealizzazione del sé si celerebbe la rinuncia alla propria identità;

l'assoggettamento, attraverso l'imposizione di comportamenti;

la paura dell'abbandono, per il vuoto che si crea nel momento in cui si percepisce l'isolamento dal gruppo come cessazione di ogni protezione e di ogni forma di sicurezza, con perdita di illusioni di grandezza e di potere.

Così si attuerebbe un processo di schiavizzazione sostenuto dalla manipolazione psichica e linguistica con conseguente perdita di ogni possibilità di sviluppo di strategie a difesa.

Si aggiunge che chi percorre queste fasi psicologiche può arrivare a crisi di identità o alla negazione dell'identità fino alla disperazione.

La relazione della prof.ssa Cecilia Gatto Trocchi.

La prof.ssa Cecilia Gatto Trocchi (la sua relazione è in questa sede pacificamente utilizzabile) inquadra Ananda nel fenomeno dei nuovi culti e delle sette.

Si osserva che i nuovi culti sono ispirati a notevole sincretismo, mescolando elementi delle tradizioni più disparate.

Vi si propone spesso un rapporto diretto tra adepti e maestri spirituali dislocati in altre dimensioni, portatori di verità definitive. La meditazione prolungata e la dieta vegetariana inducono spesso uno stato di *trance* e costituiscono metodi diffusi in Ananda, che si fonda sul Kriyayoga.

Si segnala come nel generale disorientamento vi sia margine perché le persone cadano in trappola.

Solo in Italia numerosissimi sarebbero i luoghi di culto e di riflessione religiosa alternativa, anche nel quadro della nebulosa *New Age*.

Si osserva che una setta non appare mai per quel che è: un sistema settario si individua nei rituali di iniziazione, nello slittamento del piano di realtà verso idee cervellotiche ed astruse e para-magiche; la pressione dei capi è dolce, ma invasiva per cui non esistono spazi di autonomia.

In Ananda la parola chiave è sintonia.

Attraverso la soggezione al capo si aprirebbe la strada all'abuso di sogni, di passioni e di inesperienza degli adepti.

Nel caso della meditazione kriyayoga si vorrebbe suscitare visioni, immagini spirituali, divinità misteriose che aiuterebbero l'adepto nella sua realizzazione spirituale: tutto ciò null'altro sarebbe che abuso di credulità popolare.

In genere il gruppo settario si fonda sul carisma di un capo e su tre linee di forza: ricorso ad esperienza interiore e soggettiva, messaggio alternativo di salvezza, aderenza totalizzante alla comunità attraverso le iniziazioni segrete.

Si cerca di far *tabula rasa* delle conoscenze precedenti, del comune buon senso, per fare posto alle nuove teorie.

Particolarmente rilevanti risultano tre ordini di idee: Swami è un maestro spirituale che conosce le verità più segrete; quanto appreso in famiglia, a scuola, nella società è perverso e privo di senso; l'unico scopo dell'adepto è la propria salvezza interiore e l'unico strumento è l'adesione alla prassi della setta, l'essere in sintonia con essa.

Di qui l'isolamento dalla società civile: meno contatti con l'esterno e maggiore disposizione ad accettare le idee della setta.

La pressione è volta a far sì che i beni personali siano affidati alla setta, il che induce una soggezione economica.

Le comunità settarie si pongono come chiuse ed esclusive in contrapposizione con il bisogno di un pluralismo delle relazioni amicali, affettive e sociali.

La consulente rileva come sia dato comune delle sette l'adoperarsi per smantellare i punti di riferimento che costituiscono il comune modo di pensare.

I capi carismatici tendono a creare il vuoto della mente dell'adepto nella prospettiva del "ricominciare da zero".

Anche Ananda si presenterebbe come in grado di fornire nuove defi-

nizioni dell'universo, dell'uomo carismatico, della natura che può essere dominata dagli iniziati, di Dio, come energia a disposizione del capo, del sesso e dell'amore, della salute e della malattia.

In Ananda si ricorre a terapie alternative e non ai medici ufficiali.

Vi sarebbe poi l'elemento iniziatico della segretezza, attraverso l'iniziazione ai quattro Krya, le parole segrete del Kryayoga, rivelate dal maestro e non pronunciate davanti ad estranei.

L'entrata in comunità appare un dono prezioso con possibilità di salvezza in un mondo devastato dalla malvagità.

Il controllo della mente è accettato come passo obbligato per uno *status* spirituale più elevato.

Alla destrutturazione fa seguito la ristrutturazione basata su una nuova visione dell'uomo e del mondo.

Un passaggio sarebbe quello delle cure alternative e l'esibizione del capo che invia luce e vibrazioni terapeutiche ai malati.

Si assume che BN, sofferente per una crisi depressiva, sarebbe stata rispedita a casa come ospite indesiderata.

Si ritorna poi sui casi del DR, della S e di D'AC.

Elemento comune delle sette sarebbe il lavaggio del cervello.

Ananda in tale quadro obbligherebbe i seguaci con il controllo mentale a seguire i capi spirituali, tagliando i contatti con l'esterno, creando vulnerabilità e dipendenza.

Le meditazioni prolungate arriverebbero fino a stati di *trance* collettivo abbassando i livelli di coscienza mentre la dieta e la proibizione delle medicine ridurrebbero le difese anche biologiche.

Le pressioni psicologiche dei capi partono da un abuso dei bisogni degli adepti.

Gli adepti si troverebbero in stato di soggezione mentale che li spinge a darsi anima e corpo alla setta per la propria serenità interiore.

Ma molti soggetti mostrano segni di problematiche psicologiche, di tipo depressivo.

Gli adepti dopo le donazioni e il lavoro non retribuito si ritrovano spogliati di tutto e più dipendenti dai capi.

Tutto ciò consentirebbe di affermare secondo la consulente che la prassi e le dottrine seguite da Ananda sarebbero tali da incidere sulla capacità di autodeterminazione dei soggetti e che Ananda presenterebbe i tratti distintivi della setta.

5 - Quelli fin qui esaminati sono gli elementi su cui si fonda l'accusa principale, rivolta agli imputati, di aver costituito un'associazione per delinquere finalizzata alla circonvenzione di incapaci e alla riduzione in schiavitù e di aver poi in varia guisa tenuto condotte tali da integrare questi due tipi di reato.

Ma un dubbio dovrebbe già discendere dal rilievo che nel corso degli

anni, i molti anni nei quali Ananda ha operato a Nocera Umbra, nessuno, prima del DR, aveva mai denunciato alcunché.

E ancor maggiori dubbi nascono dal riscontro del tutto negativo riveniente dall'esito delle indagini difensive, concentratesi nell'escussone di numerosissime persone, venute a contatto più o meno stabilmente con Ananda, le quali hanno recisamente negato qualsivoglia forma di coercizione e di indebita circonvenzione.

Il corposo volumetto delle testimonianze raccolte dai difensori (cui debbono aggiungersi le dichiarazioni rese alla P.G. da SDiB e le dichiarazioni pervenute a questo Giudice da parte di soggetti indicati come persone offese, non riconosciutisi come tali -MJ e soprattutto BC) contribuisce dunque a fornire un quadro di valore e significato ben diverso da quello che in apparenza potrebbe delinearsi sulla base degli elementi sopra descritti, fra l'altro esaurendo di fatto i possibili spunti di prova da acquisirsi nel corso di un'eventuale ulteriore fase processuale.

Del resto non v'è dubbio che le indagini difensive sul piano strutturale possano condurre alla raccolta di elementi di prova che hanno formalmente il medesimo valore di quelli acquisiti in sede di indagini dal pubblico ministero.

Si tratta solo di stabilire se a tali elementi di segno diverso possa credersi o no.

Ed invero in sede di discussione il P.M. ha cercato di offrire una tranciante chiave di lettura.

Si è infatti sostenuto che chi è assoggettato all'influenza di Ananda non può liberamente e consapevolmente descrivere le condotte di cui è vittima.

Ma si tratta di una petizione di principio, che richiama da vicino il c.d. paradosso del condizionamento.

In realtà - in termini assoluti e anche per come rappresentati nell'imputazione - dovrebbe supporsi che la condotta fosse condizionante per tutti.

In alternativa dovrebbe ipotizzarsi che non lo fosse per nessuno.

E' invece contraddittorio affermare che sia attendibile solo chi parli dell'asserito condizionamento subito, dandosi dunque per scontata una sua efficacia intermittente.

Dovrebbe per lo meno spiegarsi perché ad un certo punto il condizionamento fosse cessato e perché un determinato soggetto avesse da quel momento riacquisito una piena padronanza sui propri atti di volizione, mantenendo nel contempo anche una lucida consapevolezza della fase pregressa.

Si pone dunque un problema di metodo.

Deve infatti escludersi la validità di qualsivoglia postulato totalizzante, basato su astratte e generalizzanti affermazioni.

Sarebbe invece occorso che le accuse fossero riscontrate in relazione a specifiche condotte illecite tenute nei confronti di soggetti determinati, effettivamente assoggettati all'azione condizionante di Ananda.

D'altro canto è già eloquente il fatto che sul piano numerico in netta minoranza risultino i soggetti che hanno parlato, oltre tutto con accenti assai diversi tra loro, di un'azione condizionante.

E comunque non si sarebbe potuto prescindere nello svolgimento di tale analisi dalla struttura e dal contenuto delle fattispecie penali evocate.

6 - Ma nella stessa linea si colloca un rilievo di carattere preliminare e per certi versi assorbente.

La natura di Ananda infatti è stata in modo tranciante ridotta a coacervo di costruzioni artificiose e surrettizie, inducenti abuso di credulità popolare, essendosi invece del tutto omessa qualsivoglia considerazione in ordine alla riconducibilità della struttura ad una forma organizzata di professione religiosa o spirituale, garantita e tutelata dagli artt. 19 e 8 della Costituzione, nonché dall'art. 9 della CEDU.

I rilievi critici dei consulenti, che fra l'altro colgono solo alcuni aspetti del fenomeno emergente dalle testimonianze e che nel caso di Don Aldo Buonaiuto non forniscono neppure un puntuale appiglio in termini fattuali, risultano sviati da una sorta di pregiudicante negazione, cioè da un giudizio di valore sfavorevole, che vorrebbe fondarsi sull'emergenza dei tratti distintivi di una setta.

Ma l'idea di setta non ha valore dal punto di vista giuridico e sul piano fenomenico non aiuta a comprendere con puntualità il senso delle eventuali distorsioni di un movimento come Ananda.

Al contrario è noto come il riconoscimento del carattere religioso di un'associazione o di un movimento implichi che le manifestazioni coerenti con quel carattere debbano ritenersi parimenti tutelate e garantite, quali forme di libertà di pensiero, di propaganda e di culto.

Correlativamente, non potendosi *a priori* escludere l'insorgere di distorsioni e deviazioni, il fenomeno deve essere a quel punto indagato con rigore, mirante a cogliere del tutto al di fuori da affermazioni generalizzanti, il significato illecito di specifiche condotte, addebitabili a soggetti ben individuati.

Solo il concreto riscontro di condotte di tal fatta potrebbe a ritroso suffragare la prova dell'esistenza di un sodalizio, che si richiami in apparenza a valori intangibili e che sia volto invece a conseguire obiettivi penalmente rilevanti.

La Suprema Corte di Cassazione nel caso della Chiesa di Scientology si è proprio per questo soffermata sulle conseguenze rivenienti dal riconoscimento del carattere religioso-confessionale di quell'organizzazione ed ha invocato a tal fine, quale parametro di valutazione, specifici canoni

segnalati dalla Corte Costituzionale (cfr. Cass. II, 9-2-1995, Avanzini).

Invero, dopo che già nella sentenza 467/1992 il giudice delle leggi aveva escluso la rilevanza di una mera autoqualificazione, con la sentenza 195/1993 è tornata sull'argomento, osservando che il carattere religioso, ove non desumibile dal fatto che siano intercorse intese rientranti nell'ambito dell'art. 8 Cost., può essere ricavato da alcuni indici, costituiti da "riconoscimenti pubblici intervenuti, dallo statuto che ne esprime i caratteri, o comunque dalla comune considerazione".

Deve peraltro premettersi che il *carattere religioso o meno* postula pur sempre un riferimento al *fattore religioso*, il quale – in ossequio al principio di laicità dello Stato e di indifferenza verso le religioni – non può essere valutato solo in rapporto alla religione cattolica e ai suoi principi.

Ed invero il fattore religioso risulta percepito in modo mutevole in rapporto al tipo di cultura e di visione globale dei fenomeni: così esso può ricondursi ad un'esigenza profonda dell'uomo di confrontarsi con qualcosa di diverso dalla materia che vede e che tocca e nel contempo (quand'anche per negarla) con un'entità che può avvertire (o solo ipotizzare) dentro di sé o nella stessa materia ma che essenzialmente riconosce (o ipotizza) come non facilmente conoscibile: tale entità può poi assumere la configurazione dicotomica di Dio (unico o plurimo, distante o immanente) oppure costituire il fondamento della valorizzazione di sè che discende dalla scoperta della sua immanenza.

Non si tratta nel secondo caso di mero psicologismo psicanalitico, in quanto il fattore religioso opera non come mera conoscenza bensì appunto come valorizzazione e liberazione delle energie racchiuse nell'individuo, di quelle energie che costituiscono il dato realmente comune e armonizzante, solo in tal senso sovraindividuale.

Riguardato in negativo, il carattere religioso di una struttura, nella quale sia svolta attività ispirata da quel fattore, può dirsi rilevante come espressione di libertà, allorché non si dia forme e contenuti di per sé contrastanti con le norme dell'ordinamento.

Ma in positivo valgono a questo punto i criteri dettati dalla Corte Costituzionale.

Ed allora non par dubbio che nel caso di Ananda debba innanzi tutto considerarsi il suo provenire da quella che può certamente reputarsi una vera e propria chiesa, la Chiesa dell'Autorealizzazione del Sé - S.R.F.- ampiamente munita di riconoscimento all'estero, in specie negli Stati Uniti d'America.

È pur vero che Kriyananda, alias W JD, ne era stato estromesso e che aveva allora fondato fin dagli anni '60 il suo autonomo movimento.

Ma è un fatto che quel determinato presupposto spirituale ha scaturigini comuni e riconosciute.

D'altro la struttura creata dal W aveva avuto a sua volta dei riconoscimenti e specifica legittimazione in California (si rinvia alla documentazione prodotta dalla difesa).

L'essenziale differenza, come si evince anche dalla relazione del prof. Marco Pucciarini, consulente della difesa, è costituita dal fatto che la S.R.F. continua a muoversi in una prospettiva monastica mentre Ananda si esprime con modalità laiche al di fuori di un'esperienza strettamente monastica.

Deve aggiungersi che lo statuto di Ananda, come cristallizzato all'atto della costituzione di Ananda Europa, richiama direttamente l'ambito religioso e spirituale dell'associazione, attraverso il riferimento alla diffusione dei più alti principi di vita spirituale secondo gli insegnamenti fra l'altro di Gesù Cristo e di Paramhansa Yogananda.

Ed ancora va considerato come il messaggio spirituale di Ananda sia stato avvertito nel corso degli anni da moltitudini di persone, dislocate in ogni parte del mondo, tutte attratte proprio da quell'idea di vita spirituale e da quell'esigenza di ricerca di sé e del Dio in sé che costituisce la base religiosa di quel movimento.

Non è un caso che la struttura avesse e conservasse contatti con la propria consorella americana e nel contempo con numerosi soci, seppur non residenti, e potesse contare su di essi per azioni anche impegnative, quali ad esempio la costruzione del Tempio della Luce e varie raccolte di fondi.

Intorno ad Ananda in pratica viveva una comunità di persone animate da quell'idea, quand'anche non fisicamente presenti, esse guardando all'organizzazione come luogo e struttura di riferimento, a prescindere dal concomitante svolgimento di un'attività di tipo commerciale (si richiamano anche a questo riguardo i rilievi di Cass. 9-2-1995, Avanzini cit.).

Nello stesso senso va rimarcato che il W e gli altri Ministri cercavano di realizzare nuove strutture altrove e giravano il mondo alla ricerca di luoghi adatti alla divulgazione di quel messaggio, sempre comunque inquadrato in un sistema comunitario: ma in tale quadro si colloca anche la partecipazione degli stessi personaggi, e soprattutto del W, a convegni e incontri in Italia e all'estero.

Non si può a tale stregua muovere rilievi critici ai postulati di quel pensiero, anche se in una logica laica e raziocinante esso possa apparire legato ad una componente fideistica ed a profili di esoterismo, connessi al pensiero e alle qualità del "capo spirituale".

In particolare non possono destare pregiudiziale allarme quelle linee guida evocate in messaggi propagandistici, su cui invece si soffermano le informative di P.G. e l'ordinanza applicativa della custodia cautelare a suo tempo emessa: l'idea che "molte mani fanno miracoli" non è disgiunta da un'idea di fondo sul valore del servizio altruistico;

l'ulteriore riferimento all'autoguarigione spirituale o alle "vibrazioni che guariscono" non significa di per sé induzione di un pensiero avulso dal quadro complessivo di quell'impostazione di tipo religioso, giacché si risolve nell'indicazione di una via da percorrere, che presuppone un cammino verso obiettivi di salute psico-fisica insondati dai più e propiziati dalle pratiche di meditazione suggerite, a loro volta collocate sul piano della ricerca di Dio.

Del resto non può sfuggire su un piano ricostruttivo come a fronte di quanto osservato dai consulenti del P.M., i quali hanno evidentemente seguito una loro impostazione, prima culturale e sociologica che giuridica, vi sia chi, come i consulenti della difesa prof. Pucciarini e prof.ssa Maria Immacolata Macioti, ha autorevolmente e senza vistose smagliature logiche espresso giudizi del tutto difformi, pur muovendo dallo stesso dato di fatto, che evidentemente si presta ad interpretazioni ed a valutazioni eminentemente soggettive.

Si badi che ragionare diversamente, in assenza di dispercezioni della realtà, produttive di condotte intollerabilmente devianti da modelli di etica sociale o giuridica, significherebbe incamminarsi lungo un declivio pericoloso, destinato ad entrare in rotta di collisione con ogni postulato di tipo fideistico e con il riconoscimento dell'autorità di qualsivoglia autorità spirituale.

Palesemente inconferenti risultano infine gli attacchi personali portati dal DR alle qualità del W, fondate sulla sua condanna per abusi sessuali.

È agevole replicare che un pensiero e una comunità non possono dipendere da vizi privati di taluno, soprattutto quando questi non interferiscano direttamente con la sua operatività: e non par dubbio che Ananda non fosse affatto caratterizzata da pericoli di tal fatta, essendo essa invece caratterizzata in linea di principio da una pratica spirituale ispirata dal W e fatta propria dagli adepti.

7 - Tenendo ben presenti tali linee guida, può dunque procedersi all'analisi degli asseriti reati-fine, solo la cui concreta configurabilità potrebbe poi legittimare il processo di sussunzione dei fatti organizzativi nella fattispecie associativa.

Ordunque, il delitto di circonvenzione di incapaci postula che l'agente, per procurarsi un profitto, abusi di passioni, bisogni o inesperienza di una persona minore o in alternativa dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, così inducendola a compiere un atto che comporti un qualsiasi effetto giuridico dannoso.

Si è nel caso di specie prospettato che l'effetto dannoso e il correlato profitto sarebbero derivati dai vari donativi ottenuti e da prestazioni di lavoro praticamente non remunerate.

Suggestivamente si è anche sottolineato che alcune persone sareb-

bero risultate affette da disturbi di natura psichiatrica, tali da imporre il ricorso a cure specialistiche, e che alcuni soggetti sarebbero giunti all'estremo gesto del suicidio.

Ma questo genere di accuse appare radicalmente privo di fondamento.

Posto che non viene in considerazione alcun tipo di danno arrecato a persone minori, è d'uopo rilevare che in nessun caso è stato dimostrato che i ministri o i responsabili della comunità di Ananda, intesa in senso lato in modo da ricomprendere anche l'operatività della cooperativa, avessero ottenuto donativi abusando di condizioni di infermità o di deficienza psichica, cioè sfruttando le medesime e rivolgendole a proprio vantaggio: è bensì vero che contributi economici venivano richiesti, ma ciò avveniva anche per il tramite di lettere e bollettini inviati ai soci, dislocati in ogni parte del mondo e non direttamente sottoposti alla sfera di condizionamento di taluno; inoltre, in mancanza di prova specifica del contrario, può dirsi che venissero osservate linee operative di carattere generale, del tutto a prescindere dalle condizioni psichiche di questo o di quell'ospite o adepto.

Non è comunque dimostrato o dimostrabile che Ananda prendesse specificamente di mira soggetti psicolabili, per approfittare delle loro minorate difese e farsi elargire da essi denaro o donativi inusuali.

E men che mai potrebbe reggere sul piano logico l'affermazione che solo soggetti in stato di infermità o di deficienza psichica potessero accettare di effettuare donativi, volti ad assicurare l'esistenza e l'espansione della comunità.

Si consideri in proposito che anche l'eclatante contributo offerto per la realizzazione del Tempio della Luce e per la costruzione dell'edificio destinato a dimora di Kryananda proveniva da una miriade di soggetti, solo in parte fisicamente presenti presso la comunità italiana e in gran parte dislocati invece in America e in Europa, tutti seguaci di quel peculiare ideale di vita, solo vagheggiato o in certa misura sperimentato per periodi di varia durata.

Né sono emersi casi nei quali, diversamente da quanto ad esempio riscontrato in riferimento ad altre comunità spirituali, richieste di denaro fossero sinallagmaticamente e fraudolentemente correlate a prestazioni miracolose.

Analogo ragionamento va ripetuto per l'attività lavorativa prestata per un compenso irrisorio e talvolta perfino in concomitanza con il pagamento di una retta.

Anche in questo caso infatti le condizioni erano sostanzialmente identiche e fin dall'inizio rese note a tutti coloro che entravano in contatto con Ananda, frequentando i vari corsi come ospiti o restando in comunità come veri e propri adepti.

Del resto l'alloggio formava oggetto di una prestazione di tipo extra-alberghiero e lo svolgimento dell'attività lavorativa connotava la permanenza presso la struttura, quale manifestazione di quello spirito altruistico e di servizio che costituiva uno dei suoi principali postulati.

E' davvero arduo e manifestamente illogico opinare che solo soggetti in stato di minorazione psichica potessero accettare quel tipo di condizioni: ciò costituirebbe infatti un sovvertimento del ragionamento probatorio, mediato da un'inaccettabile semplificazione.

Del resto si è visto come gli stessi soggetti che hanno in varia guisa rivolto accuse ad Ananda siano risultati tutt'altro che psicolabili: alcuni di essi hanno anzi espressamente escluso di aver subito condizionamenti, mentre altri, compreso il DR, hanno mostrato di essere ben consapevoli delle condizioni di permanenza in comunità, battendosi in prosieguo per migliorarle, ed altri ancora hanno finito per rientrare in comunità, spinti da esperienze peggiori all'esterno.

E più in generale deve rimarcarsi come le varie dichiarazioni accusatorie risultino *in parte qua* inconferenti, nulla da esse potendosi desumere in ordine alla specifica qualità di quei soggetti che entravano in contatto con la comunità e men che mai in ordine all'eventuale mirata strategia di convincimento, diversa da quella insita nella stessa base spirituale della comunità, che i ministri o dirigenti avrebbero attuato nei confronti di persone c.d. "interessanti".

Volendo poi far specifico riferimento ai soggetti che nel corso degli anni hanno accusato problemi di ordine psicologico o psichiatrico, è d'uopo osservare come le condizioni loro riservate da Ananda non fossero in alcun modo dissimili da quelle stabilite per tutti gli altri: e comunque non consta che con specifica, callida azione i dirigenti di Ananda prendessero di mira proprio quei soggetti per trarne profitti indebiti, basati sull'abuso di particolari condizioni psichiche.

La verità è che la causa della prestazione era radicalmente diversa rispetto a qualunque ordinario rapporto di lavoro: non si trattava infatti di lavorare perché spinti dalla prospettiva della remunerazione ma di fornire un servizio all'interno della comunità, destinato ad inserirsi in un peculiare piano di vita, connotato da una predominante prospettiva spirituale in linea con determinate aspettative (a prescindere dal fatto che queste alla resa dei conti venissero o meno per intero soddisfatte).

Tale programma era condiviso da tutti coloro che accettavano di partecipare ai corsi o che, in un secondo momento, sceglievano di entrare a far parte più stabilmente della comunità.

È bensì vero che problematiche spirituali ed esigenze di ricerca di un diverso stile di vita sono maggiormente avvertite da chi si trovi a vivere una fase difficile o delicata.

D'altro canto si può ammettere, almeno per un momento, che una più

intensa spiritualità si correli ad una maggiore sensibilità individuale.

Ma ciò non corrisponde necessariamente ad uno stato di deficienza psichica, non potendosi comunque ritenere accertato o accertabile sulla scorta degli elementi lumeggiati che di un siffatto stato si fosse fatto abuso, così da ottenere ciò che sarebbe stato altrimenti impossibile o assai più difficile.

8 - Più delicato, contrariamente a quanto ipotizzato nelle ordinanze del tribunale del riesame, occupatesi della vicenda, è invece il tema della riduzione in schiavitù (del tutto infondato è peraltro l'assunto difensivo secondo cui l'esclusione del reato in sede di riesame dovrebbe incidere sulla validità della richiesta di rinvio a giudizio *in parte qua*, giacché l'art. 405 c.p.p. - con norma peraltro disarmonica - preclude l'esercizio dell'azione penale in assenza di *novum* quando la gravità indiziaria sia stata esclusa dalla Suprema Corte di Cassazione).

Orbene, premesso che la presente vicenda si colloca per gran parte in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. 228/2003 che ha riformulato l'art. 600 c.p., è d'uopo osservare come nella versione originaria tale norma contemplasse la condotta di chi riduca taluno in schiavitù o in condizione analoga alla schiavitù.

D'altro canto deve considerarsi come nel disegno originario del codice fosse ricompresa anche la controversa figura del plagio, delineata dall'art. 603 c.p. e incentrata sulla sottoposizione di una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione.

Ma la celebre e luminosa sentenza della Corte Costituzionale n. 96 del 1981 dichiarò l'illegittimità costituzionale di tale norma per indeterminatezza o – piuttosto – indeterminabilità del precetto.

Ed invero la cennata condotta presupponeva, esattamente come osservato dalla Corte Costituzionale, un indimostrabile e assolutamente indeterminabile dominio dell'altrui sfera psichica con soppressione del determinismo della vittima e sostituzione alla sua della volontà dell'agente.

La condotta dell'agente avrebbe dovuto esplicarsi sul piano psichico con modalità idonee a creare una situazione di dipendenza, restando peraltro del tutto indeterminato il livello occorrente per passare da un'asseritamente lecita persuasione ad una eventualmente illecita suggestione: apodittica risultava infatti l'affermazione che la persuasione costituisse per il soggetto passivo il risultato di una facoltà di scelta orientata dagli argomenti dell'agente e la suggestione il convincimento indotto in modo irresistibile, basato sull'approfittamento dell'altrui impossibilità di critica.

In ogni caso si sarebbe posto un problema di intensità dell'azione, a fronte del fatto che ciascun individuo è in certa misura suggestionabile, di qualità della medesima, a fronte dell'impossibilità di determinare con

precisione fino a che punto l'azione interferisca con una volontà convergente del soggetto passivo, di valutazione dei risultati, in relazione all'induzione di comportamenti devianti da modelli di etica sociale e giuridica.

Una volta estromesso dall'ordinamento un siffatto indeterminato parametro, si rafforzava la tesi di chi sosteneva per contro che la riduzione in schiavitù costituisse la manifestazione esteriore di un potere sulla persona, non necessariamente ancorato ad un modello normativo di riferimento e peraltro caratterizzato dalla possibilità di far uso della persona, di disporne e di trarne profitto.

Tale indirizzo, come è noto ha finito per prevalere, trovando espressione in un nota sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass. Sez. Un. 20-11-1996, Ceric), nella quale si è posto in luce come l'interpretazione della norma non potesse prescindere dalla nozione di schiavitù derivante dalla Convenzione di Ginevra del 25-9-1926, e come dunque tale nozione dovesse farsi coincidere con lo stato o con la condizione di un individuo sul quale si esercitino gli attributi del diritto di proprietà o alcuni di essi, evocando lo "stato" un'entità di contenuto giuridico e la "condizione" una situazione di fatto, corrispondente sul piano reale a quella che caratterizza il possesso.

D'altro canto le specificazioni ulteriori contemplate dalla convenzione supplementare di Ginevra del 7-11-1956, ratificata con L. 1034/1957, ben sarebbero potute inserirsi nel quadro delineato, anche in termini di assoggettamento di fatto di una persona alla signoria altrui.

Ciò significa che la riduzione in schiavitù sanzionata penalmente sarebbe potuta ravvisarsi in qualsivoglia condotta avente l'effetto di determinare una situazione di fatto di assoggettamento e asservimento, implicante l'esercizio sulla persona di una signoria altrui, destinata a manifestarsi all'esterno in termini di disponibilità incontrastata, cui sarebbe dovuto corrispondere sul piano passivo uno stato assimilabile a quello di una *res*, connotato non tanto dall'assenza di volontà e dalla sostituzione della volontà quanto piuttosto dalla costante e permanente impossibilità di affermazione di una diversa volontà.

Tutto ciò sarebbe dovuto peraltro valutarsi alla stregua di quanto osservato dalla Corte Costituzionale a proposito della non determinabilità di una sfera di suggestione illecita, distinta da una lecita persuasione, e dunque sulla base del riscontro fattuale dell'assoggettamento operativo della vittima, in relazione al quale la volontà di quest'ultima, convergente o meno, potesse comunque considerarsi irrilevante.

Lo schiavo infatti potrebbe accettare di essere considerato tale e di contenersi in modo conforme ai voleri del *dominus* ma non per questo cesserebbe di essere schiavo, esattamente come chi, ribelle nell'animo, attenda l'occasione propizia per sottrarsi al giogo, che debba per intanto subire.

La L. 228/2003 ha peraltro ridisegnato la fattispecie, in modo da far emergere i tratti della condotta illecita nella sua esplicazione concreta sulla vittima.

Oggi l'art. 600 c.p. si riferisce a chi esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero a chi riduce una persona in stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo, in base al secondo comma dell'art. 600, quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

A ben guardare occorre l'esercizio di un potere rispetto al quale il soggetto passivo si atteggi quale *res* ovvero l'induzione di uno stato di soggezione continuativa, non limitata a specifici frammenti di vita ma destinata a protrarsi per un tempo indeterminato sulla base di una peculiare situazione di fatto che ne costituisce la causa.

La soggezione inoltre deve tradursi nel costringimento ad attività lavorative o a prestazioni sessuali o ad altre prestazioni che comportino sfruttamento della persona, valutato in funzione del rispetto della dignità, del decoro e delle capacità operative dell'uomo.

Lo stato di soggezione coartante postula la violenza o la minaccia o l'inganno o l'abuso di autorità, cioè una specifica condotta diretta ad indurre l'asservimento, oppure una situazione di debolezza o mancanza morale o materiale, riconducibile alla "posizione di vulnerabilità" evocata dalla decisione quadro dell'Unione Europea del 19-7-2002, cui la L. 228 ha dato attuazione, della quale il soggetto si limita ad approfittare (Cass. III, 26-10-2006, Djordjevic e Cass. V, 15-12-2005, Lazri).

9 - Alla stregua di quanto fin qui rilevato non sembra che sussista né sia conseguibile la prova di fatti di riduzione in schiavitù da parte dei dirigenti di Ananda.

L'assunto accusatorio si fonda a ben guardare sulle conclusioni cui sono giunti i consulenti in ordine all'operatività del gruppo.

D'altro canto quei consulenti hanno riferito di basarsi sugli elementi acquisiti.

Ma in realtà nessuno dei due sembra aver utilizzato un corretto metodo, rilevante sotto il profilo probatorio-processuale, a prescindere da considerazioni di carattere sociologico-strutturale.

È d'uopo infatti richiamare quanto già rilevato a proposito del carattere confessionale-religioso dell'associazione, sia pur operante

in simbiosi con la cooperativa anche in funzione di un'attività di tipo commerciale.

Tale carattere non può che assumere valore predominante in relazione al tema del rispetto della persona e della sua libertà individuale.

Infatti, soprattutto quando vengono in considerazione istanze profonde, correlate a profili etici o religiosi o comunque ad un'idea specifica e soggettiva di benessere interiore, il valore della libertà è misurabile solo in funzione dell'interesse dell'individuo e di come lo stesso individuo lo avverta, non potendosi comprimere quelle istanze e ridurle a schemi predominanti, per lo meno fino a quando non si registri sul piano effettuale un rivolgimento della libertà verso comportamenti che risultino in radicale contrasto con altri valori riconosciuti o con la dignità della persona.

E d'altro canto la compressione della libertà non deve riflettersi in un indimostrabile possesso dell'altrui volontà e operare sul piano psichico, ma deve tradursi in un asservimento coartato, rispetto al quale sia inconferente l'atto di volizione e la qualità di quell'atto.

Ne consegue che ogni qual volta alla base della volontà vi sia la scelta, eminentemente soggettiva, di una scala di valori, sorretta da un'istanza profonda del tipo descritto, non è possibile soffermarsi sulla qualità di quella volontà in relazione ad una scala di valori diversa.

Ciò val quanto dire che il giudizio di riprovevolezza, consacrato nelle imputazioni incentrate sull'asserita riduzione in schiavitù, non può essere fondato su ciò che Ananda dice di essere e vuole essere e che dunque occorre sgomberare il campo da pregiudizi e da inferenze totalizzanti, argomentate sulla fragilissima base dei fondamenti religiosi-spirituali del gruppo (si ribadisce peraltro che tali fondamenti si prestano ad essere valutati in modo opposto anche in chiave sociologica e storica: di qui le valutazioni dei consulenti della difesa, cui deve aggiungersi, e la cosa appare di non poco momento, il giudizio espresso dal prof. Aldo Natale Terrin, sacerdote della Diocesi di Padova, che ha segnalato la riconducibilità degli insegnamenti di Swami Kryananda a dottrine orientali e posto in luce il senso ecumenico della sua comunità, in funzione della realizzazione di un'idea del bene e della solidarietà).

E non serve neppure, è d'uopo ribadire, soffermarsi sulla configurabilità o meno dei tratti distintivi di una setta, fermo restando, a questo riguardo, che il gruppo non mira a chiudersi in un'entità anche soggettivamente definita, ma risulta oggettivamente aperto all'ingresso di nuovi soggetti, così come è pronto ad accettare che alcuni si allontanino.

Occorre invece scendere sul terreno della prova del fatto concreto, cioè del modo di relazionarsi dei dirigenti di Ananda con tutti i soggetti che in varia guisa entravano in contatto con loro.

Ed è agevole a questo punto cogliere il non colmabile vuoto probatorio emergente dagli elementi a disposizione.

Tutti i soggetti di cui sono state riassunte le dichiarazioni hanno parlato di pressioni, di suggestioni e di sollecitazioni o di lavaggio del cervello.

Ma in concreto, quando si trattava di specificare in che cosa tutto ciò si fosse concretato, non sono emersi elementi di rilievo o, peggio, nella gran parte dei casi si è fatto riferimento a quanto appreso da terzi non identificati ovvero a quanto genericamente si sapeva che avvenisse.

Ed in realtà neppure i rilievi critici più severi risultano idonei a comprovare alcunché.

In linea di massima le forme di condizionamento cui si è fatto riferimento sarebbero consistite nell'abile creazione di una situazione di progressivo asservimento, in conseguenza del quale gli ospiti o gli adepti sarebbero stati indotti a fare donativi o ad accettare condizioni di lavoro innaturali e illogiche, dimostrative dell'abuso dell'autorità o di una sottostante situazione di debolezza o di bisogno.

In particolare si è sostenuto che da parte dei Ministri di Ananda si sarebbe cercato di acquisire informazioni sulle attitudini e sulle ricchezze dei vari soggetti e di indurre poi i più capaci e i più abbienti a restare, nella prospettiva di una progressiva elargizione di risorse, e si sarebbe cercato per il resto di sradicare le persone dall'ambiente di provenienza e di isolarle in modo da renderle disponibili ad accettare acriticamente, sulla base del previo "lavaggio del cervello", le condizioni imposte, anche con la prospettiva dell'espulsione dalla comunità evocata dal riferimento alla "mancanza di sintonia".

Ma in realtà i soggetti escussi non sono mai usciti dall'angusto ambito di mere valutazioni o di semplici percezioni o di affermazioni generiche, per lo più riferite a quanto accaduto a terzi non meglio identificati o a quanto loro riferito da terzi parimenti rimasti ignoti.

Ciò vale anche per le dichiarazioni del DR, il quale nell'evocare un processo di schiavizzazione non ha saputo far altro che riferirsi al preteso sfruttamento del lavoro a condizioni irrisorie, ma non ha poi convenientemente spiegato perché mai in quel mare di turpitudini egli avesse continuato ad operare per tanto tempo e anche dopo che a suo dire aveva aperto gli occhi, salvo aver preso a lavorare come agente-procacciatore per la cooperativa ed aver presentato alla fine la denuncia, dopo che erano insorte divergenze sulle sue spettanze.

A ben guardare non consta affatto che il DR fosse stato abilmente sradicato dal suo ambiente, risultando piuttosto che egli avesse scelto di trasferirsi presso la comunità in conseguenza di gravi problemi personali legati al rapporto con la moglie e con un socio.

E neppure può dirsi che alcuno lo avesse soggiogato al punto da costringerlo ad accettare quelle determinate condizioni di lavoro.

Egli a suo dire rimase deluso del fatto che non gli fosse stato con-

sentito di restare senza pagare una retta mensile o a condizioni diverse, ma ciò non significa affatto che quanto avvenuto in precedenza e – men che mai – quanto avvenuto di lì in poi fosse stato il risultato di una manovra avvolgente e callida, volta a soggiogarlo e ad asservirlo, posto che comunque egli aveva liberamente condiviso la filosofia di Ananda e le relative condizioni.

Per opinare diversamente bisognerebbe postulare che l'intera operatività di Ananda fosse radicalmente illecita, ciò che però deve escludersi per quanto fin qui osservato.

Analoghe osservazioni valgono per tutti gli altri testi.

In nessun caso è emerso infatti che i dirigenti di Ananda li avessero callidamente avvicinati e sradicati dall'ambiente di provenienza.

E nei casi in cui si è prospettato che ciò fosse talvolta avvenuto, non sono mai stati indicati i soggetti che sarebbero rimasti vittima di simili comportamenti, il che equivale a radicale mancanza di prova.

In pratica le accuse, come si evince dalle trancianti dichiarazioni di RJ, finiscono per fondarsi sull'assunto di una coartazione psicologica attuata con l'imposizione di determinate regole, la cui accettazione costituiva condizione per la permanenza nella struttura: tra tali regole sarebbe stata ricompresa la prestazione di lavoro alle condizioni richieste, a fronte di compensi irrisori.

E lo strumento utilizzato sarebbe stato quello di pretendere l'uniformità in nome della sintonia, secondo quanto fra l'altro riferito anche dalla teste B.

Ma in realtà deve rimarcarsi che l'intera impostazione accusatoria risente di una costante incertezza tra i profili della suggestione plagiante e quelli del soggiogamento schiavizzante, pretendendosi di desumere i secondi da impalpabili e indimostrabili assunti riconnessi ai primi.

Per contro è dirimente il fatto che la presenza in comunità fosse legata all'esigenza di soddisfare un interesse profondo di tipo interiore-religioso e che la libertà dei singoli ben potesse implicare anche l'accettazione complessiva di un peculiare stile di vita, nel quale la dignità della persona, chiamata a prestare la sua opera a fronte di modesti compensi, era assicurata da qualcosa di diverso, dall'idea stessa di esserci con la propria interiorità.

Né risulta concretamente apprezzabile, in tale quadro, la formulata ipotesi del lavaggio del cervello, evocante in realtà un'indimostrabile destrutturazione associata all'indeterminabile impossessamento dell'altrui sfera psichica, seconda la teorica del plagio.

Ciò spiega, ben al di là del paradosso del condizionamento di cui si è parimenti fatto cenno all'inizio, perché i molti testi escussi in sede di indagini difensive possano aver fornito di quella stessa realtà una descrizione del tutto diversa da quella offerta dalle persone sentite dalla

P.G., le quali - può pure ammettersi - non avevano più visto alla fine in Ananda, diversamente dagli altri, uno strumento di soddisfacimento di quelle istanze profonde: poiché peraltro non consta che le due categorie di soggetti fossero state trattate in modo sostanzialmente diverso, assumendosi anzi un'operatività sostanzialmente conforme, è d'uopo ribadire il carattere puramente soggettivo delle diverse asserzioni e l'impossibilità di attribuire alle stesse un qualsivoglia valore probatorio certo.

Di certo v'è che in Ananda giungevano ospiti attirati dalla possibilità di partecipare a corsi di vario genere, per i quali era previsto un costo e in relazione ai quali erano contemplate anche forme di servizio lavorativo nell'interesse della comunità.

Tali ospiti spesso, dopo una prima esperienza, tornavano più volte, per periodi più o meno lunghi, pienamente consapevoli delle condizioni di quella permanenza e nel contempo liberi di andarsene o di ritornare ancora.

Relativamente a costoro non è dato ravvisare in alcun modo i presupposti di un comportamento soggiogante, tale da ridurre quei soggetti alla condizione di una *res*, su cui esercitare in modo continuativo e del tutto a prescindere dalla volontà dei medesimi le facoltà tipiche del diritto di proprietà.

Peraltro gli stessi soggetti, una volta entrati in contatto con Ananda, potevano maturare il desiderio di entrare a farne parte.

Ciò dipendeva dal loro desiderio di protrarre quel tipo di esperienza spirituale che essi avvertivano come confacente alle proprie aspirazioni.

D'altro canto in quel momento essi sapevano che la permanenza avrebbe comportato anche la prestazione di attività lavorativa remunerata con compensi irrisori, in aggiunta al vitto (e talvolta all'alloggio).

Orbene, non vi è alcuna prova specifica di condotte tenute dai dirigenti di Ananda volte a condizionare la volontà degli adepti in modo da indurli dapprima ad entrare in comunità e da creare poi le condizioni di un continuativo asservimento.

Va infatti ancora una volta osservato che le basi spirituali-religiose e le altre condizioni erano fin dall'inizio chiare e che la partecipazione ad attività lavorative di vario genere costituiva una forma di compartecipazione alla vita di comunità accanto al contenuto spirituale di altri momenti.

Non solo non sono emersi specifici e comprovati episodi di callido allontanamento dall'ambiente di provenienza, ma risulta che in molti casi restavano anche soggetti non particolarmente abbienti, rispetto ai quali veniva pattuito uno scambio diretto tra lavoro da un lato e vitto e alloggio dall'altro (è ad es. il caso del N).

D'altro canto la prestazione di lavoro – per quanto detto più volte – costituiva non il risultato di un ordinario sinallagma ma si ricollegava

alla scelta precisa e consapevole di far parte della comunità, costituendo in tale prospettiva la rappresentazione dell'adesione ad un programma intriso anche di spiritualità, quella spiritualità che costituiva la base della scelta di vita operata.

Ma se ciò era chiaro fin dall'inizio, e non vi è prova che nella fase iniziale dell'appartenenza venissero tenute in danno dell'adepto condotte soggioganti, non può dirsi che il richiamo *in itinere* di una regola di base potesse costituire uno strumento illecito di sfruttamento, restando l'adepto sempre libero di andarsene senza costrizione alcuna.

Del resto l'esperienza delle riduzioni in schiavitù insegna che l'agente mira a conservare il rapporto e non minaccia la vittima con la prospettiva di liberarla dal giogo: e se invece volesse replicarsi che la permanenza costituiva in questo caso un'attrattiva, non potrebbe allora farsi a meno di osservare che essa sarebbe dovuta valutarsi sotto tutti i profili da essa implicati, non potendosene surrettiziamente disgiungere alcuni.

Costituisce invero non più che un mero psicologismo, dall'effetto indimostrato e indimostrabile, l'assunto che il richiamo rituale alla "sintonia" potesse costituire uno strumento per coartare e asservire le vittime, inducendole in modo continuativo ad accettare il proprio sfruttamento.

Si vuol dire cioè che lo svolgimento continuativo dell'attività lavorativa da parte degli adepti, seppur a condizioni economicamente incongrue, secondo l'ordinarietà di un normale rapporto di lavoro, costituiva il frutto di un'accettazione iniziale, non essendovi modo di dimostrare solo sulla base di assunti generici che taluno fosse stato effettivamente soggiogato dalla prospettiva dell'estromissione (il N il C hanno parlato di modi rudi talvolta usati dai dirigenti della cooperativa: ma al di là di profili certamente rilevanti sul piano civilistico, non può dirsi tuttavia che essi fossero stati asserviti con modalità inducenti continuativa soggezione, ché anzi il N ha avuto modo di entrare ed uscire dalla comunità più volte, sempre per sua libera scelta, mentre il C, come si è visto, percepiva somme non proprio irrisorie, seppur con modalità non pienamente rispettose di canoni di legalità lavoristica).

Si vuol dire inoltre che la schiavitù costituisce uno stato continuativo, rispetto al quale è irrilevante la volontà della vittima: nella specie invece non risulta in quali casi, a fronte di una libera scelta iniziale, si fosse manifestato l'asservimento originato da subdole pratiche psicologiche.

D'altro canto, anche volendo valutare le vicende alla stregua della formulazione sopravvenuta dell'art. 600 c.p., non è dato sapere se e in quali casi i dirigenti di Ananda avessero approfittato di una dipendenza coartante degli adepti, da cui sarebbe derivato lo sfruttamento della persona.

Nel caso specifico del DR è emerso solo che ad un certo punto gli

fu prospettato che in assenza del pagamento della retta egli avrebbe dovuto allontanarsi.

Ma ancora una volta è d'uopo ribadire che il predetto non si trovava in condizioni diverse da quelle che egli aveva all'inizio liberamente voluto e accettato, mentre semplicemente egli avrebbe aspirato a godere di condizioni migliori.

Inoltre nessuno gli avrebbe impedito di andarsene, senza sottostare ad alcun ulteriore condizionamento.

Correlativamente non consta affatto (nel suo e per vero negli altri casi) che i dirigenti di Ananda intendessero continuare a sfruttarlo ed avessero dunque creato artatamente condizioni per cui egli dovesse sottostare alle loro richieste: semplicemente risulta che egli se del caso avrebbe dovuto andarsene, il che avrebbe comportato per Ananda la rinuncia allo "schiavo".

È invece rilevante che il DR avesse ricontrattato alla fine le sue condizioni di permanenza, continuando ad operare per la struttura in forme diverse, si badi, in una prospettiva ormai sostanzialmente legata a profili meramente commerciali, propri della sola cooperativa.

Per contro s'appalesa ai fini in esame non significativo il profilo dell'elusione delle norme in materia fiscale, mentre, si ribadisce, assume rilievo meramente civilistico il tema delle pretese legate al rapporto di lavoro o parasubordinato in concreto costituito.

Più in generale la circostanza che fosse immanente alla vita in comunità la possibilità di una verifica della sintonia non implicava che i soggetti non aderissero al progetto e dunque non dimostra l'approfittamento di una condizione di debolezza o di bisogno.

Il rifiuto delle regole non avrebbe comportato che qualcuno le imponesse con la forza, salva l'eventualità della fuoriuscita dalla comunità, fermo restando che le regole costituiscono la base di qualunque vita comunitaria e che le stesse erano chiaramente indicate in un apposito regolamento che veniva reso noto fin dall'inizio.

La dipendenza non può farsi discendere automaticamente dal bisogno di spiritualità che nella gran parte dei casi era alla base della scelta degli adepti.

E se la ricerca era volta ad una prospettiva di miglioramento spirituale anche attraverso l'attività lavorativa, ciò non significa di per sé che fosse il risultato di uno sfruttamento propiziato dall'approfittamento di una condizione di vulnerabilità, men che mai in assenza dei necessari specifici riscontri *ad personam*.

Va ancora considerato – a scanso di equivoci – che la nozione di schiavitù sia nell'originaria che nella nuova formulazione postula lo sfruttamento operativo e dunque prescinde del tutto da profili diversi, riguardanti le regole della comunità diverse da quelle implicanti l'asser-

vimento del fare: in particolare è da ritenersi irrilevante il tema della libertà di critica, connesso a profili accessori della vita comunitaria, in quanto ben può figurare tra le regole di una associazione che le scelte del dirigente debbano essere attuate.

E comunque ciò non aveva a che fare con la disponibilità operativa della persona e con il suo sfruttamento.

Anche per questo il richiamo alla regola della sintonia finisce per risultare ambiguo e fuorviante, potendo influire su aspetti inconferenti rispetto a quello che qui interessa.

Men che mai potrebbe arguirsi alcunchè dal tema già affrontato delle donazioni.

Esse provenivano da adepti e da una miriade indistinta di soci, del tutto a prescindere da condotte di soggiogamento e asservimento.

10 - Si è però fatto leva sulla fragilità psicologica di molti e sui problemi psichiatrici di alcuni.

Ma anche in questo caso si tratta di tema ambiguo e fuorviante.

Una cosa è infatti rimarcare i potenziali pericoli rivenienti da una pratica meditativa troppo spinta e da una dieta non adeguata (come fa nella sua relazione la prof. Gatto Trocchi, contrastata peraltro dal prof. Pucciarini) e un'altra è correlare le problematiche psichiatriche di alcuni con l'approfittamento di condizioni di debolezza tali da propiziare l'assoggettamento coartante di quei soggetti.

Deve invero ribadirsi che alcuni adepti nel corso degli anni ebbero ad accusare disturbi psicologici o psichiatrici: in un caso (quello di D'AC, su cui è stato sentito dal G.I.C.O. della G.d.F. anche il dott. Cenci Ivano) è emerso che fu addirittura necessario il ricorso al trattamento sanitario obbligatorio.

Ma in realtà deve rimarcarsi innanzi tutto che non è stato possibile stabilire in alcun caso la diretta derivazione di quei disturbi dalla permanenza in Ananda (lo stesso dott. Cenci si è espresso in termini assai problematici e dubitativi).

Ed anzi gli stessi diretti interessati, allorché sono stati sentiti (cfr. dichiarazioni rese proprio da D'AC in sede di indagini difensive), hanno sostenuto, per vero a conferma di quanto asserito da taluno degli imputati, di aver sofferto di disturbi anche prima o a prescindere dalla permanenza in comunità, avendo semmai sottolineato come i membri dell'associazione avessero fatto loro del bene dal punto di vista spirituale ed umano.

E in secondo luogo – si direbbe soprattutto – è d'uopo rilevare che non sono state accertate condotte specifiche tenute nei confronti di soggetti in varia guisa risultati affetti da quel tipo di disturbi.

Deve cioè segnalarsi che le varie D'A, S, B, BC non sono risultate vittime di malizie speciali ovvero di forme di coartazione collegate al

loro stato: le predette ebbero a trascorrere vari periodi di permanenza presso la comunità di Ananda, durante i quali si dedicarono – come gli altri – all'attività spirituale e a quella lavorativa secondo le esigenze della comunità, venendo remunerate secondo gli stessi criteri.

Non può dunque dirsi che le stesse fossero state asservite e tenute sotto controllo perché più deboli e fragili, essendo al contrario state trattate alla stregua di tutti gli altri e non essendovi alcuna prova di qualcosa di diverso.

È bensì vero che la S, tornata a Roma, si suicidò.

Ma è vero anche che costei soffriva da sempre di disturbi (cfr. dich. IR in sede di indagini difensive) e che era di natura taciturna e riservata (cfr. dich. P in sede di indagini difensive): sta di fatto che la permanenza presso Ananda, peraltro intervallata da periodi trascorsi all'esterno, aveva semmai contribuito a migliorarne la condizione.

L'epilogo, probabilmente collegato ad un non corrisposto innamoramento e avvenuto a seguito di un suo ritorno a Roma, era stato preceduto da una sua richiesta di aiuto a Kirtani, aiuto che a quanto pare era stato offerto dalla predetta (cfr. dich. L in sede di indagini difensive).

D'altro canto non sembra trovare riscontro l'assunto accusatorio secondo cui Ananda si disinteressasse delle condizioni psicologiche degli adepti, essendo emerso che al bisogno interveniva personale esperto in grado di fornire consigli e che nei casi più gravi si segnalava l'opportunità di un rientro in famiglia (cfr. dich. MJ) o si faceva ricorso alle cure dei medici (come avvenuto proprio nel caso della D'A e nel caso di BC, tornata nel proprio paese, per curarsi al meglio, ma rimasta legata alla comunità anche in prosieguo di tempo: cfr. fra l'altro dich. B in sede di indagini difensive, nonché la dichiarazione di piena sintonia con Ananda trasmessa dalla stessa C in vista dell'udienza preliminare).

11 - In conclusione, anche volendo sovrapporre le normative succedutesi e ipotizzando una piena continuità normativa (che può certamente riconoscersi tra le condotte punibili in base alla normativa previgente e quelle punibili in base alla normativa attuale, essendo più problematico il percorso inverso), è d'uopo ritenere che Ananda fosse innanzi tutto una comunità di ispirazione e carattere spirituale-religioso, nella quale si svolgeva anche attività commerciale, e che peraltro la riduzione in schiavitù non possa desumersi dall'operatività generale della comunità e dai suoi presupposti ideologico-religiosi, quand'anche non condivisi o non condivisibili.

Inoltre è d'uopo rimarcare la base volontaristica dell'adesione, che implicava lo svolgimento di attività lavorativa a determinate condizioni.

Non risulta che il consenso iniziale fosse coartato o carpito e che nella fase della permanenza in Ananda gli adepti si trovassero in una situazione di asservimento, rispetto al quale fosse irrilevante la loro volontà.

D'altro canto non vi è prova di condotte attraverso le quali fossero state imposte condizioni di vita inaccettabili, implicanti continuativo controllo e sfruttamento della persona, al di fuori dell'accettazione dello schema di vita comunitaria, al quale si poteva comunque liberamente sfuggire.

Non può farsi leva su meri e astratti psicologismi per inferirne l'approfittamento di una condizione di inferiorità o di dipendenza degli adepti, in assenza di prova specifica di episodi di reale soggiogamento.

Non sono stati accertati se non limitati casi di disturbi psichiatrici, dai quali non può arguirsi un consapevole approfittamento a fini di sfruttamento personale, atteso il peculiare contesto della vita comunitaria, implicante di per sé alcune regole e tale da collocare il contributo lavorativo su un piano diverso da quello sinallagmatico ordinario.

Di certo può parlarsi di condizioni di lavoro non conformi - sul piano sia formale che sostanziale - a quelle che sarebbe stato in assoluto legittimo pretendere: ma ciò non può automaticamente rilevare sotto il profilo della configurabilità di un abuso di autorità o dell'approfittamento di una condizione di vulnerabilità, che peraltro non può assumersi come dolosamente indotta.

12 - A coronamento e a chiusura di tale analisi non può farsi a meno di appuntare l'attenzione su alcuni profili che afferiscono alla concreta attendibilità dei dichiaranti.

Così nel caso del DR costituisce dato comprovato in atti che egli avesse manifestato l'intento di danneggiare Ananda in tutti i modi ed avesse di seguito intrapreso la sua battaglia, fatta di telefax, di denunce, di segnalazioni, di denigrazione di soggetti (gran parte dei fax sono acquisiti agli atti e rivelano per davvero un pregiudiziale atteggiamento di animoso attacco, che finisce in certi casi per porsi in dissonanza perfino con chi, come il M.llo Nati della Stazione di CC di Nocera Umbra, aveva condotto le prime indagini) ma al tempo stesso di accurata tutela di altri, poi comparsi tra i dichiaranti a carico.

Si pensi in effetti al caso di VB, che almeno formalmente occupava un ruolo di vertice, tanto da essere stata in grado di propiziare l'ingresso di alcuni (cfr. dich. C) e che tuttavia il DR ha tenuto a distinguere dagli altri membri della dirigenza.

Invero VB figura tra coloro che, rispondendo a domande per vero talvolta suggestive, hanno espresso valutazioni non lusinghiere sul conto di Ananda.

Peraltro la teste L, sentita in sede di indagini difensive, ha reso dichiarazioni che tendono più in generale a lumeggiare una strategia ordita dal DR, fatta di intese con un gruppo di soggetti con i quali aveva migliori rapporti e che poi sono finiti tra coloro che sono stati escussi dalla P.G. e hanno reso le dichiarazioni di cui s'è detto.

Ciò vale certamente ad indebolire la capacità di resistenza delle versioni accusatorie, ben al di là dei vizi di fondo sui quali ci si è soffermati.

Non può inoltre non considerarsi la posizione di RJ, la quale per sua stessa ammissione non ha fatto stabilmente parte di Ananda ma l'ha invece frequentata in modo del tutto saltuario.

Sul punto tutti gli imputati si sono dichiarati sorpresi delle dichiarazioni da costei rese, ritenendola non in grado di formulare giudizi di quel tipo.

Ed invero l'assunto critico merita considerazione, risultando espressi giudizi che paiono dissonanti rispetto al margine di valutazione consentito dall'effettiva frequentazione, al di là di conoscenze spurie acquisite mediante contatti in Internet o attraverso informazioni fornite da terzi.

Nel caso di RN da rimarcarsi che non sono emersi in suo danno specifici episodi di soggiogamento e di costringimento (nonostante il tenore dell'imputazione), al di là di talune asprezze di comportamento attribuite ad alcuni personaggi.

Sta di fatto che, come già sottolineato, egli ebbe modo di ritornare più volte in Ananda, venendo ogni volta accolto senza aver necessità di pagare una retta in aggiunta allo scambio vitto e alloggio-lavoro.

Difficile apprezzare in casi del genere una condizione di continuativo assoggettamento, a fronte del predominante dato volontaristico.

Alla resa dei conti restano dunque gli aspri rilievi critici formulati dai consulenti e da alcuni soggetti escussi.

Di tali rilievi non può predicarsi la verità o la falsità, trattandosi di valutazioni eminentemente soggettive, correlate ad un'esperienza di vita.

Di certo v'è che essi non sono idonei a lumeggiare in termini fattuali condotte di rilievo penale addebitabili all'uno o all'altro degli imputati.

La conclusione da trarre è che non possono dirsi provate condotte di circonvenzione e neppure di riduzione in schiavitù, nei termini evocati nel capo di imputazione.

Ma a questo punto, essendosi escluso che possa attribuirsi rilievo alla generale operatività di Ananda, è d'uopo primariamente escludere che fosse stata creata una struttura associativa funzionale al compimento di quelle condotte illecite.

In altre parole deve radicalmente escludersi che intorno agli insegnamenti di Kryananda fosse venuto a costituirsi un sodalizio che dietro un'apparenza di religiosità e di spiritualità mirasse a conseguire profitti illeciti in danno di soggetti incapaci ovvero ad asservire un numero indeterminato di persone, ridotte in condizione di dipendenza.

Ed allora nei confronti degli imputati deve pronunciarsi sentenza

di non luogo a procedere in relazione alle imputazioni sub A) e B) con la più ampia formula.

13 - Si tratta infine di analizzare l'ultima imputazione, incentrata sui profili contabili-amministrativi.

Dall'informativa del Nucleo Provinciale di Polizia Tributaria della G.d.F. del 4-10-2005 e dalla relazione redatta dalla consulente del P.M. dott.ssa Clotilde Stornaiuolo, fondata su una complessa ricognizione del materiale documentale reperito e delle dichiarazioni rese da alcune persone informate dei fatti si evince in primo luogo che il sistema Ananda, pur articolato in tre entità formalmente distinte, era tuttavia riconducibile ad una strategia unitaria, desumibile dalla condivisione dei principi di vita spirituale, dal sistema di contabilità adottato, da una sostanziale uniformità delle disposizioni amministrativo-contabili, dalla reciprocità dei finanziamenti senza lucro (vi era cioè interscambio di risorse a seconda delle necessità con creazione di debiti o crediti rispettivi).

La strategia del gruppo era incentrata sullo svolgimento di attività spirituale, peraltro strutturata attraverso una sottesa attività imprenditoriale, mirante all'espansione del sistema e di quell'attività spirituale.

La comunità disponeva di entrate di diverso genere, qualificabili come istituzionali, in relazione allo svolgimento di attività culturale e alla connessa organizzazione di corsi e conferenze, nonché di entrate rivenienti dalla produzione e commercializzazione di articoli e dall'attività extralberghiera, cui si aggiungevano le entrate connesse al tesseramento dei soci e alle donazioni.

Nel piano dei conti le varie voci venivano individuate con una sigla, che ne distingueva la tipologia e la fonte.

Il gruppo si articolava formalmente in organismi di volontariato ai sensi della L. 266/1991, previa iscrizione nell'apposito registro, con possibilità dunque di fruire di agevolazioni fiscali.

Ma in realtà la compiuta analisi della dott.ssa Stornaiuolo e della G.d.F. ha consentito di rilevare che nessuna delle tre entità del gruppo avrebbe potuto effettivamente qualificarsi come organismo di volontariato.

Infatti si è potuto accertare che in violazione dei requisiti a tal fine previsti i volontari ricevevano un pur modesto compenso, sia pur camuffato come rimborso di spese in realtà non documentate, che l'attività non era rivolta a terzi rientranti in categorie svantaggiate ma agli stessi soci, semmai in una prospettiva mutualistica piuttosto che solidaristica, e che le entrate derivanti da attività di tipo commerciale non costituivano un profilo del tutto marginale.

In proposito deve infatti considerarsi quanto emerso dalle dichiarazioni di numerose persone informate sui fatti in ordine alla correspon-

sione ai volontari di £ 200.000 e poi di euro 130,00, a prescindere da una nota spese, e quanto risultato dalle annotazioni contabili in ordine alla voce "stipendi staff".

Va anche rilevato che in un documento all'uopo rinvenuto (allegato 5 dell'informativa della G.d.F. del 4-10-2005), costituente una sorta di regolamento interno, si segnalava che la somma erogata sarebbe dovuta presentarsi all'esterno come rimborso spese, essendo vietata per legge la corresponsione di un vero e proprio stipendio.

Ed ancora va osservato come le prestazioni erogate dall'associazione non potessero considerarsi gratuite, considerando che era stata istituita una tessera giornaliera di £ 5.000 e a partire dall'ottobre 2002 una tessera di euro 20,00 per la fruizione delle attività istituzionali.

D'altro canto, come osservato dalla dott.ssa Stornaiuolo, i soggetti che fruivano delle prestazioni erano in larga maggioranza persone che risultavano iscritte come soci per un breve periodo, periodo nel quale il socio risultava pernottare presso la struttura gestita dalla cooperativa.

Non è un caso che a partire dal settembre 2004 l'associazione avesse ottenuto l'iscrizione tra quelle di promozione sociale, ai sensi della L 383/2000, più aderente al tipo di operatività, in quanto compatibile con lo svolgimento di attività mutualistica e con l'utilizzazione di prestazioni di lavoro remunerato anche da parte di soci.

L'insieme di tali elementi induce a ritenere che il sistema Ananda non costituisse una serie di organismi di volontariato e che nella sostanza fosse dunque soggetta sotto il profilo fiscale e previdenziale al regime degli enti commerciali.

Deve a tale analisi aggiungersi il riscontro certo dell'esistenza di una cospicua contabilità in nero, gestita in modo coerente nel quadro dei diversi piani contabili del gruppo.

In proposito da numerose testimonianze e riscontri documentali è emersa l'esistenza di una cassa K, da intendersi come cassa delle entrate in nero, ulteriormente suddivisa nelle articolazioni per sigle corrispondenti alla tipologia delle entrate.

A detta della dott.ssa Stornaiuolo il senso di tale contabilità in nero era essenzialmente quello di consentire la movimentazione di entrate e uscite fuori bilancio, piuttosto che quello di assicurare una reale evasione fiscale.

Sta di fatto che tale congerie di elementi è stata posta a fondamento di una totalizzante imputazione di truffa in danno dello Stato, costruita attraverso il riscontro dell'iscrizione all'ARCI, della creazione della contabilità non ufficiale, dell'utilizzo di false ricevute per la contabilizzazione di entrate in nero, della retribuzione dei volontari, il tutto con proprio profitto e con corrispondente danno, rappresentato dalla fruizione di agevolazioni fiscali e dall'elusione delle contribuzioni previdenziali.

Senonché, va rimarcato che nel caso di specie sembra esulare l'elemento caratteristico della truffa, costituito da una relazione diretta, incentrata sull'artificio e sul raggiro, con un soggetto ben determinato, dalla cui induzione in errore discenda il danno economico per il soggetto passivo e il profitto per il reo.

La circostanza che da un assetto apparente possa discendere un determinato regime fiscale non implica che taluno sia stato indotto con frode ad un atto di disposizione patrimoniale, essa non influendo sulla doverosità a monte degli adempimenti fiscali ricollegabili alla situazione reale.

Né consta, a scanso di equivoci, che nel tempo fossero stati compiuti controlli o ispezioni che avessero avallato la spettanza di un regime favorevole fondato su quell'apparenza.

Sta di fatto che l'associazione Ananda, secondo il suo assetto di ente non commerciale, si era limitata a non presentare dichiarazioni a fini fiscali, mentre la cooperativa ne aveva presentate, indicando valori diversi da quelli reali, peraltro correlati essenzialmente all'occultamento della contabilità in nero (come accertato dalla dott.ssa Stornaiuolo): in ogni caso non era venuta in considerazione la richiesta di rimborsi o di altre erogazioni specifiche.

Deve in definitiva escludersi che Ananda avesse conseguito un profitto riveniente dal fatto che terzi specificamente individuati avessero compiuto sulla base di una falsa apparenza atti destinati a procurare al soggetto passivo un danno patrimoniale.

Piuttosto la situazione sarebbe dovuta valutarsi alla stregua delle norme che disciplinano le violazioni fiscali e previdenziali nonché, se del caso, alla stregua delle norme in tema di false comunicazioni sociali.

E' noto invero che la disciplina dettata dal D.l.vo 74/2000 delinea un sistema penale speciale o comunque assorbente, che copre gli aspetti rivenienti dall'evasione fiscale e prevale in caso di interferenza sull'ipotesi comune della truffa (cfr. Cass. III, 10-7-2007, Colombari in cui si parla di consunzione della truffa nella frode fiscale, nonché Cass. II, 5-6-2008, Puzella, Cass. II, 11-1-2007, Perrozzi e Cass. II, 29-1-2004, Grieco, che parlano di specialità).

Del resto è significativo che il reato fiscale possa concretarsi in condotte fraudolente da cui discendano induzione in errore e altrui danno, ma anche prescinderne del tutto; ed è parimenti significativo che l'art. 6 D.lvo 74 cit. escluda la punibilità delle ipotesi di cui agli artt. 2, 3 e 4 a titolo di tentativo.

In tale prospettiva appare un fuor d'opera ricercare gli estremi costitutivi del delitto di truffa nei casi di violazioni fiscali correlate alla presentazione di dichiarazioni infedeli o fraudolente o *a fortiori* nel caso di omessa presentazione di dichiarazioni.

D'altro canto va rimarcato che gli artt. 3, 4 e 5 D.lvo 74/2000 prevedono delle soglie di punibilità, variamente articolate: ciò non significa che residualmente torni ad operare il delitto di truffa, ma che - trattandosi di disciplina speciale o assorbente - al di sotto della soglia il fatto non è punibile.

Nel caso di specie con riguardo alla cooperativa le fattispecie penali tributarie sarebbero coperte dall'intervenuto condono fiscale (di cui si dette atto già in sede di riesame).

Rispetto all'associazione Ananda Assisi non risulta, stando all'accertamento tributario acquisito agli atti, che fossero superate per tributo le soglie di punibilità.

In ogni caso la commissione tributaria provinciale di Perugia ha annullato *in parte qua* l'avviso di accertamento, rilevando che esso era incongruamente fondato su entrate in nero, la cui riferibilità all'associazione non sarebbe potuta considerarsi provata.

Riguardato il caso sotto il profilo del falso in bilancio, su cui si è ampiamente soffermata la dott.ssa Stornaiuolo, secondo la quale in relazione alla cooperativa solo tale ipotesi sarebbe dovuta reputarsi configurabile, stante il primario perseguimento della finalità di gestire liquidità in nero, è d'uopo osservare in primo luogo come proprio il confronto tra la struttura della relativa fattispecie e quella della truffa consenta di escludere la configurabilità di quest'ultima nel caso di specie, in cui vengono semmai in considerazione comunicazioni al pubblico piuttosto che a soggetti specifici, indotti ad un atto di disposizione.

D'altro canto anche a voler per intero seguire le cadenze argomentative della dott.ssa Stornaiuolo, sarebbe d'uopo osservare che i fatti di false comunicazioni sociali integrerebbero la fattispecie di cui al vigente art. 2621 c.c. e integrerebbero delle contravvenzioni.

Poiché l'ultimo bilancio analizzato è quello approvato il 30-6-2003, deve ritenersi a tutto concedere decorso da allora il termine di prescrizione massima, pari ad anni quattro e mesi sei, secondo il più favorevole regime previgente, e quello di anni cinque correlato alla novella introdotta in materia di prescrizione dalla L. 251/2005.

Una puntuale analisi costituirebbe dunque un fuor d'opera, posto che comunque non sarebbe configurabile il delitto di truffa, il solo contestato, e che sullo sfondo non è utile la verifica di fattispecie alternative.

Sul versante delle violazioni previdenziali, è d'uopo osservare che le medesime potrebbero dar luogo a fattispecie del tutto diverse, incentrate sull'omessa denuncia o sull'omesso versamento di ritenute operate.

Al di là del decorso, almeno per gran parte, del termine di prescrizione, atteso che le fattispecie non hanno formato oggetto di specifica contestazione in questa sede, resta il fatto dell'ontologica difformità strutturale delle medesime, che non paiono riducibili ad una totalizzante

contestazione di truffa e che imporrebbero invece una puntuale verifica dei loro specifici tratti, estranea al presente *thema decidendum*.

Di qui l'unica possibile conclusione dell'insussistenza del delitto di truffa per come contestato ai prevenuti *(Omissis)*.

(1). Misticismo e schiavitù.

«The preacher kept right on saying
that all I had to do was to send 10 dollars
to the Church of The Sacred Bleeding Heart of Jesus,
located somewhere in Los Angeles, California
and next week they'd say my prayer on the radio,
and all my dreams would come true.
So I did, and next week
I got the prayer»
(Rolling Stones – *Faraway eyes*)

«C'erano momenti in cui Samson, ascoltando Ray, comprendeva il fascino di certe sètte: capiva perché la gente potesse decidere di rinunciare a tutto per abbracciare il credo di una figura carismatica, adattandosi a dormire nel retro dei furgoni, a vendere opuscoli agli angoli delle strade, a ballare al suono dei campanelli. A salmodiare inni con una fotografia del leader sempre in tasca, un uomo calvo con gli occhiali colorati e il braccio perennemente alzato sulle teste dei fedeli in un gesto di assoluzione, un uomo che si rivolgeva alle masse di seguaci con il microfono attaccato alle labbra, così che il riverbero del suono avrebbe esaltato il pathos dei discorsi. Samson aveva letto la descrizione di vicende del genere, storie accadute nella realtà»
(Nicole Krauss – *L'uomo sulla soglia*)

«C'è, anzitutto, la credenza nell'intuizione in opposizione alla conoscenza discorsiva e analitica: la credenza in un mondo di saggezza, improvvisa, penetrante, coercitiva, che è in contrasto con lo studio lento e fallibile dell'apparenza esterna, attraverso una scienza fondata interamente sui sensi. Quanti sono capaci di assorbirsi in una passione interna devono avere provato, in certi momenti, la strana sensazione di irrealtà degli oggetti comuni, la perdita di contatto delle cose quotidiane, in cui la solidità del mondo esterno è perduta e l'anima nella sua completa solitudine, sembra estrarre dal suo profondo la danza folle degli strani fantasmi che sono finora apparsi come reali e vivi in modo indipendente»
(Bertrand Russell – *Misticismo e logica*)

Nate nei gloriosi ’60, sulle ceneri reali delle cartoline-precetto per il Vietnam e sulle ceneri metaforiche della sinistra radicale statunitense, resistono imperterrite, trascorso mezzo secolo, le comunità religiose fondate sull’isolamento bucolico, i costumi francescani e la stolida letizia dei semplici adepti, la santa rassegnazione al lusso dei *leader*. Resistono, e ci propongono in forma di balocco le eterne movenze del dualismo potere-dabbenaggine. Mutano solo linguaggio e *media*, a pensarci. Nessuno pronuncia più la parola “*hippy*” [(1)] (semmai “*yuppy*”, che da *hippy* è derivata [(2)]) e solo i vecchi, sforzando la stanca memoria, sanno cosa vuol dire esattamente essere un figlio dei fiori: si parla invece di *new age*, e lo fa anche la nostra sentenza [(3)]. D’altra parte sono *out* non solo le *fanzine* specializzate in esercizi spirituali, ma anche i predicatori televisivi in chiaro: il Verbo preferisce viaggiare sul web e ne assimila il linguaggio. Stupisce dunque, e quasi commuove, registrare che la nostra Ananda, comunità assisana con radici californiane, si proponga uno scopo così soavemente *vintage* come la realizzazione del sé [(4)].

[(1)] Scritto anche *hippie*, è una modifica vezzeggiativa del termine *hipster*, che designa, già negli anni fra le due guerre mondiali, i bianchi che imitano lo slang, l’abbigliamento e l’atteggiamento dei neri delle periferie urbane. Cfr. Kerouac, *La beat generation*, 1957, trad.it. in *www.netkosmos.com* e Mailer, *The white negro*, in *Advertisement for Myself*, Haward University Press, 1959-1992, Il termine è piuttosto desueto, ma quel tipo di condotta imitativa è attualissima, tanto da indurre le multinazionali dell’abbigliamento a distribuire campioni gratis ai giovani neri delle periferie di grandi città, perché l’esito positivo della prova è garanzia di successo del prodotto. V. Klein, *Shock economy*, trad. it. Rizzoli, 2007.

[(2)] Secondo Gianoulis, *Yuppies*, in *St. James Encyclopedia of Pop Culture*, Gale Group, 2002, erano gli stessi *hippies* a trasformarsi in *Young Urban Professional*, dopo aver trovato un buon lavoro, un buon matrimonio e un paio di figli, a partire dal 1980.

[(3)] L’espressione, com’è noto, è entrata nell’uso comune in epoca successiva alla nascita del fenomeno sociale-religioso che qui è chiamata a designare.

[(4)] Non va dimenticato però che, se può apparire fuori moda la setta “classica”, vagamente ispirata all’induismo, popolata di capelloni imbranati, impreziosita da ragazze assetate di esperienze bizzarre, e così via enumerando luoghi comuni, nel bagaglio di referenze culturali di un’epoca che esalta le disuguaglianze e i baccanali di lusso restano attualissimi i *tantrika*, riflesso osceno dei *vaidika*, nobili antenati della trasgressione permanente, della violazione dei tabù e della soddisfazione immediata di ogni pulsione individuale, che “interpretano la logica spirituale del tardo capitalismo” (Urban, *Tantra: Sex, Secrecy, Politics and Power in the Study of Religion*, Berkeley, 2003, 22; v. anche King, *Orientalism and religion, postcolonial theory, India and “the mystic East”*, London, 1999, 118-140). Ovviamente questa allegra dottrina, opportunamente svaligiata dalla Madre India, presenta dietro le quinte il controaltare della sopraffazione, autorizzata dal carisma del capo, lato oscuro o incompiuto della moralità illuminista (cfr. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità*, trad. it., Laterza, 2003; tra le innumerevoli riflessioni su carisma e potere, ricordiamo quelle “senza tempo” di Pascal, *3 discorsi sulla condizione dei grandi*, trad. it. in *www.mariaritaromeo.it*).

I principali esponenti del *branch* assisano di Ananda subiscono a Perugia un processo che potremmo chiamare processo-pilota. Potremmo, se non ci urtasse il cinismo sotteso a una simile definizione: se il processo è un esperimento, gli imputati sono le cavie di laboratorio. Sta di fatto che a una comunità religiosa, per fatti anteriori all'entrata in vigore della legge 11 agosto 2003 n. 228 – ma in virtù di una sensibilità (bene o male) maturata per effetto dell'approvazione del primo protocollo alla Convenzione ONU di Palermo (12-15 dicembre 2000), al quale la legge del 2003 vuole ispirarsi – pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari applicano i rigori della norma che punisce la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), con l'ulteriore fardello del reato associativo e di reati-satellite, a partire dalla circonvenzione di incapaci. Fioccano ordinanze di custodia cautelare e la disavventura di Ananda produce un suono sinistro alle orecchie delle comunità religiose caratterizzate da connotati fortemente istituzionalizzanti.

Tuttavia, come si vede, il processo muore all'udienza preliminare, con una sentenza di pieno proscioglimento.

La sentenza del giudice dell'udienza preliminare presso il tribunale di Perugia traccia la storia del movimento. Risparmio al lettore un indegno riassunto di quella storia e mi fermo a pedestri chiose: il grande James Donald W fonda una chiesa scismatica, costola di una confessione religiosa e quindi, si direbbe, confessione religiosa essa stessa. In un quadro normativo retto dai pilastri della libertà religiosa e dell'uguaglianza fra le religioni – ora, per effetto delle pronunce della Corte costituzionale [(5)] e del recente intervento del legislatore [(6)], anche agli effetti della tutela penale

---

[(5)] Sent. n. 329 del 10 novembre 1997 sull'art. 404 c.p.; sent. n. 508 del 20 novembre 2000 sull'art. 402 c.p. (dichiarato costituzionalmente illegittimo *in toto*); sent. n. 327 del 9 luglio 2002 sull'art. 405 c.p.; sent. n. 168 del 29 aprile 2005 sull'art. 403 c.p. Nell'ultima, pubblicata fra l'altro in *Indice pen.,* 2005, 1111, con nota di Pascarelli*, Una nuova affermazione del principio di laicità o non-confessionalità dello Stato*, sono ricordate le ulteriori pronunce che hanno fissato il principio di laicità o non-confessionalità dello Stato. Con queste pronunce la Corte ha operato, secondo l'espressione usata da Dolcini-Marinucci, *Commentario al codice penale*, Milano, 2006, 2956, un "livellamento verso il basso" fra le confessioni religiose, eliminando il surplus sanzionatorio che differenziava le condotte offensive aventi come bersaglio la Chiesa o la religione cattolica rispetto alle offese rivolte ad altre fedi o comunità religiose. Un "livellamento verso l'alto" si è, all'opposto, prodotto per effetto della sent. n. 440 del 18 ottobre 1995 sulla bestemmia (art. 724 c.p.). Sugli orientamenti della Consulta in materia si vedano, *funditus*: Colaianni, *Poteri pubblici e laicità delle istituzioni: i giudic*i, in *Questioni giust.,* 2008, 34-36; De Gregorio, *Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone: la Consulta conferma le sue scelte,* in *Dir. pen. proc.,* 2005, 1531; Di Salvatore, Il *sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost*, 2000, 4419 ss.

[(6)] In realtà, la piena parità fra il cattolicesimo e le altre chiese era stata già realizzata dalla Corte costituzionale: la tutela riservata alla sola religione cattolica dall'art. 402 c.p. è venuta integralmente meno con la sent. n. 508 del 20 novembre

dalle offese – il carisma del Padre Fondatore e dei sacerdoti-amministratori, l'incondizionata adesione dei meri adepti ai dogmi e ai precetti, lo sconclusionato rigore di quei dogmi e di quei precetti, l'ampia propensione degli adepti al sacrificio di sé e dei propri beni e l'altrettanto ampia propensione del Padre Fondatore e dei sacerdoti-amministratori ad accettare di buon grado siffatto sacrificio e a goderne i frutti – insomma, tutti gli ingredienti classici di una setta composta da un equilibrato mix di creduloni e profittatori – sono difficilmente maneggiabili a fini di giustificazione dello stigma penale, perché, secondo un'analisi condotta con metro razionale e oggettivo – l'unica concessa al penalista – quegli stessi ingredienti possono ritrovarsi, mutato il mutabile, anche nelle confessioni religiose "vere", vale a dire nelle grandi religioni monoteiste.

Non sembri irriguardoso, ma dogmi e precetti contro natura, donazioni miliardarie, sacrifici e penitenze per i fedeli, privilegi e prebende per il clero non sono estranei alla religione che s'insegna nelle scuole pubbliche. È la fede, e non la ragione, a porre su piani diversi l'uomo nato da vergine e resuscitato dopo tre giorni di seppellimento dagli extraterrestri di Scientology. E se la fede può smuovere le montagne, non può sostenere la motivazione di una sentenza [7].

È nella perfetta consapevolezza di questa trappola logica che il tribunale di Perugia evita il facile percorso che condurrebbe a una condanna fondata sulla "credulità" dei seguaci di Mr. W, sulla poca plausibilità della loro fede, sulle ricadute economiche dei dogmi e delle gerarchie della loro Chiesa. In

---

2000; quella di cui all'art. 724 c.p. (fattispecie ora depenalizzata) è stata, al contrario, estesa ai culti acattolici, con sent. n. 440 del 18 ottobre 1995; le differenze di pena originariamente previste dagli articoli 403, 404 e 405 c.p. sono state eliminate mediante un livellamento verso il basso, con sent. n. 329 del 10 novembre 1997, n. 327 del 9 luglio 2002 e n. 168 del 29 aprile 2005. V. anche, a commento di quest'ultima sentenza e, più in generale, degli orientamenti della Consulta in materia, Pascarelli, *Una nuova affermazione del principio di laicità o non-confessionalità dello Stato*, in *Ind. pen.*, 2005, 1111; De Gregorio, *Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone: la Consulta conferma le sue scelte*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1531. Con riguardo ai delitti di cui al capo I del titolo IV del codice penale, la l. 24 febbraio 2006 n. 85 ha ridotto drasticamente le pene, ha sostituito all'espressione "culti ammessi" l'espressione "confessioni religiose", ha ridisegnato le fattispecie di cui agli artt. 404 e 405 e ha eliminato l'art. 406, divenuto superfluo.

[7] Non sottoscriverebbero certo questa affermazione i cattolici che postulano la coincidenza di fede e ragione, o meglio la coincidenza dei loro risultati cognitivi. Obbligatoria, in proposito, la citazione del celebre e sfortunato "discorso di Ratisbona" (Ratzinger, *Fede, ragione e università. Ricordi e riflessioni*. In *Viaggio apostolico di Sua Santità Benedetto XVI a München, Altötting e Regensburg. Incontro con i rappresentanti della Scienza. Aula Magna dell'Università di Regensburg, Martedì 12 settembre 2006*, in *www.vatican.va).* Nello stesso senso, ma più divertente e decisamente più apprezzabile sul piano letterario, Chesterton, *Ortodossia*, 1908, la più recente trad. it. è stata pubblicata da Morcelliana, 2008.

altre parole, evita di confondere la sottomissione come sintomo di fede (dirà il credente) o di credulità (dirà il non credente) dalla sottomissione come sintomo di schiavitù.

L'assoluzione, peraltro, non riposa su altrettanto facili considerazioni di tipo sociologico, tali da confinare l'ambito applicativo dell'art. 600 c.p. ai territori classici del *trafficking* a fini di sfruttamento lavorativo e sessuale. Difficile negare che proprio quelli fossero i *target* del legislatore – non solo quello del 2003, ma anche quello del 1930, che disegnò le originarie fattispecie di cui agli articoli 600, 601 e 602 – ma è pur vero che c'è distanza fra la coscienza dei fenomeni sociali dei quali una norma incriminatrice si nutre ordinariamente e la chiusura verso ambiti applicativi periferici ma rispondenti, al pari dei "centrali", all'ipotesi legale e alle esigenze ad essa sottese [8]. Schiavitù e servitù non sono patrimonio del crimine organizzato, e in effetti ben possono concorrere col reato associativo, se del caso: è senza dubbio concepibile una schiavitù di carattere "privato", formata e vissuta all'interno di una comunità ristretta, chiusa al mercato dei consumatori

---

[8] La teoria ermeneutica vede nella precomprensione del fenomeno sociale un momento essenziale dell'interpretazione, collocato in una fase che precede logicamente l'esame del dato concreto e il giudizio sull'applicabilità a quest'ultimo della previsione normativa. V. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. di BARATTA e GIUFFRIDA RAPACI, Milano, 1970, 92 ss.; ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. di PATTI e ZACCARIA, Napoli, 1983, *passim*; VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 2002, 187 ss. I rischi del sempre più frequente ricorso alla teoria ermeneutica in ambito penale risiedono da un lato nel tentare di applicare ad ogni costo una fattispecie incriminatrice a fenomeni concretamente divergenti dall'ipotesi (un esempio può essere l'applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 270 *bis* c.p. a network terroristici composti da singoli che intraprendono azioni squisitamente individuali nutrendosi di materiale ideologico e propagandistico condiviso, teorizzata, in tempi di allarme islamico, da SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, 3366), dall'altro a misconoscere l'applicabilità della norma fuori dai suoi più comuni ambiti di operatività (in effetti i reati di riduzione in schiavitù sembrano vittima di questa pregiudiziale culturale, che talvolta si trasforma in una pregiudiziale etnica: la norma si applica correntemente a soggetti provenienti da determinate aree geografiche, meno a situazioni nostrane di sfruttamento sessuale e lavorativo. Trib. Nuoro, 20 gennaio 1994, Aprile, in *Riv. giur. sarda*, 1995, 178, è pervenuto all'assoluzione di imputati che, avendo prelevato una ragazza tunisina dalla famiglia d'origine per farne la loro domestica, l'avevano – secondo quanto si legge nella ricostruzione del fatto – costantemente sottoposta a ogni genere di vessazione (gravi limitazioni alla libertà di movimento, privazione di ogni occasione di socializzazione e di qualsiasi contatto con la famiglia, ricorso a una serie continua e abituale di atti lesivi della sua integrità fisica e morale, della sua libertà e del suo decoro, impressionante sequenza di atti di disprezzo, di umiliazione e di asservimento), ripetutamente picchiata e costantemente lasciata scalza e indecorosamente vestita.

della merce umana [9], anche se l'applicazione delle norme in parola a simili situazioni è "effetto collaterale" di una strategia punitiva elaborata in vista di altri obiettivi.

Su questo terreno, peraltro, definire i limiti di applicabilità della fattispecie in argomento è operazione estremamente delicata, una volta respinta l'ulteriore scorciatoia logica che vede nel carattere non "assoluto" e "totale" della soggezione, o nelle manifestazioni esteriori di consenso dell'interessato al proprio assoggettamento, un elemento di valutazione pregiudizialmente dirimente, tale da escludere la sussistenza del reato [10].

---

[9] Nulla sembra escludere che il fenomeno possa prodursi perfino all'interno di una famiglia nucleare. La Giurisprudenza di legittimità, salvo poche eccezioni (da ultimo Cass., sez. VI, 12 dicembre 2006, n. 1090, Lakatos, in *CED Cass.,* n. 235816, che ritiene applicabile l'art. 600 c.p. in ambito familiare anche se in alternativa all'art. 572 c.p. e non in concorso con detta norma), guarda però con avversione alle applicazioni dell'art. 600 c.p. in ambito familiare, a partire da Cass., sez. V, 1° luglio 2002, DimitriJevic Dragojub, *ivi*, n. 222621. Peraltro la massima della sentenza distingue la "sottoposizione a vessazioni in ambito familiare", che di per sé non integra il reato, e "l'esercizio del diritto di proprietà": dunque, ancora una volta, non sembra coerente alla nozione di "servitù" introdotta dalla legge 11 agosto 2003 n. 228. Tuttavia l'orientamento è stato implacabilmente ribadito anche dopo la novella del 2003 da Cass., sez. V, 17 settembre 2008, n. 44516, V., in *CED Cass.*, n. 242208, preoccupante pronuncia che rispolvera la nozione di soggezione "completa" per escludere l'applicabilità dell'art. 600 c.p. agli sfruttatori di bambini costretti alla mendicità, riservando loro le più lievi sanzioni previste dall'art. 572 c.p. (sempre che si tratti, sembra di capire, di padri o madri di quei bambini). Questa pronuncia si pone in contrasto perfino con la giurisprudenza più risalente sui c.d. "bambini argati" (si trattava di minori provenienti dalla Macedonia, ceduti dai loro genitori a nomadi slavi, che li sottoponevano a percosse e a digiuni forzati in caso di insuccesso). Si veda, per l'intero corso del processo: Ass. Milano, 27 ottobre, 1986, Ahmet Iskender, in *Ind. pen*., 1987, 113 ss.; Ass. Milano, 18 maggio 1988, Salihi Andrija, in *Foro it.,* 1989, pt. II, 121 ss.; Cass., sez. V, 7 dicembre 1989, Iret Elamr, *ivi,* 1990, 369 ss.; Cass., sez. V, 9 febbraio 1990, Seyfula, cit., 1203. In dottrina cfr. SPAGNOLO, *Schiavitù,* cit., 636 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, 1995, Padova, 335 ss. SOLA, *Il delitto di "riduzione in schiavitù": un caso di applicazione*, in *Foro it*., 1989, II, 121 ss.; M.P., *I bambini argati e la riduzione in schiavitù,* in *Ind. pen*., 1987, 113 ss.) e segna quindi un sorprendente ritorno al passato.

[10] In effetti la giurisprudenza ha rinunciato da tempo a seguire un criterio così meccanico e così lontano dal concreto atteggiarsi dello *status* degli sfruttati. V. in proposito Cass., sez. V, 18 dicembre 2000, Gjini, in *CED Cass.,* n. 217846, nella quale il S.C. osserva che spazi di momentanea libertà concessi alla persona offesa e perfino momenti conviviali tra persona offesa e soggetto attivo non solo non escludono l'assoggettamento, ma possono rivelarsi funzionali alla sua piena attuazione, consentendo di "meglio piegare la resistenza della vittima". L'orientamento è stato costantemente ribadito dalle successive pronunce del S.C., da ultimo con Cass., sez. V, ord., 18 novembre 2010, n. 2775, Sali, *ivi,* n. 249257, con richiami ai precedenti. La soggezione "completa" era ricercata (di solito vanamente) dalla giurisprudenza più antica, in una con la (altrettanto sfuggente) condizione di "reificazione" o "ri-

In sintesi, possono individuarsi all'interno della motivazione della sentenza, massime esplicite o implicite tese a "scartare", come non decisive ai fini del giudizio, alcune connotazioni della fattispecie concreta che ne segnano la peculiarità rispetto all'ordinaria casistica della riduzione in schiavitù:

- la soggezione non deve rappresentare necessariamente il risultato di una condotta violenta o di sfruttamento di una condizione di bisogno, ma può essere ottenuta anche *cum fraude*, o con tecniche di *brainwashing* o manipolazione del consenso [(11)];

- la riduzione in schiavitù non è necessariamente patrimonio del crimine organizzato, né si identifica nel *trafficking* a fini sessuali o lavorativi, ma può ravvisarsi anche in comunità di ridotte dimensioni e con modalità di sfruttamento strettamente "private" (tali, cioè, da non offrire la vittima a un mercato di consumatori o utilizzatori finali della prestazione);

- se questa è la modalità con la quale si assume che il soggetto attivo abbia realizzato il proprio scopo, allora può configurarsi il reato di cui all'art. 600 c.p. anche laddove si registrino manifestazioni di consenso della persona offesa alla propria condizione;

- l'assoggettamento non può aprioristicamente desumersi dagli elementi di irrazionalità insiti nella condizione dell'adepto di una confessione religiosa, condizione alla quale non sono estranei momenti di volontario assoggettamento alla gerarchia e comportamenti anti-economici quali la donazione di beni o il lavoro volontario al servizio della comunità;

---

duzione a cosa" della vittima. Così Cass., sez. III, 19 maggio 1998, Matarazzo, in *CED Cass.*, n. 211543; Cass., sez. III, 7 settembre 1999, Catalini, *ivi*, n. 214517; l'ultima manifestazione di questo indirizzo si rinviene in Cass., sez. I, 11 dicembre 2002, Ugbo, *ivi*, n. 223026. Peraltro il requisito di "completezza" della soggezione era legato alla nozione di schiavitù e non è quindi riferibile anche alla nozione di servitù introdotta con la novella del 2003 (in questo senso i lavori preparatori: v. in part. gli interventi del rappresentante del Governo, Camera dei deputati, sed. 18 settembre 2001, n. 1584, e dell'on. Finocchiaro alla Commissione II, Giustizia, seduta del 10 ottobre 2001). È pur vero, d'altra parte, che l'inutile ricerca di una mancanza "assoluta" di libertà, intesa in senso squisitamente materiale, dovrebbe essere sostituita dalla ricerca di un altro criterio che separi, con soddisfacente determinatezza, il reato che attinge l'intera sfera della personalità individuale (come tale collocato alla prima sezione del capo III e come tale punito con pena di particolare severità) e i "comuni" reati contro la libertà. È dubbio che sia sufficiente, a tal fine, il mero riferimento al connotato temporale esplicitamente incluso dal legislatore del 2003 nella nozione di servitù (non in quella di schiavitù), vale a dire il carattere "continuativo" dell'asservimento.

[(11)] Già in una delle prime applicazioni della legge 11 agosto 2003, n. 228, la Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. III, 20 dicembre 2004, Galiceanu, in *Guida dir.*, 2005, n. 9, 93 con nota di Amato) rileva che la fattispecie "richiede una condotta del soggetto attivo qualificata da minaccia, violenza, inganno, abuso di autorità, o approfittamento di situazioni di inferiorità o di necessità", così affermando che può ricorrere anche una sola delle indicate connotazioni.

- condizioni di particolare fragilità psicologica di singoli adepti della comunità non implicano necessariamente l'uso di tecniche illecite di manipolazione del consenso.

Fra queste massime, la prima è direttamente desumibile dalla lettera dell'art. 600 nella formulazione conseguente alla novella del 2003, ma è ritenuta applicabile anche a fatti commessi prima della riforma, in virtù di un'interpretazione conforme agli arresti della Giurisprudenza di legittimità. Il tribunale rileva, d'altronde, che fra le due versioni della fattispecie incriminatrice si configura non solo un rapporto di continuità normativa [(12)] ma anche, almeno per quanto interessa il caso concreto, una sostanziale identità di ambiti applicativi.

La strada che conduce all'assoluzione di tutti gli imputati per insussistenza del fatto-reato passa invece per un'analisi del movimento fondato da Mr. W e delle condizioni individuali degli adepti della comunità assisana.

Quanto al primo punto, il tribunale si spende in un'articolata argomentazione volta a qualificare Ananda come una vera e propria confessione religiosa. Qui la motivazione è convincente quanto alla dimostrazione del fatto, ma lo è meno quanto alla valenza dimostrativa del fatto medesimo. Come si è già osservato, il tribunale non esclude *a priori* che il fenomeno della riduzione in schiavitù possa darsi all'interno di una confessione religiosa. Il ragionamento è più sottile: quel che si intende sostenere è che le condotte in precedenza qualificate come anti-economiche – il sacrificio di sé, l'offerta alla comunità di beni materiali ed energie lavorative senza adeguata contropartita – non possono essere lette come l'evidente risultato di un *brainwashing* o comunque di un consapevole raggiro, laddove spiegabili come autentica manifestazione di afflato religioso. È centrale, in proposito, l'affermazione, riferita alle prestazioni lavorative ma estensibile anche alle donazioni, secondo la quale *la causa della prestazione era radicalmente diversa rispetto a qualunque ordinario rapporto di lavoro: non si trattava infatti di lavorare perché spinti dalla prospettiva della remunerazione ma di fornire un servizio all'interno della comunità, destinato ad inserirsi in un peculiare piano di vita, connotato da una predominante prospettiva spirituale in linea con determinate aspettative (a prescindere dal fatto che queste alla resa dei conti venissero o meno per intero soddisfatte)*.

Quel che non convince nel ragionamento è la sua applicazione alle prestazioni in favore di Ananda in virtù della qualificazione del movimento come confessione religiosa, perché un simile passaggio logico si presta a un'indebita generalizzazione, rivelandosi applicabile a tutte le prestazioni – di dare o di fare – offerte disinteressatamente dall'adepto a qualsiasi confessione religiosa. A *tutte* le prestazioni, *comunque ottenute*. Il riconoscimento internazionale è senz'altro un importante elemento indiziario dal quale inferire la serietà di propositi del movimento nel suo complesso, ma

---

[(12)] Conf. Cass., sez. VI, 23 novembre 2004 , Tahiri, in *CED Cass.*, n. 230777.

non vale a persuadere che condotte illecite di *singoli* membri del "clero" verso *singoli* adepti non siano state attuate in *singole* articolazioni della comunità.

Le grandi religioni, cattolicesimo compreso, non appaiono immuni da fenomeni settari, anche se talune analisi (fra le quali quella condotta in un recente lavoro da don Antonio Buonaiuto [13], consulente del pubblico ministero in questo processo, tendono a trascurarli, e nulla autorizza l'interprete a trascurare fenomeni riconducibili alle previsioni dell'art. 600 c.p. sol perché consumati al riparo dell'ombrello di una religione "riconosciuta".

In altri termini, se è corretto avvertire che la generosa e "irragionevole" dedizione dei discepoli non può essere assunta come prova regina della circonvenzione – eventualmente strumentale alla riduzione in schiavitù – perché per tal modo si pratica un inaccettabile trasferimento di parametri di mera razionalità a condotte ispirate dal sentimento religioso, non sembra utile accertare che la comunità alla quale quei discepoli consegnano se stessi e i propri beni sia una confessione religiosa "riconosciuta": condotte illecite di assoggettamento possono allignare anche in una confessione religiosa e, al contrario, il rispettabile, francescano denudarsi del mistico può attuarsi anche al di fuori di un'*ecclesia* stabile, radicata e "riconosciuta".

Peraltro l'argomento che qui si contesta non è l'argomento decisivo, poiché la motivazione della sentenza è ben lungi dall'esaurirsi nel conferimento della patente di confessione religiosa alla comunità Ananda. Il tribunale non si sottrae a un esame specifico dei fatti concreti e, attraverso un'analisi rigorosa delle singole fonti di prova, giunge a negare che in concreto siano ravvisabili quelli che considera connotati essenziali della fattispecie astratta [14]: la violenza o l'inganno influenti sull'adesione iniziale alla comunità, limitazioni alla libertà di recesso e allontanamento, condizioni di vita e lavoro qualificabili come asservimento: *Non risulta che il consenso iniziale fosse coartato o carpito e che nella fase della permanenza in Ananda gli adepti si trovassero in una situazione di asservimento, rispetto al quale fosse irrilevante la loro volontà. D'altro canto non vi è prova di condotte attraverso le quali fossero state imposte condizioni di vita inaccettabili, implicanti continuativo controllo e sfruttamento della persona, al di fuori dell'accettazione dello schema di vita comunitaria, al quale si poteva comunque liberamente sfuggire*.

Esclusa una situazione di generalizzato asservimento, il tribunale comprende che il nodo più spinoso riguarda la situazione di soggetti dalla personalità particolarmente debole e influenzabile. Qui, però, il percorso che conduce all'assoluzione è reso agevole dalle carenze del quadro probatorio evidenziate dalla narrativa della motivazione. Si comprende che le

---

[13] Buonaiuto, *La trappola delle sette*, Sempre comunicazione, 2011.

[14] Proprio perché la seconda parte del percorso dell'argomentazione appare convincente, la prima parte è da ritenersi superflua.

indagini non sono state facili. Di fatto colpisce che i testi d'accusa offrano un quadro tanto variegato – e, quindi, tanto poco coerente e intelligibile – del trattamento offerto, o subìto, all'interno della comunità: qualcuno ha versato denaro, qualcun altro ha lavorato gratis, altri sono stati pagati, chi più chi meno. E del resto – osserva sensatamente il tribunale – il peculiare contesto della vita comunitaria è *tale da collocare il contributo lavorativo su un piano diverso da quello sinallagmatico ordinario*. Non tutti, poi, hanno da lamentarsi. Le tecniche di *brainwashing* e, in generale, i meccanismi di coercizione psicologica utilizzati dai soggetti concretamente collocati in posizione apicale nei confronti degli adepti "comuni" sembrano ridursi a una *moral suasion* basata sull'esaltazione del legame fra gli adepti (la "sintonia", dalla quale non è bene restare fuori). Qua e là si apprende che, di fatto, qualcuno se ne è andato via con le sue gambe, senza che nessuno l'abbia trattenuto.

Quanto alle consulenze, sembrano pregevoli *excursūs* sul mondo delle sètte, ma i riferimenti ad Ananda e al signor W restano sganciati da idonei richiami alle fonti che giustificano le sintesi descrittive e le valutazioni. Insomma, non si sa (o non si sa sempre) fino a che punto le conclusioni dei consulenti siano ancorate alle risultanze delle indagini e quanto invece pascolino, liberi dalle pastoie della prova, nelle praterie dell'analisi sociologica.

È poi facile per il tribunale liberarsi di una petizione di principio palesemente inaccettabile, che assuma attendibili le sole dichiarazioni ostili ad Ananda, e che al contrario rinvenga pregiudizialmente nelle testimonianze "amiche" il frutto di un irredimibile condizionamento mentale. Potrebbe essere così, dice in sostanza il tribunale, ma il condizionamento dovrebbe essere dimostrato per altra via, non già postulato per il contenuto stesso della deposizione.

Insomma, se si trattava di misurare l'adattabilità della fattispecie astratta di cui all'art. 600 c.p. (nell'attuale e nella precedente versione) a situazioni di asservimento generate in una comunità religiosa, forse il caso di Ananda non ha offerto l'occasione giusta. Non con il quadro probatorio descritto in motivazione, per lo meno. Come si è visto, la sentenza del GUP presso il tribunale di Perugia non sembra escludere in radice che in quel genere di situazioni il reato sia configurabile. Da questo punto di vista, introduce un elemento di ambiguità argomentativa la digressione volta a dimostrare che Ananda sia qualificabile come confessione religiosa.

Anche se, come si è visto, non è questo il punto essenziale ai fini del giudizio, non v'è dubbio che quella digressione manifesti una sorta di scetticismo di fondo, rispetto all'invasione dei territori del credo religioso "organizzato" e "riconosciuto" da parte delle irriguardose truppe del processo penale. Può essere uno scetticismo giustificato. Ma se è vero che le sètte sono un problema; se è vero che anzi esse sono un dramma, almeno nella percezione dei tanti che dalla forza misteriosa di una setta si sono visti strappare via una persona cara; se è vero che anche le religioni "riconosciute" conoscono fenomeni settari; e se è vero, infine, che fattispecie quali la violenza privata

(610 c.p.) o la circonvenzione di persona incapace (623 c.p.) sembrano poco adattabili alle tecniche di persuasione messe in campo dalle sètte e ai risultati di quelle tecniche; allora resta il dubbio che una peculiare forma di asservimento della persona si sottragga definitivamente alla repressione penale. Forse va bene così, forse l'opzione settaria merita un posto nel salotto buono delle idee che si confrontano fra loro, può essere inserita negli scaffali delle scelte di vita legittime, a disposizione di chiunque abbia raggiunto la maggiore età. Forse possiamo salutare allegramente chi sta per fare quella scelta, possiamo lasciarlo andare senza timori, affidandolo con serenità al suo nuovo mondo. In fondo, in una setta si entra liberamente e chi non si sente tranquillo le può sempre voltare le spalle.

Però, se si tratta di andarsene, forse è meglio farlo prima di varcare la soglia, o nel giro di pochi minuti.

ALESSANDRO G. CANNEVALE

TRIBUNALE DI PERUGIA – 23 aprile 2011 - *Est.* MICHELI - F. C.

Reati in materia di circolazione stradale – Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti – Alterazione da stupefacenti – Accertamento – Modalità – Esame tecnico – Necessità – Conseguenze – Sentenza di non doversi procedere *ex* art. 129 c.p.p. – Revoca del sequestro preventivo (cod. strada, art. 187, commi 1, 2, 2-bis).

La condotta sanzionata dall'art. 187, commi primo e secondo, cod. strada, è costituita dal fatto di porsi alla guida di un veicolo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, effetto che deve essere sussistente ed attuale e che non può essere accertato attraverso il riscontro della presenza nelle urine di metaboliti della sostanza stupefacente, che è atta a provare solo una pregressa relativamente recente assunzione, non costituendo presunzione, né relativa né tanto meno assoluta, della attuale sussistenza – al momento della guida – dello stato di alterazione (1).

(*Omissis*). Il Procuratore della Repubblica in sede esercitava l'azione penale nei confronti dell'imputato indicato in epigrafe con richiesta di decreto penale di condanna, contestandogli il reato di cui all'art. 187 C.d.S.

Dalla lettura degli atti, emerge che il 7 ottobre 2008 il prevenuto fu controllato poco dopo le 21:00 da una pattuglia della Stazione Carabinieri di Scanzano mentre era alla guida della propria autovettura, ed a causa di alcuni dati sintomatici (secondo i verbalizzanti, l'avere egli pupille dilatate ed eccessiva loquacità) venne sottoposto a perquisizione personale e veicolare volta alla ricerca di stupefacenti, con esito negativo. Quindi, con il consenso del C., i militari lo accompagnavano presso il Pronto Soccorso dell'Ospedale di Foligno per un esame delle urine, onde verificare se egli avesse assunto stupefacenti: effettuata l'analisi, con il relativo referto che risultava consegnato agli operanti alle 22:57, ne emergeva la positività alla cocaina.

Ne derivava la denuncia del predetto per il reato sopra ricordato, nonché il sequestro preventivo dell'autovettura (in quanto suscettibile di confisca obbligatoria per effetto delle innovazioni introdotte con il c.d. "pacchetto sicurezza" del 2008, già in vigore all'epoca del fatto). L'auto era poi, mantenuto il vincolo reale, affidata in custodia allo stesso C. (*Omissis*).

Dal referto di analisi in atti risulta infatti che il C. non risultò positivo alla cocaina, bensì ai metaboliti di quella sostanza stupefacente, *ergo* venne fotografato un processo di eliminazione già in atto di scorie di una assunzione pregressa; e lo stesso referto indica che il *cut off* (vale a dire la soglia al di sotto della quale, pure in presenza del metabolita, sarebbe stata esclusa la positività) era da intendersi pari a 0,3 microgrammi per millilitro di benzoilecgonina, senza tuttavia precisare di quanto quella soglia - certamente valicata, visto il risultato positivo - fosse stata superata nel caso concreto.

In altre parole, viene descritta la metodica utilizzata per l'analisi, e specificato che la positività deriva da un riscontro di presenza di benzoilecgonina solo se superiore a 0,3 microgr. per ml., ma non è dato sapere il *quantum* reale del suddetto metabolita, presente nelle urine del C. In base a dati obiettivi di conoscenza tecnica del giudicante, desunti dalla trattazione di altri processi (per fatti analoghi e non), la metodologia è quella comunemente adottata, di natura immunochimica: la sigla EMIT che si legge nel referto sta per *Enzyme Multiplied-Immunoassay Technique*, e descrive un processo di reazione immunologica fra un antigene e un anticorpo, con la formazione di un immunocomplesso la cui presenza è rivelata da un enzima (non da un tracciante radioattivo, come in altre metodiche). Si tratta però di una tecnica da utilizzare per *test* iniziali, di natura meramente qualitativa e che richiedono una validazione successiva sul piano quantitativo, mediante gas-cromatografia e/o spettrometria di massa.

La specificazione di un *cut off* a 0,3 microgrammi per millilitro per i metaboliti della cocaina corrisponde agli *standards* comunemente adottati (che in genere si indicano in 300 nanogrammi per ml., ma è la stessa cosa in quanto un nanogrammo corrisponde a un millesimo di microgrammo), tuttavia - si ribadisce - la semplice indicazione di una positività senza ulteriori dati quantitativi, impossibili da ricavare con un *test* iniziale, non offre se non risultati bisognevoli di conferma.

L'emivita di una sostanza, vale a dire il tempo necessario affinché la

sua concentrazione massima in un organo o in un liquido biologico si riduca della metà, e che indica il punto di partenza per calcolare fino a quando - in ragione di progressivi e ulteriori dimezzamenti - se ne può trovare traccia nel corpo umano, è infatti ben diversa se si ha riguardo alla sostanza come tale o ad un suo metabolita (per ovvie e intuitive ragioni, risultando il secondo da una sintesi della prima): sempre in ragione dei dati scientifici noti a chi scrive per conoscenze di tossicologia forense desunte da altri processi, l'emivita della cocaina è di sole 6 ore, per cui dopo il picco iniziale potrebbe riscontrarsene la presenza non oltre un giorno dopo l'assunzione, salvi i casi di intossicazione cronica, ma quella della benzoilecgonina è di almeno il doppio, e se ne può trovare traccia anche fino al quarto giorno successivo all'uso della droga.

L'osservazione appena esposta, per inciso, coincide con le allegazioni della difesa, che fa presente come versione offerta dal C. quella di avere sì ammesso l'assunzione di cocaina, ma due giorni prima del controllo; ed è anche in linea con i risultati delle analisi successivamente effettuate dall'imputato, su sua iniziativa: il 13 ottobre, vale a dire sei giorni dopo il fatto (otto dopo l'assunzione, prestando fede all'ipotesi di un consumo di droga risalente a 48 ore prima), nelle urine del prevenuto non vi era traccia di cocaina o di benzoilecgonina.

In tale contesto, per osservazione empirica di comune esperienza si deve ragionevolmente escludere che una persona rimanga in stato di alterazione da cocaina a distanza di due o addirittura quattro giorni da quando l'abbia assunta, sì da pregiudicare una normale condotta di guida. E va considerato che la recente giurisprudenza di legittimità, andando anche oltre i contributi dei giudici di merito segnalati nelle memorie difensive, insegna che "la condotta tipica del reato previsto dall'art. 187 Cod. della Strada non è quella di chi guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, bensì quella di colui che guida in stato d'alterazione psico-fisica determinato da tale assunzione. Perché possa dunque affermarsi la responsabilità dell'agente non è sufficiente provare che, precedentemente al momento in cui lo stesso si è posto alla guida, egli abbia assunto stupefacenti, ma altresì che egli guidava in stato d'alterazione causato da tale assunzione"; perciò, "mentre per affermare la sussistenza della guida in stato di ebbrezza alcolica è sufficiente che vi sia una prova sintomatica dell'ebbrezza o che il conducente del veicolo abbia superato uno dei tassi alcolemici indicati nel comma 2° dell'art. 186 C.d.S., per affermare la sussistenza della contravvenzione di cui all'art. 187 C.d.S. è necessario vi sia un accertamento tecnico-biologico, attraverso cui provare la situazione di alterazione psico-fisica" (Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2010, n. 7270).

Accertamento che nel caso di specie, per le ragioni sopra evidenziate ed anche in virtù delle considerazioni che seguono, fu soltanto parziale.

Infatti, all'epoca del fatto qui contestato l'art. 187 co. 3 del Codice della Strada prevedeva che la Polizia Giudiziaria, ricorrendo "ragionevole motivo" di ritenere che il conducente di un veicolo si trovasse sotto l'effetto

di stupefacenti, potesse accompagnarlo (fra le varie alternative) "presso le strutture sanitarie pubbliche o presso quelle accreditate o comunque a tali fini equiparate, per il prelievo di campioni di liquidi biologici ai fini dell'effettuazione degli esami necessari ad accertare la presenza di sostanze stupefacenti o psicotrope e per la relativa visita medica". Due erano pertanto gli adempimenti richiesti dalla legge per addivenire alla rituale contestazione del reato in esame, una volta che l'interessato fosse stato condotto in Ospedale: occorreva un esame per verificare la presenza di droga nei liquidi biologici (e qui venne fatto), ed occorreva altresì una visita medica (che qui non risulta).

Visita medica che, si badi, nulla aveva a che vedere con quella disposta all'esito dell'intero *iter* su iniziativa del Prefetto (ai sensi del co. 6 dello stesso art. 187), onde valutare su un piano più generale se quel soggetto godesse dei requisiti fisici e psichici per mantenere la titolarità di una patente di guida.

In vero, pure a seguito della novella n. 120/2010 che non prevede più la visita medica contemplata al co. 3, avendo peraltro introdotto la possibilità di prelievi di campioni di mucosa del cavo orale a cura della P.G., quella ordinata dal Prefetto è ancora contemplata dal co. 6 nel testo risultante dalle modifiche. La visita conseguente agli accertamenti strumentali costituiva dunque la fonte privilegiata per poter intendere accertato in capo al soggetto lo stato di alterazione da stupefacenti, non potendosi delegare compiti di natura strettamente tecnica a chi avesse controllato su strada il conducente del veicolo (peraltro, nel caso in esame, a parte la vaghezza della riferita loquacità del C., è ben difficile che alle 21:00 di un giorno autunnale i verbalizzanti furono in condizioni di compiere una affidabile constatazione di quanto le sue pupille fossero dilatate).

Con la conseguenza ulteriore che il superamento del *cut off* quanto alla presenza del metabolita della cocaina nelle urine era atto a provare soltanto una assunzione in epoca relativamente recente di sostanza a concreta efficacia drogante, ma non costituiva presunzione (né relativa, tanto meno assoluta) di una immanente alterazione.

Ne deriva l'obbligo di pronunciare sentenza *ex* art. 129 c.p.p., con la formula di cui al dispositivo; le conclusioni cui è doveroso pervenire comportano altresì la revoca del sequestro preventivo ancora in atto (*Omissis*).

(1) Guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e accertamento dello stato di alterazione psico-fisica.

Il principio di diritto asserito nella pronuncia *de qua* discende dalla constatazione, rispondente ad una evidenza scientifica non arbitraria, che, a differenza dell'alcool, che si disperde abbastanza rapidamente, la presenza del principio attivo stupefacente persiste nell'organismo dell'assuntore per un certo arco temporale, della durata anche di diversi giorni, dopo l'assun-

zione della sostanza, per cui il trovare nei liquidi organici tracce di tale sostanza non costituisce prova certa dello stato di alterazione al momento della guida, situazione che, per essere punibile, deve presentare il carattere della attualità.

La decisione in commento si pone nel solco del consolidato orientamento della Suprema Corte, la quale è costante nel ritenere che «*La condotta tipica del reato previsto dall'art. 187, commi primo e secondo, cod. strada non è quella di chi guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, bensì quella di colui che guida in stato d'alterazione psico-fisica determinato da tale assunzione. Perché possa dunque affermarsi la responsabilità dell'agente non è sufficiente provare che, precedentemente al momento in cui lo stesso si è posto alla guida, egli abbia assunto stupefacenti, ma altresì che egli guidava in stato d'alterazione causato da tale assunzione*» (Cass., sez. IV, 8 luglio 2008, p.m. in proc. Gagliano, in *CED Cass.,* n. 241901). Negli stessi termini, più di recente, anche Cass., sez. IV, 11 giugno 2009, p.m. in proc. Giardini, in *CED Cass.*, n. 245535. Con la decisione in parola la Corte di legittimità rileva che il reato di cui all'art. 187 cod. strada «*è integrato dalla condotta di guida in stato d'alterazione psico-fisica determinato dall'assunzione di sostanze stupefacenti e non già dalla condotta di guida tenuta dopo l'assunzione di dette sostanze, sicché, ai fini del giudizio di responsabilità, è necessario provare non solo la precedente assunzione di sostanze stupefacenti ma che l'agente abbia guidato in stato di alterazione causato da tale assunzione*». Il Supremo Consesso ritiene altresì che «*Ai fini della configurabilità del reato di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, è necessario che lo stato di alterazione del conducente dell'auto venga accertato attraverso un esame tecnico su campioni di liquidi biologici, trattandosi di verifica che richiede conoscenze di tipo tecnico-specialistico per l'individuazione e la quantificazione della sostanza*» (Cass., sez. IV, 2 marzo 2010, Tavano, in *CED Cass.*, n. 246540; nello stesso senso Cass., sez. IV, 21 settembre 2007, De Rosa, in *CED Cass.*, n. 237778). Si esclude pertanto che lo stato di alterazione richiesto dalla norma *de qua* possa essere desunto da elementi sintomatici esterni (pupille dilatate, eccessiva loquacità, stato di eccitazione, delirio, barcollamento, ecc.) e che l'accertamento di tale stato possa essere effettuato sulla base di semplici osservazioni empiriche (Cass., sez. IV, 28 aprile 2006, Verdi, in *Guida dir.*, 2006, n. 33, 76; Cass., sez. IV, 1 marzo 2006, Petillo, *ivi*, 2006, n. 21, 58; Cass., sez. IV, 24 ottobre 2005, Coppo, *ivi*, 2006, n. 25, 78; Cass., sez. IV, 7 ottobre 2004, Melani, in *Riv. pen.,* 2006, 96). L'accertamento dello stato di alterazione per uso di sostanze stupefacenti diverge pertanto sensibilmente da quello relativo allo stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, posto che «*per la sussistenza del reato di guida in stato di ebbrezza alcolica è sufficiente la prova sintomatica dell'ebbrezza o che il conducente abbia superato uno dei tassi alcolemici indicati nel comma secondo dell'art. 186 cod. strada*» (Cass., sez. IV, 11 giugno 2009, p.m. in proc. Giardini, cit.).

Muovendo dall'assunto che, a differenza dello stato di ebbrezza, quello

di alterazione da sostanze stupefacenti non può essere accertato se non attraverso prelievi organici, in letteratura si rileva che, nell'ipotesi in cui il conducente rifiuti di sottoporsi al prelievo, la fattispecie applicabile è solo quella di cui all'art. 187, comma 8, cod. strada, e non anche quella della guida in stato di alterazione, posto che tale rifiuto non consente di disporre del supporto clinico necessario all'accertamento dello stato di alterazione al momento della guida (BELLAGAMBA-CARITI, *Il nuovo codice della strada*, Milano, 2010, 562).

SIMONE SERIO

G.U.P. Tribunale di Perugia – 8 ottobre 2010 – *Est*. MICHELI – F.

Ambiente – Edilizia Urbanistica – Violazione paesaggistico ambientale – Nuova opera sostitutiva di quella precedente condonata – Inesistenza del reato per esclusione dalla previsione normativa.

Quando non vi è la realizzazione di volumi ulteriori, né modifiche strutturali dell'edificio, ma la nuova opera si presenta come mero abbellimento di quella precedente, già condonata e rispetto alla quale l'eventuale reato presupposto è già prescritto, si deve ritenere che tal intervento fuoriesca dalla rilevanza penale e dalla violazione paesaggistico-ambientale perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, anche indipendentemente dal rilascio del nulla-osta ambientale (1).

(*Omissis*). Gli odierni imputati sono stati tratti a giudizio a seguito di decreto di citazione diretta emesso dal P.M. in sede in data 18 gennaio 2008. La competenza di questa A.G., tenendo conto che la presunta violazione paesaggistico-ambientale si assume realizzata in quel di Ostia, deriva dalla qualità di magistrato onorario rivestita da F., esercente tali funzioni nel distretto di Roma.

Subentrato questo Giudice nella trattazione del processo, dopo provvedimenti di sospensione disposti ai sensi della legge n. 125/2008, venivano rinnovate le istanze istruttorie: le parti dichiaravano comunque di prestare assenso all'utilizzabilità delle prove già raccolte dinanzi al precedente assegnatario. All'esito del rinvio alla data odierna, si prendeva atto della maturata prescrizione, anche tenendo conto della ricordata

sospensione; l'imputato F. rendeva comunque dichiarazioni spontanee, con la difesa che sollecitava assoluzione nel merito piuttosto che la mera declaratoria della sopravvenuta estinzione del reato.

Questo Giudice ritiene in effetti che la condotta in rubrica non abbia penale rilevanza.

Dalle risultanze dell'istruttoria dibattimentale compiuta dinanzi a questo Ufficio (nella persona di altro magistrato, e tenendo conto dell'assenso prestato dalle parti per la mancata necessità di rinnovazione delle testimonianze) emerge infatti con chiarezza che il manufatto di cui si discute consiste in una veranda di legno, realizzato su un terrazzo dell'appartamento di proprietà dei fratelli F.G. e F. R., da loro acquistato *iure hereditatis*: veranda che è pacifico venne posta in opera tra la fine del 2004 ed il febbraio 2005, ma che non costituiva un intervento edilizio *ex novo*, bensì la risistemazione ed il rifacimento di una precedente struttura.

Già dalla deposizione di B. M. A., abitante al piano soprastante all'epoca dei fatti ed autrice del primo esposto, si evince che sin dalla metà degli anni '80 esisteva una copertura in quello stesso terrazzo, che la teste medesima – sicuramente non in buoni rapporti con la famiglia degli imputati, per questioni di vicinato che si comprendono dal tenore delle sue dichiarazioni – ebbe a definire sempre con il termine "veranda"; in ogni caso, si trattava di una struttura in ferro con copertura in canne o qualcosa di simile, il cui ingombro era analogo a quella di cui si discute (in atti si rinvengono copie di foto riproducenti il pregresso stato dei luoghi, allegate ad una memoria difensiva depositata per l'udienza del 16 ottobre 2008). La B., come emerge dalle dichiarazioni del Vigile Urbano T. M., aveva peraltro avanzato doglianze già in ordine al primo manufatto, tanto da richiedere a volte l'intervento della Polizia Municipale: manufatto, in ogni caso, oggetto di ipotesi di reato certamente prescritte da tempo (e semmai ascrivibili alla madre, dante causa dei due prevenuti) nonché condonato nel 1999, come parimenti riferito dal T.

Sempre il teste T. ha precisato che la pratica di condono già definita – in vero non è ben chiaro se il condono vi fu mai, visto che F. G. sostenne di non avere onorato in prima battuta (per momentanee difficoltà) quanto gli era stato rappresentato di dover pagare, dopo il decesso della madre occorso nel 1998, a titolo di oblazione – si riferiva ad una veranda chiusa, che invece non fu mai realizzata in tal guisa: né quella in tubolari di ferro e cannucce, né quella attuale hanno infatti mai avuto aspetto e consistenza di volumi finiti, essendo pur sempre tettoie aperte.

L'assunto del F., che rese dichiarazioni spontanee già dinanzi al primo giudicante, ed espose i medesimi argomenti anche nella richiamata memoria, è che a suggerirgli di rifare in legno la veranda oggetto del capo d'imputazione fu in sostanza lo stesso amministratore del condominio, per ottenere un risultato più decoroso e di abbellimento dell'edificio, oltre

a meglio perseguire esigenze igieniche e di sicurezza: egli ebbe poi ad attivarsi presso il Comune di Roma al fine di regolarizzare l'intervento, dimostrando anche l'avvenuto pagamento di una somma a titolo di danno ambientale una volta venuto a conoscenza dell'esistenza di un presunto vincolo sulla zona, per poi sollecitare formalmente il rilascio di un certificato di compatibilità ambientale. Certificato che però non risulta mai emesso, a causa della gran mole di pratiche pendenti presso l'amministrazione della Capitale.

Tanto premesso, appare evidente e ragionevole ritenere che il difetto di qualsivoglia impatto ambientale sia *in re ipsa*. Senza la realizzazione di volumi ulteriori di sorta, né modifiche strutturali dell'edificio, la nuova veranda fu soltanto un abbellimento di quella precedente, che appariva piuttosto fatiscente e meritava di essere sistemata in termini più decorosi: sarebbe assurdo pensare che l'ordinamento dovesse tollerare *sine die* la - oggettiva - bruttura della veranda rimediata con ferro e cannucce in virtù della prescrizione del reato presupposto e/o del condono, ed imporre ai fratelli F. in via manutentiva di rifare un obbrobrio identico, senza alcuna possibilità di modifica. Ciò considerando, peraltro, che in virtù del suddetto condono sarebbe stato possibile financo realizzare *in loco* una veranda chiusa, il che non avvenne mai.

Vero è che si trattò in sostanza di una demolizione con rifacimento *ex novo*, il che avrebbe dovuto imporre un rinnovato titolo autorizzatorio: ma qui non si sta discutendo di reati urbanistici, bensì di contravvenzioni al c.d. Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, da ritenere insussistenti nel momento in cui la competente Autorità attesti la compatibilità paesaggistica dell'intervento. Tale attestazione non vi è formalmente, ma è scontato e doveroso che vi sia (prima o poi), essendo illogico che vi fosse nei fatti per la struttura preesistente e non intervenga per quella – assai più dignitosa – realizzata nel 2005 *(Omissis)*.

(1) **Non c'è il reato ambientale quando l'intervento migliora il manufatto fatiscente condonato**.

1. La sentenza del G.u.p. di Perugia, meritevole di segnalazione perché, nell'estendere il giudizio di offensività a quelle fattispecie che nascono e si presentano all'interprete come reati di pericolo astratto, offre una lettura innovativa di un caso - potremmo dire di scuola - che prende le mosse dalla contestazione di un reato paesaggistico-ambientale nel quale l'intervento di manutenzione sul manufatto oggetto del processo veniva realizzato al fine di migliorare il contesto di riferimento e il sito nel quale lo stesso si trovava.

Secondo l'avviso del giudicante, quando «*la nuova opera si presenta come mero abbellimento di quella precedente, già condonata e rispetto alla quale l'eventuale reato presupposto è già prescritto, si deve ritenere che tal*

intervento fuoriesca dalla rilevanza penale e dalla violazione paesaggistico-ambientale perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

In pratica, viene esclusa l'offensività di un intervento che sebbene realizzato in violazione delle disposizioni a tutela del paesaggio e dell'ambiente, comunque si presenti migliorativo e non peggiorativo del contesto nel quale l'opera è collocata: «*la nuova veranda fu soltanto un abbellimento di quella precedente, che appariva piuttosto fatiscente e meritava di essere sistemata in termini più decorosi: sarebbe assurdo pensare che l'ordinamento dovesse tollerare* sine die *la - oggettiva - bruttura della veranda rimediata con ferro e cannucce in virtù della prescrizione del reato presupposto e / o del condono, ed imporre ai fratelli F. in via manutentiva di rifare un obbrobrio identico, senza alcuna possibilità di modifica*».

2. Alla luce delle considerazioni che hanno guidato la penna del giudice, come non condividere le battute argomentative di questa pronuncia e la sua conclusione finale? All'attenzione del giudice era stato sottoposto un reato ormai prescritto e l'eventuale proscioglimento per estinzione del reato avrebbe lasciato assai poche possibilità di successo a un'impugnazione dell'imputato tesa a ottenere una formula migliorativa: ben difficilmente, in effetti, un ricorso per cassazione avrebbe potuto sviluppare critiche efficaci senza travolgere il merito. Il giudice, tuttavia, non si è lasciato tentare dalla soluzione più comoda e si è districato nello stretto merito con pochi, eleganti esercizi di *stretching* ermeneutico nella palestra del diritto penale dell'ambiente.

Come è noto, *in subiecta materia* l'intervento edilizio abusivamente eseguito non deve necessariamente consistere nella realizzazione di opere murarie, essendo sufficiente la predisposizione di qualsiasi manufatto, anche precario o di limitate dimensioni, purché idoneo a ledere il bene tutelato [(1)].

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che può integrare la violazione al bene culturale-paesaggistico anche la realizzazione di una struttura provvisoria, purché idonea ad incidere sulla integrità ed unitarietà dell'uso del bene immobile ad interesse storico-artistico, nel senso della diminuzione del godimento estetico complessivo [(2)].

3. Con riguardo ai riflessi delle valutazioni amministrative riguardanti il c.d. nulla-osta paesaggistico, va ricordato che, a mente dell'art. 181, comma 1 *ter,* d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'accertamento della compatibilità

[(1)] Cfr., Cass., sez. III, 8 maggio 1991, Ligresti, in *CED Cass*., n.187786. A riguardo, osserva la S.C. «*Il reato di lottizzazione abusiva di terreni mediante opere edilizie richiede la esecuzione di costruzioni che rendano necessari interventi di urbanizzazione. Ne deriva che esso non può essere integrato da lavori, che determinino un mero mutamento di destinazione d'uso di edifici già esistenti ed in ordine ai quali le opere di urbanizzazione siano comunque necessarie*».

[(2)] Cfr., per tutte si consideri, Cass., sez. III, 7 marzo 2000, Gajo, in *CED Cass*., n. 215867.

paesaggistica comporta "inapplicabilità" delle disposizioni di cui al comma 1 dello stesso articolo e incide, quindi, solo su ipotesi ordinarie di interventi non autorizzati su beni paesaggistici, equiparate *quoad poenam* ai comuni interventi edilizi in assenza di titolo autorizzante o in difformità da esso, mentre per i fatti più gravi, inquadrabili nelle ipotesi del comma 1 *bis* e puniti con la reclusione da uno a quattro anni [3], le determinazioni dell'autorità amministrativa sono irrilevanti ai fini penali [4]. Peraltro nemmeno tutte le ipotesi contravvenzionali restano influenzate dalla valutazione di compatibilità, perché la sanzione penale non si applica solo se i lavori non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; o se si siano verificate difformità dall'autorizzazione paesaggistica concernenti solo l'impiego di materiali o se si sia trattato di interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

4. Alcune fra le più recenti pronunce rese sul tema dalla Corte di Cassazione confermano orientamenti particolarmente rigoristi. Non solo è escluso che il nulla-osta paesaggistico possa essere surrogato da una valutazione del giudice [5], ma sanciscono addirittura l'irrilevanza di un nulla-osta rilasciato dopo l'esecuzione dei lavori – quindi l'irrilevanza di una valutazione di conformità dell'opera alle esigenze del paesaggio proveniente dalla stessa autorità amministrativa titolare del vincolo [6] – e l'esclusione del silenzio-assenso dalle modalità di valida formazione del nulla-osta, salve le ipotesi comprese nella previsione dell'art. 39, comma 7, l. 23 dicembre 1994, n.

---

[3] L'ipotesi riguarda i lavori che *a)* ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; *b)* ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142 ed abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi.

[4] Cass., sez. III, 17 novembre 2010, Zolesio e altro, in *CED Cass*, n. 249527, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante la diversa disciplina delle ipotesi di delitto rispetto alle ipotesi di contravvenzione

[5] Cass., sez. III, 20 ottobre 2009, Soverini, in *CED Cass*., n. 245908, con indicazione di numerosi precedenti conformi. Secondo questa pronuncia, Il reato di cui all'art. 1 *sexies* l. n. 431 del 1985 (ora art. 181, comma 1 d.lgs. n. 42 del 2004), ha natura di pericolo sicché, per la sua configurabilità, non è necessario un effettivo pregiudizio per l'ambiente, potendo escludersi dal novero delle condotte penalmente rilevanti soltanto quelle che si prospettano inidonee, pure in astratto, a compromettere i valori del paesaggio e l'aspetto esteriore degli edifici.

[6] Cass., sez. III, 24 marzo 2010, Medina, in *CED Cass*., n. 247166, secondo la quale il nulla osta paesaggistico, rilasciato successivamente all'esecuzione dei lavori abusivi in zona vincolata, non produce alcun effetto estintivo del corrispondente reato.

794, norma temporanea applicabile alle opere che non avessero comportato aumento di superficie o volume [7]. È anzi interessante rilevare che, ai fini dell'applicazione dell'art. 734 c.p., in una recente pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto configurabile una sorta di disapplicazione *in malam partem* del nulla-osta paesaggistico, sostenendo che il rilascio del titolo (ovviamente precedente all'esecuzione dei lavori) possa essere eventualmente valutato al solo fine di escludere l'elemento psicologico del reato, laddove il giudice ritenga che l'intervento integri distruzione o deturpamento delle bellezze naturali [8].

5. In questo quadro, la pronuncia del G.u.p. di Perugia sembra portare, in un ambiente interpretativo chiuso a ogni valutazione di concreta offensività della condotta *sub judice*, una salutare ventata di buon senso. Qui, come si è visto, non v'era ombra di nulla-osta, né preventivo né successivo. Si era tuttavia di fronte a un'opera non diversa nelle dimensioni d'ingombro e sostanzialmente migliore, sul piano dell'estetica e del decoro, rispetto all'opera preesistente già condonata e della quale nessuno avrebbe potuto pretendere la demolizione. Quindi, rileva il giudice, è scontato che il nulla-osta "vi sia, prima o poi". Come si è visto, la piccola veranda del giudice onorario di Ostia avrebbe potuto ricevere un trattamento più severo, ma la sentenza che ne ha – sensatamente – sancito la tollerabilità per il non proprio incontaminato paesaggio del litorale romano trova l'autorevolissimo conforto della Giurisprudenza costituzionale, laddove la Consulta ribadisce, anche con riguardo ai reati di pericolo astratto, il dovere del giudice "di stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49 comma secondo c.p. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno a offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione" [9].

CHIARA LAZZARI

---

[7] Cass., sez. III, 2 dicembre 2010, Mazzella, in *CED Cass*., n. 249523. Conf. Cass., sez. III, 4 maggio 1999, Iannone*, ivi*, n. 214215).

[8] Fatta eccezione per i fatti commessi entro e non oltre il 30 settembre 2004, per i quali, *ex* art. 1, comma 37, l. n. 308 del 2004, è prevista l'estinzione anche del reato di cui all'art. 734 c.p. Cass., sez. III, 17 giugno 2010, Vastarino e altro, in *CED Cass*., n. 248369**.**

[9] Sent. n. 62 del 1986 in materia di mancata previsione di soglie quantitative minime nelle fattispecie incriminatrici riguardanti armi ed esplosivi. V. anche sent. n. 360 del 1995, in materia di coltivazione di stupefacenti per uso personale. In materia di tutela dei beni culturali e ambientali, richiama espressamente il passo citato Cass., sez. III, 7 marzo 2000, Gajo, cit., non massimata sul punto. *Sub judice* l'apertura nel muro di cinta di un immobile di una nicchia di contenute dimensioni per l'installazione di una centralina di derivazione Enel. Osserva la S.C. che «la mancanza dell'offensività in concreto della condotta non radica alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito».

TRIBUNALE DI PERUGIA – UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI – 4 novembre 2010 – *Est.* AVENOSO – C.

Decreto penale di condanna – Non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale – Eliminazione delle iscrizioni – Certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato (c.p.p. art. 460; c.p., art. 175; d.p.r.n. 313/2002, artt. 5 e 24).

La qualificazione come "effetto penale della condanna" del beneficio ex art. 175 c.p. e la natura sostanziale del novellato art. 460 c.p.p. comportano l'inapplicabilità della clausola derogatoria contenuta nel d.p.r. n. 313 del 2002, art. 5, comma 2, lett. d), ai fini della cancellazione dal casellario giudiziale di una condanna alla pena dell'ammenda – per la quale sia stato concessa la non menzione ai sensi dell'art. 175 c.p. – inflitta per reati contravvenzionali con decreto penale di condanna esecutivo prima dell'entrata in vigore della l. 144 del 2000 (1).

(*Omissis*). Il G.i.p. dott. Alberto Avenoso, in funzione di Giudice dell'esecuzione (*Omissis*);

rilevato che al predetto è stata comminata la pena dell'ammenda di L. 100.000 con il beneficio della non menzione, in forza di d.p. emesso dal G.i.p. Pretura di Pg in data 7.10.1992, esecutivo il 31.10.1992, per il reato di cui all'art. 650 c.p.;

rilevato che l'istante chiede la cancellazione dell'iscrizione del predetto d.p., in ragione del disposto di cui all'art. 24 d.p.r. n. 313/2002, che supererebbe il disposto di cui all'art. 5 comma 2 lett. d) d.p.r. n. 313/2002, anche alla luce del disposto di cui all'art. 460 c.p.p. come novellato dalla l. n. 144/2000;

ritenuto che la qualificazione come"effetto penale della condanna" del beneficio ex art. 175 c.p. e la natura sostanziale del novellato art. 460 c.p.p. comportano l'inapplicabilità della clausola derogatoria contenuta del d.p.r. n. 313 del 2002, art. 5, comma 2, lett. d), ai fini della cancellazione dal casellario giudiziale di una condanna alla pena dell'ammenda – per la quale sia stato concessa la non menzione ai sensi dell'art. 175 c.p. – inflitta per reati contravvenzionali con decreto penale di condanna esecutivo prima dell'entrata in vigore della citata l. 144 del 2000 (cfr, Cass. Pen., sez. I n. 12451/2009);

rilevata, da ultimo, la sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5, comma 2 lett. d) d.p.r. n. 313/2002, limitatamente all'inciso "salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 75 c.p." (Corte cost., sent. 4.10.2010, n. 287);

P.Q.M.
DISPONE

l'eliminazione dell'iscrizione del d.p. emesso dal G.I.P. Pretura di Pg in data 7.10.1992, esecutivo il 31.10.1992 per il reato di cui all'art. 650 c.p. (*Omissis*).

(1) In tema di eliminazione dal casellario giudiziale dell'iscrizione del decreto penale di condanna.

1. Con il provvedimento in epigrafe il G.i.p. di Perugia ha preso posizione sul controverso problema della cancellazione dal casellario giudiziale dell'iscrizione del decreto penale di condanna, con beneficio della non menzione nel casellario giudiziale, divenuto irrevocabile prima della novella all'art. 460 c.p.p. operata dalla l. n. 144/2000: la questione esaminata riguarda, pertanto, l'interpretazione dell'art. 5, comma 2, lett d), d.p.r. n. 313/2002 alla luce dell'attuale testo dell'art. 460 c.p.p.

In sintesi la fattispecie in concreto presa in esame.

L'istante ha domandato la eliminazione dell'iscrizione del decreto penale - con cui il G.i.p. presso la Pretura di Perugia aveva disposto la sua condanna alla pena dell'ammenda per la contravvenzione *ex* art. 650 c.p. con la concessione del beneficio *ex* art. 175 c.p., provvedimento divenuto esecutivo in data 31.10.1992 - sostenendo che il disposto dell'art. 24 d.p.r. n. 313/2002 prevarrebbe sul divieto di cancellazione previsto per l'ipotesi in esame dall'art. 5, comma 2, lett. d), d.p.r.n. 313/2002: il diritto alla cancellazione, infine, sarebbe suffragato dalla formulazione dell'attuale art. 460 c.p.p. così come novellato dalla l. n. 144/2000.

2. Prima di affrontare la questione risulta necessario riportare un breve *excursus* legislativo e svolgere una concisa disamina - senza alcuna pretesa di esaustività - degli istituti giuridici coinvolti.

La l. n. 479/1999, all'art. 37, modificò l'art. 460, comma 2, c.p.p. (rubricato *Requisiti del decreto di condanna*) inserendo, in particolare, le parole "con il decreto penale di condanna il giudice (…) concede (…) la non menzione della condanna nel certificato penale spedito a richiesta di privati", con ciò obbligando a disporre l'applicazione di tale beneficio, quale ulteriore incentivo volto ad evitare il ricorso all'opposizione da parte dell'imputato [(1)].

[(1)] Capitta, *Patteggiamento e decreto penale di condanna*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 164; Ranieri, *Il decreto penale di condanna*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c. d. l. Carotti)*, III, a cura di Nor-

In precedenza, al contrario, il Giudice poteva discrezionalmente concedere la non menzione ai sensi dell'art. 175 c.p. così come modificato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 304/1988 - vale a dire a condizione che la pena pecuniaria, ragguagliata ai sensi dell'art. 135 c.p., non superasse la somma pari alla pena detentiva di due anni [(2)] - avuto riguardo alle circostanze *ex* art. 133 c.p.

Il beneficio della non menzione - elargito sia ai sensi dell'art. 460 c.p.p. novellato dalla l. n. 479/1999, sia in precedenza *ex* art. 175 c.p.p. - veniva revocato qualora il colpevole avesse in seguito commesso un delitto.

La medesima l. n. 479/1999, inoltre, andò a modificare anche l'allora art. 689 c.p.p. (rubricato *Certificati richiesti dall'interessato*) inserendo la condanna ottenuta tramite decreto penale quale fattore da non includere nei certificati del casellario giudiziale richiesti dall'interessato.

La duplicità di previsioni, contenute agli artt. 460 e 689 c.p.p., spinse successivamente il legislatore a correggere di nuovo il testo dell'art. 460 c.p.p., e così con il d.l. 7 aprile 2000, n. 82 (convertito con modifiche nella l. 5 giugno 2000, n. 144) sono state eliminate le parole "*… e la non menzione della condanna nel certificato penale spedito a richiesta dei privati*" perché ritenute superflue [(3)].

Dall'entrata in vigore di quest'ultima riforma, pertanto, la non menzione nel certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato non è più disposta – seppur automaticamente ai sensi della l. n. 479/1999 – dal Giudice, ma discende dall'applicazione dell'art. 689, comma 2, c.p.p. che stabilisce come il certificato penale richiesto dall'interessato non contenga più l'iscrizione dei decreti penali di condanna: ne consegue la possibilità per il condannato di poter ottenere, in una seconda sentenza di condanna per reato commesso dopo quello per cui già aveva ottenuto il beneficio, di nuovo il favore della non menzione.

Entrato in vigore il d.p.r.n. 313/2002 (t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti) sono state abrogate tuttele disposizioni del codice di procedura penale in materia di casellario giudiziale (artt. 685 ss. c.p.p.) in quanto trasferite, appunto, nel citato d.p.r. n. 313/2002.

La normativa riguardante il certificato generale del casellario giudizia-

---

mando, Milano, 2000, 144; Spangher, *I procedimenti speciali tra razionalizzazione e modifiche di sistema,* in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999,* n. 479, Milano, 2000, 179; Scalfati, *Le nuove prospettive del decreto penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479)*, Padova, 2000, 548.

[(2)] Di Martino, *Art. 175*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, I, Milano, 2007, 1234.

[(3)] Per prendere visione di entrambe le leggi di riforma, vedi il sito *www.normattiva.it*.

le richiesto dall'interessato oggi è contenuta, senza importanti modifiche rispetto alla precedente disciplina codicistica [4], negli artt. 23-27 d.p.r. n. 313/2002: in particolare, agli artt. 24 lett. e) e 25 lett. e) si prevede – confermando la citata riforma – la non menzione in esso delle condanne inflitte a mezzo di decreto penale.

All'art. 5 del d.p.r. n. 313/2002, ancora, è stata riportata – anche in tal caso senza variazioni di rilievo – la disciplina sulla eliminazione delle iscrizioni, originariamente contenuta nell'art. 687 c.p.p. [5]: al secondo comma del suddetto art. 5, e precisamente alla lett. d), si prevede la possibilità di eliminare le iscrizioni relative ai provvedimenti giudiziali di condanna per contravvenzioni per le quali è stata inflitta la pena dell'ammenda trascorsi dieci anni dal giorno in cui la pena è stata eseguita o si è in altro modo estinta, salvo che sia stato concesso uno dei benefici previsti dagli artt. 163 e 175 c.p.

La *ratio* di tale esclusione è da ravvisare nella circostanza che i predetti benefici non possono essere elargiti più di una volta o, al massimo, due volte nei casi espressamente previsti dagli artt. 164 e 175 c.p., sicché si rende necessario per il Giudice conoscere il vissuto di rilevanza penale dell'interessato per poter far corretta applicazione delle norme che regolamentano i criteri della loro concessione.

[4] Per un raffronto tra la vecchia e l'attuale disciplina v. GIARDA-SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, IV, Milano, 2010, 8138. In particolare l'art. 689 c.p.p. prevedeva: "*1. La persona alla quale le iscrizioni si riferiscono ha diritto di ottenere il relativo certificato senza motivare la domanda. 2. I certificati rilasciati a norma del c. 1 sono: a) certificato generale, nel quale sono riportate tutte le iscrizioni esistenti ad eccezione: 1) delle condanne delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione nel certificato a norma dell'art. 175 del codice penale, purché il beneficio non sia stato revocato;* (…) *5) delle sentenze previste dall'art. 445 e delle sentenze che hanno dichiarato estinto il reato per applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato nonché dei decreti penali;* (…)".

L'attuale testo dell'art. 24 d.p.r. n. 313/2002 recita: "*1. Nel certificato generale sono riportate le iscrizioni esistenti nel casellario giudiziale ad eccezione di quelle relative: a) alle condanne delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione nel certificato a norma dell'art. 175 del codice penale, purché il beneficio non sia stato revocato;* (…) *e) ai provvedimenti previsti dall'art. 445 del codice di procedura penale e ai decreti penali* (…)".

[5] Così il testo dell'originario art. 687 c.p.p.: "*1. Le iscrizioni del casellario sono eliminate appena si ha notizia ufficiale dell'accertata morte della persona alla quale si riferiscono ovvero quando sono trascorsi ottanta anni dalla nascita della persona medesima. 2. Sono inoltre eliminate le iscrizioni relative: (…) c) alle sentenze o ai decreti di condanna per contravvenzioni per le quali è inflitta la pena dell'ammenda, salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici previsti dagli artt. 163 e 175 del codice penale, trascorsi dieci anni dal giorno in cui la pena è stata eseguita ovvero si è in altro modo estinta* (…)".

L'art. 5 d.p.r. n. 313/2002 prevede: "*1. Le iscrizioni del casellario giudiziale sono eliminate al compimento dell'ottantesimo anno di età o per morte della persona alla quale si riferiscono. 2. Sono, inoltre, eliminate le iscrizioni relative:* (…) *d) ai prov-*

Tale ultima clausola derogatoria, tuttavia, è stata recentemente dichiarata incostituzionale perché ritenuta irragionevole [6].

Merita segnalare, infine, che ai sensi dell'art. 40 d.p.r.n. 313/2002 la competenza a decidere sulle questioni concernenti le iscrizioni ed i certificati del casellario giudiziale è attribuita al Tribunale – in composizione monocratica e con le modalità prescritte dall'art. 666 c.p.p. – del luogo ove ha sede l'ufficio locale nel cui territorio è nata la persona cui si riferisca l'iscrizione o certificato, ovvero il Tribunale di Roma per le persone nate fuori dai confini nazionali o delle quali non è stato accertato il luogo di nascita.

3. Nel caso di specie il Giudice, adito in funzione di Giudice dell'esecuzione proprio *ex* art. 40 d.p.r.n. 313/2002, *in primis* ha ritenuto quale "effetto penale della condanna" il beneficio di cui all'art. 175 c.p. che secondo la dottrina, nonostante la sua collocazione codicistica, non costituirebbe tuttavia una causa di estinzione della pena [7].

Si ritiene che tale decisione si fondi sulle seguenti considerazioni, vale a dire innanzitutto sul fatto che l'ampiezza della formula "effetto penale della condanna" – di cui il codice penale non fornisce alcuna definizione né il criterio generale in base al quale distinguere gli effetti penali da quelli non penali della pronuncia di condanna – sembra in effetti consentire l'inquadramento in tale categoria di tutte le conseguenze sfavorevoli, diverse dalle pene accessorie, che derivano direttamente dalla condanna [8].

In secondo luogo a sostegno della decisione sembra andare il fine dell'istituto di cui all'art. 175 c.p. che va infatti ravvisato nell'esigenza di prevenzione speciale volta a rimuovere un ostacolo al reinserimento sociale del condannato [9], omettendo la pubblicazione della condanna nei certificati penali del casellario giudiziale spedito a richiesta dei privati: il

---

vedimenti giudiziari di condanna per contravvenzioni per le quali è stata inflitta la pena dell'ammenda, salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli artt. 163 e 175 del codice penale, trascorsi dieci anni dal giorno in cui la pena è stata eseguita ovvero si è in altro modo estinta".

[6] Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 287, in *www.cortecostituzionale.it*.

[7] Vessichelli, *Art. 175*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, 2005, 531 ss.; Dolce, *Condanna penale (non menzione)*, in *Enc. dir.,* VIII, Milano, 1961, 741; Bellavista, *Non menzione della condanna nel certificato del casellario*, in *Noviss. dig. it*, XI, Torino, 1965, 324; Drigani, *Non menzione della condanna nel certificato del casellario*, in *Noviss. dig. it, App*., V, Torino, 1984, 231; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1981, 723; Covino, *Casellario giudiziale (non menzione della condanna nel),* in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1.

[8] Così in Cass., sez. I, 24 febbraio 2009, Ga, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 475 ss.

[9] Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, 217.

provvedimento comparirà comunque nel certificato richiesto dall'autorità giudiziaria, dalla p.a. e dai privati per ragioni elettorali [10].

Da ultimo, in seguito alle pronunce n. 225 del 1975 [11] e n. 155 del 1984 [12] della Corte Costituzionale, solo nel caso in cui il reato per cui si procede sia stato commesso prima della condanna in relazione alla quale è stato già concesso il beneficio si potrà ottenere nuovamente il beneficio *de quo*; ai sensi dell'art. 175 c.p. se il reato è commesso in seguito, al contrario, non potrà essere disposto una seconda volta.

Ciò dimostrerebbe come la seconda concessione del beneficio sia in stretta correlazione con il precedente provvedimento penale di condanna.

Alla luce di tali considerazioni il Tribunale di Perugia – come detto – sembra aver inserito il beneficio di cui all'art. 175 c.p. all'interno degli effetti penali della condanna seguendo pertanto il più recente orientamento della giurisprudenza [13].

Va segnalato, tuttavia, come in senso contrario si sia invece pronunciato un altro indirizzo più risalente secondo il quale la non menzione nel casellario assolverebbe a funzioni meramente informative e non sarebbe quindi inquadrabile tra gli effetti penali della condanna [14].

Nell'ordinanza in commento, poi, si è ritenuto che l'art. 460 c.p.p. abbia natura di norma sostanziale e non processuale, con ciò avallando quella giurisprudenza che – avuto riguardo al contenuto e non alla collocazione codicistica - ha rilevato come al quinto comma dello stesso articolo, quale ulteriore effetto premiale del procedimento speciale, sia stata introdotta una nuova causa di estinzione del reato che si verifica se entro i termini previsti l'imputato non commette altri reati [15].

Dalla natura di norma sostanziale ne consegue che la portata dell'art. 460 c.p.p. può essere pertanto retroagita *ex* art. 2, comma 4, c.p. ai decreti penali di condanna divenuti esecutivi prima dell'entrata in vigore della novella di cui al d.l. n. 82/2000, convertito dalla l. n. 144/2000 – riforma

---

[10] Fedora Rota, *Art. 175*, in *Codice penale commentato*, I, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, 2006, 1569; Bellavista, *op. cit.*, 324.

[11] In *Giur. cost.*, 1975, I, 63.

[12] In *Giur. cost.*, 1984, II, 1051 ss.

[13] Cass., sez. I, 24 febbraio 2009, Ga, cit., 475 ss.; Cass., sez. I, 19 aprile 2000, Meneghetti, in *CED Cass.*, n. 216428.

[14] Cass., sez. VI, 4 novembre 1997, Palazzesi, in *Cass. pen.*, 1999, 246; Cass., sez. III, 6 ottobre 1978, Bossoli, *ivi*, 1980, 1060, in cui alla "non menzione nel casellario giudiziale" viene attribuita natura amministrativa. D'Angelo, *Art. 687 c.p.p.*, in *Commento al Codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, VI, Torino, 1991, 639, afferma che le operazioni di eliminazione delle iscrizioni avrebbero natura meramente amministrativa.

[15] Cass., sez. I, 14 gennaio 2005, Di Vincenzo, in *CED Cass.*, n. 230832; Cass., sez. V, 20 maggio 2004, Makbule, in *Cass. pen.*, 2005, 1978; Cass., sez. III, 24 gennaio 2003, Pacini, in *CED Cass.*, n. 224794.

che, come accennato, consente al condannato la possibilità di ottenere nuovamente il favore della non menzione nel casellario in relazione ad un reato commesso dopo la prima condanna con beneficio – in quanto norma più favorevole rispetto a quella che prevedeva l'applicazione alle condizioni prescritte dall'art. 175 c.p. [16].

Se, dunque, l'art. 460 c.p.p. novellato dalla l. n. 144/2000 si applica anche per i decreti penali di condanna divenuti esecutivi prima dell'entrata in vigore di tale riforma, non sembra sussistere più la predetta *ratio* dell'art. 5, comma 2, lett. d) del d.p.r. n. 313/2002: pertanto non c'è più ragione alcuna per cui debba rimanere l'iscrizione nel certificato generale richiesto dall'interessato anche trascorsi i dieci anni dall'estinzione della pena.

Inoltre la riforma – ormai risalente – del quarto comma dell'art. 164 c.p. [17], la disciplina attuale sulle pene irrogate con decreto penale di condanna o patteggiamento ovvero dal Giudice di pace [18], nonché la citata sentenza della Corte cost. n. 155/1984 (che ha accordato l'elargizione del favore di cui all'art. 175 c.p. in una seconda condanna per reato commesso in precedenza a quello per cui è già stato applicato il beneficio), portano a rivalutare la visione del legislatore e del Giudice Costituzionale sulle condanne a pene di lieve entità in una luce diversa rispetto al passato, evidenziando il progressivo abbattimento delle barriere rigide costruite dalla legge in seguito ad una prima infrazione di una norma penale.

In altre parole nell'ordinamento è sorta l'esigenza di non aggravare, con la perpetuità delle preclusioni, gli effetti di comportamenti illeciti di modesta entità e lontani nel tempo evitando che una pregressa condanna per uno di essi si proietti senza limiti sul futuro, perché nocivi al reinse-

---

[16] *Contra* vedi Cass., sez. I, 30 gennaio 2001, Papa, in *Cass. pen.*, 2002, 1738, secondo cui la disposizione in questione, così novellata nel 1999, essendo norma processuale è soggetta alla regola del *tempus regit actum* e non può pertanto essere applicata in relazione a decreti penali divenuti esecutivi prima dell'entrata in vigore della l. n. 479 del 1999.

[17] V. d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito in l. 7 giugno 1974, n. 220 che – in osservanza a quanto disposto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 73 del 1971 - ha sostituito il testo dell'art. 164 c.p. introducendo la possibilità di concedere una seconda volta la sospensione condizionale della pena: e ciò, a maggior ragione, vale ai sensi del comma quinto dell'art. 460 c.p.p. in caso di condanna inflitta con decreto penale di condanna.

[18] Mucciarelli, in *Commento al codice di procedura penale*, II, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2010, 8141: l'art. 45 del d.lgs. n. 274 del 2000 prescriveva che nei certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 689 c.p.p. non sono riportate le iscrizioni relative alle sentenze emesse dal Giudice di pace.

Tale articolo è stato abrogato dall'art. 52 d.p.r. n. 313/2002 e la sua disciplina è oggi riportata, sostanzialmente invariata, agli artt. 24 lett. i) e 25 lett. i) del medesimo d.p.r. n. 313/2002.

rimento sociale del condannato e, pertanto, irrispettosi del dettato di cui all'art. 27, comma 3, Cost. [19].

Poiché tale linea evolutiva dell'ordinamento alla Corte Costituzionale è sembrata irragionevolmente contraddetta dalla previsione di cui all'art. 5, comma 2, lett. d), d.p.r. n. 313/2002, ritenuto sufficientemente lungo il lasso di tempo necessario tra la condanna e la possibilità di chiedere la cancellazione – dieci anni dall'estinzione della pena – pari al doppio quello previsto per le condanne del Giudice di pace [20], e visto che si potrebbe verificare la circostanza paradossale per cui il condannato per un reato "grave" - pertanto non meritevole della concessione del beneficio in narrativa - potrebbe ottenere per una seconda condanna il beneficio della non menzione, mentre colui che ritenuto responsabile di reato "lieve" con l'applicazione dell'art. 175 c.p., per una seconda infrazione penale non godrebbe della non menzione, la Corte Costituzionale – come accennato *supra*– ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5, comma 2, lett. d), d.p.r.n. 313/2002 limitatamente all'inciso "salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 175 c.p." [21].

La qualifica di "effetto penale della condanna" del beneficio *ex* art. 175 c.p. e la natura sostanziale dell'attuale formulazione dell'art. 460 c.p.p.,che consente di far retroagire *ex* art. 2, comma 4, c.p. la norma di quest'ultimo articolo alle condanne precedenti all'entrata in vigore della riforma operata nell'anno 2000, unite alla recente declaratoria di incostituzionalità della clausola derogatoria di cui all'art. 5, comma 2, lett. d), d.p.r.n. 313/2002 emessa dalla Corte Costituzionale anche alla luce dell'attuale linea di favore dell'ordinamento rispetto alle pene per reati "bagatellari", hanno portato il Tribunale ad accogliere la domanda del condannato ed ordinare, così, la cancellazione del decreto penale di condanna divenuto esecutivo il 31 ottobre 1992.

GABRIELE STAFFICCI

Cass., sez. I, 16 ottobre 2004, Farhangh, in *CED Cass.*, n. 230638, ha inoltre stabilito che non è consentita l'eliminazione delle iscrizioni al casellario giudiziale delle sentenze riguardanti reati attribuiti successivamente alla competenza del Giudice di pace se passate in giudicato alla data di pubblicazione del d.lgs. n. 274 del 2000.

[19] DI CHIARA, *Osservatorio Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1285.

[20] DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 130, sottolinea come le condanne del Giudice di pace vengano cancellate dopo cinque anni dal giorno in cui è stata eseguita la sanzione pecuniaria o dopo dieci anni se è stata inflitta pena diversa.

[21] Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 287, cit.: nella pronuncia viene evidenziato come la questione sottoposta al vaglio di costituzionalità si risolva nel bilanciamento tra, da un lato il "diritto all'oblio" del responsabile di illeciti penali di scarsa rilevanza, e dall'altro la preclusione all'indebita reiterazione dei benefici, con la prevalenza del primo sulla seconda.

REPERTORIO DI GIURISPRUDENZA DI MERITO
D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 9 marzo 2010 – *Est.* MATTEINI – E.H.

Sostanze stupefacenti – Cessione – Prova della cessione (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1)

Deve affermarsi la responsabilità penale dell'imputato accusato di cessione ex *art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/1990, quando l'attività di cessione emerga dai risultati delle intercettazioni telefoniche e sia confermata da un episodio di cessione di sostanza stupefacente ad agente sotto copertura, in mancanza di significati alternativi forniti dal medesimo imputato sulla natura dell'attività da egli esercitata* (1).

I. Premessa in fatto. Nel corso di un'operazione diretta alla repressione del fenomeno dello spaccio di sostanze stupefacenti, la Squadra Mobile della Questura di Perugia effettuava un servizio "sotto copertura", impiegando personale della Polizia di Stato per acquistare stupefacente presso alcuni spacciatori di origine nordafricana.

In particolare, in data 26 ottobre 2009 l'assistente P.S. acquistava da uno straniero, poi identificato in E.H., sostanza stupefacente del tipo cocaina per un quantitativo pari a 1,67 grammi, versando €50,00. Durante le trattative lo straniero riferiva di chiamarsi "Gian", fornendo la sua utenza cellulare corrispondente al numero (*Omissis*) che veniva, di conseguenza, sottoposta ad intercettazione.

Dalle operazioni di intercettazione emergeva che lo straniero era dedito allo spaccio di stupefacenti.

Il p.m. formulava, dunque, una richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di E.H., contestando al medesimo i seguenti reati: «*1) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 per aver ceduto agli agenti acquirenti, in questa via* (Omissis), *gr. 1,67 lordi di cocaina in cambio di €50. Perugia 26.10.2009; 2) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90, per avere ceduto un quantitativo non determinato di sostanza stupefacente tipo eroina/cocaina a persona italiana che si presenta come amico di* (Omissis), *non identificata, di sesso maschile, utilizzatrice dell'utenza telefonica numero* (Omissis). *In Perugia, in data 6.11.2009* (Omissis)*; 3) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 per avere ceduto un quantitativo non determinato di sostanza stupefacente tipo eroina/cocaina a persona italiana, non identificata, di sesso femminile, utilizzatrice dell'utenza telefonica numero* (Omissis). *In Perugia, in*

data 30.10.2009 (Omissis); *4) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 per avere ceduto un quantitativo non determinato di sostanza stupefacente tipo eroina/cocaina a persona straniera, non identificata, di sesso maschile, utilizzatrice dell'utenza telefonica numero* (Omissis). *In Perugia, in data 3.11.2009* (Omissis), *7.11.2009* (Omissis); *5) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/1990 per avere ceduto un quantitativo non determinato di sostanza stupefacente tipo eroina/cocaina a persona italiana a nome* (Omissis), *non identificata, di sesso maschile, utilizzatrice dell'utenza telefonica numero* (Omissis). *In Perugia, in data 2.11.2009* (Omissis), *3.11.2009* (Omissis), *4.11.2009* (Omissis) *5.11.2009* (Omissis); *6) delitto di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/1990 per avere ceduto un quantitativo non determinato di sostanza stupefacente tipo eroina/cocaina a persona italiana, non identificata, di sesso maschile, utilizzatrice dell'utenza telefonica numero* (Omissis). *In Perugia, in data 31.10.2009* (Omissis)».

A seguito della richiesta di rinvio a giudizio veniva fissata l'udienza preliminare, nel corso della quale l'imputato, tramite il proprio difensore, chiedeva la definizione del procedimento con rito abbreviato. Il Giudice, sentito il p.m., accoglieva la richiesta.

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene E.H. responsabile dei reati ad egli ascritti sulla base delle seguenti considerazioni.

«*In particolare nelle conversazioni del 29 ottobre 2009 risultavano contatti tra l'odierno imputato, chiamato Gian e un magrebino il quale si dichiarava soddisfatto di un precedente acquisto di stupefacente e ne chiedeva dell'altro; nelle conversazioni del 30 ottobre un ragazzo italiano di nome* (Omissis), *non identificato, chiedeva a Gian* "trenta" *e contestualmente prendeva accordi per un successivo incontro, una ragazza si lamentava con Gian dicendo che non era buona, che era* "medicina", *un ragazzo straniero, presentatosi come amico di* (Omissis), *chiamava Gian il quale gli diceva di essere da* "mamma" *e gli ripeteva più volte* "P", *dovendo tenere conto che per mamma deve intendersi il negozio* (Omissis); *nelle conversazioni del 31 ottobre una ragazza chiamava Gian e gli chiedeva* "tre" *specificando* "Black" *e aggiungendo che sarebbe passato un amico; nelle conversazioni del 2 novembre un ragazzo italiano faceva presente a Gian che non era buona, che l'aveva fatta assaggiare anche a degli amici che non erano contenti, a tali contestazioni Gian rispondeva che aveva una* "bomba" *e il ragazzo chiedeva se l'avrebbe potuta assaggiare di nuovo, ricevuto l'assenso dal Gian, i due si accordavano per incontrarsi; nelle conversazioni del 3 novembre un tunisino chiamava Gian e gli chiedeva se poteva portargli una* "mano", *Gian rispondeva in senso affermativo e si accordavano per vedersi al negozio di mamma, dove per mano non può che intendersi il quantitativo pari a 5 grammi; nelle conversazioni del 5 novembre un ragazzo di nome Stefano chiamava Gian dicendogli che quella di ieri non era buona tanto che Gian lo*

invitava a recarsi dallo stesso perché gli avrebbe fatto un regalo; nelle conversazioni del 6 novembre lo straniero, amico di (Omissis), *chiamava Gian per dirgli che gli aveva dato* "ciò che non voleva" *e per chiedergli se poteva andare per fare il cambio, Gian lo invitava a chiamarlo dopo perché in quel momento non aveva ciò che voleva; nuovamente nelle conversazioni del 7 novembre un magrebino chiedeva a Gian se poteva portargli la* "mano" *così che i due si accordavano per vedersi presso il negozio di "*mamma*"; nelle conversazioni dell'8 novembre un italiano chiamava Gian e gli chiedeva "*due di quelli*" e successivamente "*cinque e cinque*" accordandosi, poi, per il luogo dell'incontro.*

La conferma che E.H. nel corso delle conversazioni telefoniche sopra indicate parlava esclusivamente di sostanza stupefacente viene indubbiamente dalla cessione che lo stesso faceva all'agente sotto copertura, né d'altro canto il predetto è stato in grado di fornirne un diverso significato.

Ne deriva che deve essere affermata la responsabilità penale di E.H.»

III. Sulla pena. E.H. deve, dunque, essere «*condannato, non potendosi riconoscere nel caso di specie l'ipotesi lieve stante l'elevata pericolosità sociale di un'attività di spaccio tanto capillare, alla pena di anni 3 e mesi 4 di reclusione ed € 14.000,00 di multa così determinata: pena base anni 6 di reclusione ed € 27.000,00 di multa, diminuita per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, stante l'incensuratezza, ad anni 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 5 di reclusione ed € 21.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito ad armi 3 e mesi 4 di reclusione ed € 14.000,00 di multa; oltre al pagamento delle spese processuali. Deve, altresì, essere ordinata la confisca e la distruzione dello stupefacente in sequestro*».

IV. Dispositivo. Il Giudice, «*visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. ritenuta la penale responsabilità di E.H. in ordine ai reati al medesimo ascritti, concesse le circostanze attenuanti generiche, ritenuta la continuazione, lo condanna alla pena ridotta per il rito di anni 3 e mesi 4 di reclusione ed € 14.000,00 di multa, oltre al pagamento delle spese. Ordina la confisca e la distruzione di quanto in sequestro*».

TRIBUNALE DI PERUGIA, sez. riesami ed appelli – 4 dicembre 2009 (ord.) – *Est.* CENCI – *Pres.* RESTIVO – A.M.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Ingente quantitativo – Correità – Gravi indizi di colpevolezza (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, artt. 73, comma 1-*bis*, lett. a), 80, comma 2; c.p., art. 110; c.p.p., art. 273).

Misure cautelari – Arresti domiciliari – Proporzionalità e adeguatezza della misura (c.p.p., artt. 275, 284).

Sussistono gravi indizi di colpevolezza a carico del conduttore di un appartamento che subaffitta una stanza ad un terzo, in cui siano rinvenuti un ingente quantitativo di sostanza stupefacente e strumenti per il taglio della stessa, quando sia desumibile dagli atti l'agevole o comunque non preclusa accessibilità di tale stanza ed essa sia collocata in un immobile di piccole dimensioni (tre vani ed un bagno). (1).

La misura degli arresti domiciliari appare necessaria, adatta e sufficiente a contenere il rischio di recidiva, non evidenziandosi rischi di fuga, quando viene dimostrato che l'indagata è incensurata, ampiamente radicata sul territorio, con un'abitazione, una famiglia, un lavoro stabile ed una bimba in tenera età. (2).

I. Cenni sul procedimento cautelare. A.M. veniva ristretta in stato di custodia cautelare mediante ordinanza emessa dal G.i.p. di Perugia in data 16 novembre 2009. I difensori proponevano istanza di riesame al Tribunale di Perugia che, sentite le parti all'udienza del 1° dicembre 2009, sciogliendo la riserva ivi assunta, emetteva ordinanza di parziale riforma del provvedimento del G.i.p., disponendo la misura degli arresti domiciliari.

II. Premessa in fatto. All'interno dell'abitazione condotta in locazione da A.M. e da C.R., coniugi, ed in particolare all'interno di una stanza subaffittata a tale A., i Carabinieri rinvenivano in più involucri un ingente quantitativo di cocaina, tale da confezionare 2.650 dosi, oltre a sostanza ed a strumenti da taglio. Il coindagato A.D. era colto in flagranza nell'atto di penetrare nella stanza, prelevare un sacchetto contenente tre involucri pari a circa 50 grammi di sostanza stupefacente e tentare di portarlo fuori dall'appartamento.

III. Motivi della decisione: a) gravi indizi di colpevolezza. Il Tribunale è chiamato a pronunciarsi sui gravi indizi di colpevolezza a carico di A.M. ed a risolvere la seguente questione: se – ed eventualmente a quali condizioni – il conduttore di un appartamento che subaffitta una stanza ad un terzo, in cui siano rinvenuti sostanza stupefacente e strumenti per il taglio della stessa, possa ritenersi correo del subconduttore.

Il Tribunale giunge ad una soluzione positiva, valorizzando l'elemento dell'agevole o comunque non preclusa accessibilità di tale stanza e la circostanza che essa fosse collocata in un immobile di piccole dimensioni (tre vani ed un bagno).

Così si esprime il Collegio: «*in effetti… bisogna tenere conto che negli unici due verbali dei Carabinieri che danno atto dell'accesso all'appartamento nulla si dice (come sarebbe stato invece doveroso) circa la necessità di abbattimento della porta della stanza di A. né di chiamata di fabbro né circa la emersa necessità di ricerca di chiavi nascoste per accedere ad essa o di speciali problemi insorti per aprire la stanza in questione* aut similia». Soprattutto, «*la ricostruita situazione processuale del coindagato A.D. fa ritenere che l'accesso alla stanza fosse agevole o, comunque, non precluso ai signori C.R. ed A.M.: altrimenti l'invito rivolto da A., rimasto fuori dall'appartamento, a I.O.W. e ad A.D. ad andare a prendere qualcosa nella casa non avrebbe avuto senso*». «*Deve poi aggiungersi che le "*piccole dimensioni… tre vani e un bagno*" della casa (v. verbale di perquisizione; cfr. anche le s.i.t. di A.J.) rendono abbastanza improbabile la assoluta estraneità dei coniugi C.R.-A.M. rispetto alla presenza di così ingente quantitativo di droga, di sostanza e di altri oggetti per il taglio*».

IV. Misura cautelare. Premessa l'estrema gravità del fatto di reato contestato, il Tribunale si esprime in questi termini sulla scelta della misura da applicare. «*Va tenuto conto della incensuratezza della ricorrente, della circostanza che è ampiamente radicata sul territorio, che ha un'abitazione, una famiglia ed un lavoro stabile (v. documentazione prodotta dalla difesa in allegato alla memoria), che ha una bimba in tenera età, che non si evidenzia alcun rischio di fuga, che, dunque, la misura degli arresti domiciliari appare necessaria, adatta e sufficiente a contenere il rischio di recidiva. L'abitazione del Sig. A.J., dichiaratosi disponibile in tal senso (v. documenti prodotti dalla difesa), appare adatta, anche perché diversa dal luogo che appare, allo stato, essere stato usato come "*base*" dall'irrintracciabile A.*».

V. Dispositivo. Il Tribunale del riesame di Perugia, in parziale riforma dell'ordinanza del G.i.p., dispone quanto segue. «*Letto l'art. 309 c.p.p.: accoglie parzialmente l'impugnazione, come in epigrafe avanzata; e, per l'effetto, in parziale riforma dell'ordinanza impugnata, emessa dal G.i.p. in sede il 16 novembre 2009, applica alla signora A.M., (*Omissis*) attualmente ristretta nel carcere di Perugia, la misura cautelare degli arresti domiciliari presso l'abitazione del Sig. A.J., (*Omissis*); e, in conseguenza, ordina la immediata liberazione della signora A.M., se non detenuta per altra causa; prescrive all'indagata di raggiungere immediatamente subito dopo la scarcerazione, con mezzi propri, libera nella persona e senza scorta di Polizia penitenziaria, e per la via più breve, senza soste o fermate intermedie non strettamente indispensabili, l'abitazione suindicata, (*Omissis*), che dovrà raggiungere entro il termine*

di un'ora dalla scarcerazione; prescrive alla Sig.ra A.M. di rimanere nell'abitazione suindicata in regime di arresti domiciliari; prescrive alla Sig.ra A.M. di non avere contatti e/o colloqui, nemmeno telefonici, con persone diverse da quelle che usualmente dimorano nell'abitazione suindicata e con persone diverse dai familiari che già convivono con l'indagato (figlia), se non previa autorizzazione del Giudice; delega per i controlli i Carabinieri del Comando provinciale di Perugia, con facoltà di subdelega; manda alla cancelleria per le notificazioni e per le comunicazioni; manda alla Direzione del carcere ove l'indagato è ristretto per gli adempimenti; nulla per le spese».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 novembre 2009 – *Est*. MATTEINI – E.P.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Correità (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis,* lett. a); c.p., art. 110).

La correità dell'imputato di illecita detenzione di sostanze stupefacenti è desumibile, nonostante la presenza di dichiarazioni liberatorie del coimputato, sulla base della sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti (fattispecie in cui sono stati ritenuti sufficienti a dimostrare la colpevolezza dell'imputato i seguenti elementi: il tentativo del medesimo di impedire l'accesso dei Carabinieri nella propria abitazione, allertando il coimputato; il fatto che quest'ultimo si sia immediatamente diretto nel luogo in cui è poi stato individuato lo stupefacente; il mancato occultamento della sostanza, rinvenuta sulla mensola dell'unico bagno dell'appartamento, ove si trovava materiale utile al confezionamento; la presenza di un'ingente somma di denaro non giustificata dagli indagati; il fatto che essi non esercitavano attività lavorative né dimostravano di avere altri redditi) (1).

I. Premessa in fatto. Nell'ambito di un'attività diretta alla prevenzione e repressione dello spaccio di sostanze stupefacenti, i Carabinieri di Perugia effettuavano un'operazione in località Ponte Valleceppi, poiché risultava che in un'abitazione due giovani di nazionalità nigeriana fossero dediti ad un'attività di spaccio.

I militari, posizionatisi nei pressi di detta abitazione, attendevano il momento in cui una giovane donna di colore si accingeva ad entrare e facevano irruzione, nonostante il tentativo di uno degli occupanti dell'abitazione, E.P., di chiudere la porta di ingresso.

Il predetto E.P. si rivolgeva in nigeriano all'altro occupante, I.S., il quale veniva peraltro immediatamente bloccato dai Carabinieri mentre stava dirigendosi verso il bagno.

Si procedeva, quindi, ad una perquisizione domiciliare e nell'unico bagno annesso alla camera in uso a I.S. si rinvenivano n. 6 involucri contenenti sostanza stupefacente del peso complessivo di gr. 78, risultata poi essere, a seguito delle analisi tossicologiche, eroina per un quantitativo da cui era possibile ricavare n. 53 dosi. Nell'abitazione veniva, altresì, trovata la somma in contanti di € 4.775,00, materiale atto al confezionamento dello stupefacente, ovvero nastro adesivo nero e grigio, simile a quello con il quale erano stati confezionati gli ovuli, mannitolo ed infine cinque telefoni cellulari.

E.P. ed I.S. venivano, dunque, arrestati in fragranza di reato. In sede di convalida dell'arresto I.S. dichiarava di aver ricevuto la droga da un senegalese senza corrispettivo di denaro ed aggiungeva che E.P. nulla sapeva dello stupefacente custodito in casa. Dal canto suo E.P. precisava che nulla sapeva dello stupefacente detenuto esclusivamente da I.S. ed inoltre che aveva cercato di chiudere la porta all'arrivo dei militari perché aveva avuto paura, non capendo cosa stesse succedendo.

Su richiesta del p.m. veniva emesso decreto di giudizio immediato nei confronti di I.S. ed E.P. con istanze presentate nei modi e termini di legge, E.P. chiedeva di essere giudicato con il rito abbreviato, mentre I.S. chiedeva l'applicazione della pena. Veniva, pertanto, fissata udienza in camera di consiglio, previa revoca del provvedimento di fissazione del giudizio immediato. In udienza erano disposti lo stralcio della posizione di I.S. e la prosecuzione del giudizio nei confronti di E.P., imputato per il «*delitto previsto e punito dagli artt. 110 c.p., 73, comma 1*-bis *d.p.r. n. 309/90 per avere detenuto, in concorso con I.S. (giudicabile separatamente) ed a fini di spaccio, presso la propria comune abitazione, gr. 78 circa di sostanza stupefacente (eroina e cocaina) già confezionata in ovuli, oltre che materiale per il confezionamento e sostanza da taglio (mannitolo). In Perugia, Ponte Valleceppi, 9.7.2009*».

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene E.P. responsabile del reato a lui ascritto sulla base delle seguenti considerazioni.

«*La versione dei fatti resa dai due imputati non è credibile dal momento che, in primo luogo, I.S. si trovava in casa ed anzi all'arrivo dei militari E.P. aveva cercato di avvisarlo tanto che lo stesso aveva cercato di raggiungere il bagno, dove poi è stato trovato lo stupefacente, evidentemente con il chiaro intento di disfarsene; è, inoltre, impossibile che E.P. nulla abbia saputo dello stupefacente dal momento che lo stesso non era occultato ma si trovava in bella vista sulla mensola dell'unico bagno presente nell'appartamento, all'interno del quale, tra l'altro, era stato anche trovato vario materiale utile per il confezionamento.*

Nessuno dei due imputati ha, infine, saputo dare una giustificazione del denaro rinvenuto consistente in una somma considerevole tenuto

anche conto del fatto che i predetti non risultavano svolgere alcuna stabile attività lavorativa né hanno dimostrato di avere alcun reddito. Ne deriva, quindi, che E.P. deve essere ritenuto responsabile del reato al medesimo contestato».

III. Sulla pena. Concesse ad E.P. le «*circostanze attenuanti generiche, deve essere condannato alla pena, ridotta per la scelta del rito, di anni 2 e mesi 8 di reclusione ed € 12.000,00 di multa così determinata: pena base anni 6 di reclusione ed € 27.000,00 di multa, diminuita ad anni 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, ridotta per la scelta del rito ad anni 2 e mesi 8 di reclusione ed € 12.000,00 di multa; oltre al pagamento delle spese.*

Su quanto in sequestro si è provveduto in riferimento alla posizione di I.S. definita con applicazione della pena; per quanto attiene i telefoni cellulari riconosciuti come propri da E.P. se ne ordina la confisca e la distruzione trattandosi di oggetti dei quali non è conveniente la vendita».

IV. Dispositivo. Il Giudice, «*visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. ritenuta la penale responsabilità di E.P. in ordine al reato al medesimo ascritto, concesse le circostanze attenuanti generiche, lo condanna alla pena ridotta per il rito di anni 2 e mesi 8 di reclusione ed € 12.000,00 di multa; oltre le spese. Ordina la confisca e la distruzione dei telefoni cellulari riconosciuti come propri da E.P. Rigetta la richiesta di revoca della misura cautelare sussistendo il pericolo di reiterazione criminosa*».

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 30 ottobre 2009 – *Pres. Est.* Borsini – O.E.

Sostanze stupefacenti – Differenti tipologie – Detenzione a fini di spaccio – Continuazione (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis,* lett. a); c.p., art. 81, comma 2)**.**

Nel caso di illecita detenzione di differenti tipologie di sostanze stupefacenti non ricorre l'ipotesi della continuazione, poiché la legge n. 49/2006 ha soppresso la distinzione tabellare tra "droghe leggere" e "droghe pesanti", ragione per la quale la detenzione contestuale di sostanze stupefacenti di natura e tipo diversi integrano un unico reato e non più una pluralità di reati in continuazione tra loro (1).

I. Premessa in fatto. Con sentenza pronunciata in data 17 marzo 2009 a seguito di giudizio abbreviato, il Tribunale di Perugia, in composizione

monocratica, dichiarava O.E. colpevole del delitto di cui agli artt. 73, commi 1-*bis,* lett. a) e 5, d.p.r. n. 309/1990, «*per avere illecitamente detenuto ai fini dello spaccio, sulla sua persona e all'interno dell'abitazione dallo stesso occupata n. cinque involucri a forma cilindrica avvolti con nastro adesivo contenenti ciascuno sostanza stupefacente del tipo cocaina, per un peso complessivo di gr. 26,084 con un titolo medio del 18.21% pari a gr. 4,75 di cocaina pura e una bustina trasparente contenente sostanza stupefacente del tipo marijuana costituita da frammenti e semi per un peso di gr. 1,72, con un titolo del principio dell'8% pari a gr. 0,137 di THC puro. In Perugia il 23.2.2009*».

Riconosciuta l'ipotesi attenuata *ex* art. 73, commi 1-*bis* e 5, d.p.r. n. 309/1990, disapplicata la recidiva ed operata la riduzione per il rito, O.E. veniva condannato alla pena di anni 2, mesi 2 di reclusione ed € 400,00 di multa, con la confisca e distruzione degli stupefacenti e la devoluzione all'erario della somma confiscata, nonché la revoca del beneficio della sospensione condizionale concessogli con le sentenze irrevocabili 15.12.2004 del Tribunale di Ferrara e 22.4.2005 della Corte di appello di Perugia.

La responsabilità dell'imputato era dichiarata sulla base dell'arresto in flagranza del reato, essendo O.E. stato trovato in possesso di cinque involucri contenenti cocaina, risultati tutti idonei al confezionamento di 31 dosi singole e 6 quantitativi massimi, nonché di un piccolo quantitativo di marijuana, rinvenuto nel posacenere, idoneo al confezionamento di 5 dosi medie singole, oltre che della somma di € 550,00.

Avverso la sentenza proponeva appello il difensore dell'imputato, lamentando la mancata concessione delle attenuanti generiche, attesi il modestissimo rilievo dei fatti e l'assenza di mezzi per il confezionamento delle dosi, essendo i precedenti risalenti agli anni 2004-2005. Proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza anche il Procuratore generale presso la Corte di appello, deducendo la mancata applicazione dell'aumento di pena per la continuazione, poiché si trattava di sostanze stupefacenti non omogenee, in quanto ricadenti sotto diverse tabelle.

II. Motivi della decisione. La Corte conferma la sentenza impugnata sulla base delle seguenti considerazioni.

«*Entrambi gli appelli (convertito in appello il ricorso per Cassazione del Procuratore generale, a norma dell'art. 580 c.p.p.) non possono essere accolti.*

Ed invero, quanto all'appello del P.g., ritiene il Collegio che non ricorra l'ipotesi della continuazione in relazione ai diversi tipi di sostanze stupefacenti detenute per lo spaccio, atteso che la legge n. 49/2006 ha soppresso la distinzione tabellare tra "droghe leggere" e "droghe pesanti", ragione per la quale "la detenzione contestuale di sostanze stupefacenti

di natura e tipo diversi integrano un unico reato e non più una pluralità di reati in continuazione tra loro" *(Cass., sez. IV, 9 luglio 2007, n. 37993).*

Quanto all'appello proposto dall'imputato, non ritiene il Collegio che l'O.E. sia meritevole di concessione delle attenuanti generiche, essendo gravato da due precedenti specifici ed avendo continuato a commettere lo stesso tipo di reato, in condizioni di clandestinità e pur essendo destinatario della misura di sicurezza della espulsione, sì da lasciar ragionevolmente supporre che l'attività di spaccio costituisca la sua unica fonte di sostentamento.

L'appellata sentenza deve, pertanto, essere confermata, con conseguente condanna dell'imputato al pagamento delle spese relative a questo grado di giudizio.

Non può, infine, essere accolta, per le ragioni di cui al dispositivo, l'istanza di modifica della custodia cautelare in carcere attualmente in esecuzione».

III. Dispositivo. «*La Corte di appello di Perugia visti gli artt. 605, 599, 443, comma 4, e 592 c.p.p., conferma la sentenza emessa in data 17 marzo 2009 dal Tribunale di Perugia, in composizione monocratica, e condanna l'appellante O.E. al pagamento delle spese processuali del grado, assegna il termine di giorni 30 per il deposito della motivazione della sentenza. Sulla istanza* de libertate *proposta nell'interesse di O.E. sentito il parere negativo del P.g.; rilevato che trattasi di reiterazione di istanza già rigettata con ordinanza di questa Corte in data 10.8.2009; ritenuto che non sono venute meno le esigenze cautelari alla base del provvedimento più restrittivo adottato, desunte dai precedenti specifici, commessi in luoghi diversi ed a breve distanza di tempo e che a nulla sono valsi i benefici di volta in volta accordatigli, né l'esistenza di legami con familiari regolarmente presenti in Italia; che inidonea risulta la misura più attenuata degli arresti domiciliari, non risultando recisi legami con ambienti delinquenziali nell'ambito dello spaccio di stupefacenti, tenuto anche conto del fatto che l'imputato ha commesso il reato nella propria abitazione; rigetta l'istanza*».

TRIBUNALE DI PERUGIA – 5 agosto 2009 – *Est.* Cenci – M.G. e P.G.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Insufficienza di prove (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis,* lett. a); c.p.p., art. 530, comma 2).

L'accertata detenzione di un modico quantitativo di sostanze stupefacenti non consente di ritenere la colpevolezza degli imputati oltre il "ragionevole dubbio", quando risulti il loro stato di tossicodipendenza,

non siano rinvenuti strumenti idonei al frazionamento e confezionamento delle droghe ovvero somme di denaro eccedenti l'ordinaria disponibilità dei medesimi, né essi siano colti in qualsivoglia atto di cessione (1).

I. Premessa in fatto. In data 29 luglio 2009 i Sig.ri M.G. e P.G. venivano tratti in arresto ed il giorno seguente, contestualmente alla convalida, era loro applicata la misura degli arresti domiciliari e disposto il rinvio del procedimento al successivo 5 agosto. Ad entrambi veniva contestato il «*delitto di cui agli artt. 73, comma 1*-bis*, d.p.r. n. 309/1990 e 110 c.p. per avere in concorso tra loro detenuto a fini di cessione: sette involucri termosaldati contenenti sostanza stupefacente di tipo eroina per un peso complessivo di gr. 5,84; un involucro termosaldato contenente sostanza stupefacente tipo cocaina per un peso complessivo di gr. 0,87; un frammento di hashish del peso di gr. 3,12. In Perugia il 29.7.2009. Per P.G. con la recidiva semplice* ex *art. 99 c.p.*».

All'udienza gli imputati erano giudicati con le forme del rito abbreviato.

II. Motivi della decisione. «*Deve rilevarsi come l'accusa non abbia nel presente processo dimostrato che la – incontestabile – detenzione da parte dei due in data e luogo di cui in rubrica fosse finalizzata alla cessione, anche solo parziale, a terzi invece che, come sostenuto dagli imputati e dalle difese in discussione, al mero consumo personale.*

I due, infatti, sono tossicodipendenti (v. documentazione in atti), non avevano strumenti idonei al frazionamento ed al confezionamento (es. coltellini, bustine), né somme di denaro eccedenti l'ordinaria disponibilità, né sono stati colti nell'atto di cedere alcunché ad alcuno. Gli elementi di indubbio sospetto che hanno imposto l'arresto e legittimato la valutazione cautelare effettuata nella pertinente fase di semiplena cognitio *(quantità dello stupefacente, di diverse tipologie), sono stati, dunque, validamente contraddetti dalle argomentazioni difensive che meritano accoglimento, sia pure nei termini dubitativi di cui al dispositivo. Valutazione che, peraltro, è perfettamente in linea con quella del giudice della precedente fase, il quale evidenziava, allora, la "*mancanza… di documentazione attestante il dichiarato stato di tossicodipendenza*" (v. ordinanza 30 luglio 2009), circostanza questa poi positivamente emersa mediante produzione da parte della difesa all'odierna udienza di idonea documentazione, per entrambi, proveniente da struttura pubblica e non contestata dal p.m.*»

III. Dispositivo. «*Il Giudice, letto l'art. 530, comma 2, c.p.p.: assolve i Sig.ri M.G. e P.G. dal reato agli stessi contestato, perché il fatto non sussiste; letto l'art. 300 c.p.p.: dispone la immediata perdita di efficacia della misura cautelare attualmente in corso di esecuzione nei confronti*

di entrambi, di cui dispone la immediata liberazione se non detenuti per altra causa; letto l'art. 240 c.p.: ordina la confisca e la distruzione della sostanza stupefacente in sequestro; letti gli artt. 253, 263 e 321 c.p.p.: dispone la restituzione dei telefoni cellulari in sequestro agli aventi diritto; letto l'art. 544 c.p.p.: indica in giorni sessanta il termine per il deposito della motivazione».

IV. Appello del p.m. Si segnala che la pronuncia annotata è stata oggetto di appello da parte del p.m., sulla base delle seguenti motivazioni. «*La sentenza va riformata perché la destinazione allo spaccio della sostanza stupefacente rinvenuta dagli agenti risulta certa. I due imputati alla vista degli agenti cercarono di occultare tutta la sostanza detenuta, parte ingoiandola e parte negli indumenti intimi. Gli agenti rinvennero sette involucri termosaldati contenenti sostanza eroina, un involucro termosaldato contenente cocaina ed un frammento di hashish. La condotta posta in essere dagli imputati (è insolito che l'assuntore cerchi di ingoiare gli involucri) e lo stesso confezionamento della sostanza in dosi pronte per lo spaccio provano quella destinazione richiesta dalla norma penale. Verosimilmente la sostanza era destinata allo spaccio da porre in essere nei luoghi di residenza degli indagati. Non venne rinvenuto denaro perché i due avevano investito il denaro posseduto nell'acquisto del significativo quantitativo di droga*».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 15 ottobre 2008 – *Est.* Micheli – C.M. e altri.

Sostanze stupefacenti – Cessione – Decesso cagionato dalla cessione (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1; c.p., art. 586 c.p.).

Nell'ipotesi di decesso seguito a cessione di sostanza stupefacente, la responsabilità ai sensi dell'art. 586 c.p. non si può considerare oggettiva, riguardando casi in cui la condotta delittuosa di base ha in sé insito il rischio non imprevedibile né eccezionale di porsi come concausa di morte o lesioni; per cui, se uno di questi eventi (ricollegabili psicologicamente, per la non imprevedibilità del pericolo, all'agente) si verifica, si giustifica l'ulteriore conseguenza sanzionatoria (1).

I. Premessa in fatto. Le indagini prendevano le mosse dal decesso di due giovani nell'*hinterland* senese, in entrambi i casi per overdose conseguente all'assunzione di droga. L'assunzione di informazioni dalle persone che frequentavano i ragazzi consentiva di appurare che il D. e il M. si erano rivolti a spacciatori operanti a Perugia, conducendo i successivi accertamenti a identificare i prevenuti C.M., B.M. e K.S. come responsabili

di quelle cessioni. In seguito, disposte le intercettazioni telefoniche sulle utenze in uso agli indagati, l'ipotesi investigativa concernente una loro consolidata attività di spaccio trovava conferma ulteriore.

Emergeva, quindi, che i medesimi avevano effettuato plurime cessioni di stupefacenti (eroina e cocaina) ad un numero piuttosto consistente di consumatori e che l'attività in questione era stata realizzata da una parte dal duo C.M. e B.M., e dall'altra dal K.S., anche se in una circostanza K.S. e C.M. avevano agito in concorso tra loro.

Il p.m. di Siena chiedeva ed otteneva dal G.i.p. di quel Tribunale un provvedimento restrittivo nei confronti degli indagati. I tre, sottoposti ad interrogatorio, si avvalevano della facoltà di non rispondere.

Il fascicolo perveniva per competenza territoriale al p.m. di Perugia, il quale formulava 38 capi di imputazione, di cui si riportano solamente i due più significativi.

C.M., B.M. «*1) del delitto di cui agli artt. 110, 81, comma 1, 586 c.p., e 73 comma 1 d.p.r. n. 309/1990, perché, in concorso tra loro, con un'unica azione: – vendevano a C. due quantitativi di eroina e due quantitativi di cocaina al prezzo complessivo di € 200,00; tale sostanza veniva consegnata materialmente dal C.M., ma nell'attività di spaccio concorreva anche il B.M., da cui in passato lo stesso C. aveva ricevuto sostanza stupefacente; – cagionavano con tale condotta la morte di D., al quale C. cedeva parte della sostanza acquistata. D., infatti, assunta parte del quantitativo di droga venduto da C.M., precipitava in stato di overdose che ne determinava la morte, avvenuta in* (Omissis): *tale evento era certamente prevedibile per C.M., tenuto conto dei quantitativi venduti, della ripetitività degli acquisti operati da C. e da D., e del cattivo "taglio" della sostanza ceduta. In Perugia e Colle Val D'Elsa, 19.6.2007*».

K.S. «*30) del delitto di cui agli artt. 81, comma 1, 586 c.p., e 73, comma 1, d.p.r. n. 309/1990, perché con un'unica azione, vendeva a* (Omissis) *e M. cinque grammi di eroina e tre grammi di cocaina al prezzo complessivo di € 500,00, della quale il M. tratteneva per sé quattro grammi di eroina, e cagionava con tale condotta la morte del M., il quale – assunta la sostanza stupefacente acquistata dal K.S. – precipitava in stato di overdose che lo conduceva alla morte. In Perugia e San Gimignano, 13 e 15.6.2007.*

I rimanenti capi d'imputazione possono così suddividersi: C.M. e B.M., capi 2)-29), di cui 22 capi riguardanti episodi di vendita, 3 capi riguardanti episodi di acquisto e 3 capi riguardanti episodi di cessione di sostanza stupefacente; K.S., capi 31)-37) riguardanti episodi di vendita di sostanza stupefacente; C.M. e K.S., capo 38), riguardante un episodio di vendita di sostanza stupefacente.

Il p.m. esercitava l'azione penale con richiesta di giudizio immediato, cui facevano seguito nell'interesse degli imputati distinte e rituali istanze di giudizio abbreviato.

Nelle more della fissazione dell'udienza camerale, il difensore di B.M. produceva dichiarazioni di due persone informate sui fatti. La prima asseriva di aver ospitato B.M. in Sarnico per circa un mese a partire da circa una settimana dopo il 29 maggio 2007. Il secondo, fratello dell'ospitante e con lui convivente, confermava la circostanza e riferiva che B.M. si era trattenuto per molti giorni.

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene C.M., B.M. e K.S. responsabili dei reati a loro rispettivamente ascritti, ad eccezione degli addebiti *ex* art. 586 c.p. sulla base delle seguenti considerazioni.

«*In ordine alla responsabilità dei prevenuti per la intensa e sistematica attività di spaccio di stupefacenti, non vi è alcuna possibilità di discutere: depongono con solare evidenza nella direzione indicata sia i risultati delle intercettazioni telefoniche* (Omissis), *sia le prove orali raccolte nel corso delle indagini preliminari. Il C.M., assieme al B.M. con cui si scambiavano i cellulari e gli appuntamenti, vendeva eroina e cocaina al C., e secondo quanto riferito da costui, già al D.* (Omissis).

Né è possibile dubitare della genuinità delle deposizioni dei vari acquirenti: esse hanno trovato riscontro sia nelle intercettazioni (a dir poco clamoroso) che nei dati già disponibili, come le risultanze dei tabulati che attestano i contatti tra il C. o lo stesso D. e le utenze in uso al duo C.M./B.M. A proposito del C., si è obiettato che egli aveva inizialmente negato lo svolgersi dei fatti, quindi si era avvalso della facoltà di non rispondere, ed ha offerto la definitiva versione solo la terza volta: tuttavia, considerando che assunse la qualità di persona sottoposta a indagini e che sapeva di dover affrontare il problema della responsabilità della cessione ultima di droga letale al D., il suo comportamento appare comprensibile, ove peraltro si tenga conto che le sue dichiarazioni assurgono a dignità di prova quanto ai reati ex *art. 73 T.U.L.Stup. commessi dagli odierni imputati, ma non altrettanto per l'ipotizzato, ulteriore addebito.*

*Deve infatti ritenersi, ad avviso di questo Giudice e dovendosi affermare una lettura della norma in questione in termini tali da escluderne implicazioni di responsabilità oggettiva, che la necessaria prevedibilità dell'evento morte non possa ancorarsi alla sola condotta materiale presupposta, e che dunque non possa portarsi fino alle estreme conseguenze l'arresto giurisprudenziale secondo cui "*nell'ipotesi prevista dall'art. 586 c.p., di evento diverso che sia conseguenza non voluta di altro reato doloso, per errore nei mezzi di esecuzione o per qualsiasi altra causa, l'elemento soggettivo rispetto a tale evento è ravvisabile nella commissione stessa del reato doloso, che si pone come ipotesi di colpa specifica*", massima che in ogni caso, pur affermando che "*ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo nel reato di cui all'art. 586 c.p. è quindi superflua un'indagine specifica della sussistenza in concreto di una colpa generica, essendo sufficiente quella circa la condotta esecutiva

del reato doloso*", richiede pur sempre una verifica "*circa l'assenza, nel determinismo eziologico dell'evento non voluto, di fattori eccezionali non imputabili all'agente e da costui non dominabili*" (Cass., sez. IV, 11 gennaio 1995, rv. 201242).*

*Peraltro, la Suprema Corte – nell'escludere profili di incostituzionalità della norma in esame – insegna che "*la responsabilità ai sensi dell'art. 586 c.p. (…) non si può considerare oggettiva, riguardando casi in cui la condotta delittuosa di base ha in sé insito il rischio non imprevedibile né eccezionale di porsi come concausa di morte o lesioni; per cui, se uno di questi eventi (ricollegabili psicologicamente, per la non imprevedibilità del pericolo, all'agente) si verifica, si giustifica l'ulteriore conseguenza sanzionatoria*" (Cass., sez. I, 29 gennaio 1997, rv. 207274).*

Nei casi qui in esame, premesso che le risultanze degli esami autoptici convergono senza incertezze per ascrivere le cause della morte del D. e del M. alla pregressa assunzione di stupefacenti, non è possibile affermare con sufficiente certezza che sul piano soggettivo (Omissis) *gli eventi siano da ricollegare alle condotte di spaccio degli imputati.*

Iniziando dalla vicenda D., immediatamente correlata al tema della ritenuta attendibilità del C., deve ricordarsi che il giovane poi deceduto si procurò droga il 18 mattina, recandosi a Perugia dove incontrò o il C.M. o il B.M., considerando i numeri che contattò in base ai tabulati: probabilmente si trattò dell'italiano, visto che il tunisino si trovava a Sarnico (aspetto che per inciso, non rileva affatto in ordine alla responsabilità per le varie cessioni di droga, sia pure se avvenute in sua assenza, dato il costante rapporto di affari che lo legava al C.M.). Altre sostanze stupefacenti le comperò il 18 pomeriggio, quando tornò in questo centro assieme alla Ca.; quindi, ricevette una nuova fornitura tramite il C. che aveva preso due bustine di eroina e due di cocaina dal C.M. nel pomeriggio successivo. A dire della Ca. e del C., con ogni probabilità il D. assunse tutta la droga che era in quel momento in suo possesso: la ragazza ne è certa, avendo anche notato che egli consumò assai più sostanza di lei, il C. lo deduce dalla circostanza che l'amico non gli chiese di portar via siringhe nuove. Certamente era accaduto lo stesso la mattina del 18, perché altrimenti – se il D. avesse ancora avuto una scorta di stupefacenti – non avrebbe avvertito la necessità di rifare un'altra volta avanti e indietro da Perugia. Secondo la difesa del C.M. bisognerebbe allora considerare, già sul piano dell'elemento materiale, che la presunta assunzione letale precedette di parecchie ore la morte: come ricordato, il C. ricorda di aver ricevuto in casa il D. intorno alle 16, e di lì a poco consumarono le loro parti di droga, ma il traffico telefonico sul cellulare del D. documenterebbe attività sino alle 21 circa. Ne conseguirebbe l'impossibilità di escludere che il giovane si andò a procurare altra droga dopo quella assunta a casa dell'amico.

In realtà, l'orario dell'incontro fra il C. e il D. va spostato in avanti: l'sms con cui il primo diceva al secondo che lo stava aspettando è infatti delle 16:12, e il padre del D., a suo tempo, riferì ai Carabinieri che il figlio era uscito dalla sede di lavoro (distante poche centinaia di metri dalla casa del C.) intorno alle 17, in condizioni apparentemente normali. Soprattutto, al di là delle chiamate non risposte o degli sms in arrivo anche in orario successivo, deve rilevarsi che il cadavere del giovane fu rinvenuto alle 19 circa. Ergo*, fra l'assunzione degli stupefacenti (successiva alle 17) e la morte passò un'ora o poco più.*

La droga mortale fu allora, e necessariamente, quella che il C. consegnò all'amico, e che in precedenza gli era stata data dal C.M. A questo punto, però, sul piano dell'elemento psicologico, bisogna considerare che il C.M. non aveva davanti un tossicodipendente che sapeva essere particolarmente fragile, magari perché appena uscito da una comunità, né un "cliente" che gli aveva fatto richieste per quantitativi sensibilmente superiori ai soliti: egli contrattò con il C., che chiese e ricevette due bustine di eroina e due di cocaina. Al massimo, dunque, pure ipotizzando il C.M. che l'altro si trovasse lì per comprare droga anche per il solito compagno, quel giorno assente per motivi contingenti, i quantitativi non erano affatto inusitati: l'acquisto standard *per il C. e il D., quando erano insieme, era per due dosi di eroina e una sola di cocaina, ma nulla esclude che il venditore poté pensare che la seconda busta di cocaina fosse destinata a un terzo amico, o che il C. intendesse tenerla per sé.*

Si potrebbe sostenere che il C.M. doveva rendersi conto degli effetti che una terza assunzione di stupefacenti avrebbe potuto provocare nell'organismo del D., essendo così ravvicinata rispetto a quelle del 18, mattina e pomeriggio: tuttavia, per giungere ad una simile affermazione bisognerebbe provare che egli sapeva della destinazione di quelle sostanze (in parte al D.), dato che si può solo ammettere ma non dimostrare; né si sa – la Ca. non è in grado di riferire circostanze utili – se il D. comperò la droga del pomeriggio del 18 sempre presso il C.M. (al più, visto che a dire della Ca., il D. si rivolse a due spacciatori perché il primo che aveva chiamato non disponeva di cocaina, gli cedette solo sostanza di un tipo).

Come si vede, si tratterebbe solo di ipotesi, non tali da portare a conclusioni al di là di ogni dubbio ragionevole: e si impone pertanto l'assoluzione degli imputati cui viene ascritto il primo addebito ex *art. 586 c.p., quanto meno ai sensi dell'art. 530 cpv. c.p.p.*

Più evidente è l'impossibilità di dimostrare la riferibilità al K.S. dell'evento morte del M. Nella circostanza narrata dalla Mi. e dal Ti., infatti, l'imputato ebbe dinanzi un gruppo di quattro tossicodipendenti (Omissis), *e cedette loro 5 grammi di eroina, nonché 2 o forse 3 di cocaina: è la Mi. a ricordare che il M. tenne per sé 4 grammi di eroina, ma non è dato sapere se il venditore fu messo a conoscenza del fatto che*

il ragazzo successivamente deceduto intendeva fare la parte del leone. Come le successive telefonate confermano, del resto, i vari tossicodipendenti erano soliti chiedere quantità già decise, senza la necessità di informare lo spacciatore sul contenuto degli accordi per la spartizione: e, per evidenti ragioni di cautela, chi cede droga a più persone che sa far parte di un gruppo cointeressato all'acquisto si fa pagare in unica soluzione, senza mettersi di certo in mezzo alla strada a fare la questua presso ciascuno di loro.

Perciò 7 od 8 grammi di sostanza, per quattro compratori, non erano affatto un quantitativo tale da poterne inferire la ragionevole possibilità che uno di costoro potesse trovare la morte in conseguenza dell'assunzione della propria parte.».

III. Sulla pena. «*Nei confronti degli imputati va riconosciuta l'attenuante* ex *art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990, avuto riguardo alle singole cessioni; ogni condotta di spaccio era infatti relativa a quantità di non particolare rilievo* (Omissis), *ed occorre avere riguardo ai vari comportamenti di rilievo penale, semmai da ritenere unificati dal vincolo della continuazione, per operare le valutazioni del caso in punto di offensività. Deve peraltro ricordarsi che l'attenuante in parola non sarebbe esclusa neppure laddove si ritenesse configurabile il reato di cui all'art. 586 c.p., per pacifica giurisprudenza.*

Vero è, in ogni caso, che sul piano della gravità oggettiva e della stessa intensità del dolo un'attività di spaccio fiorente e sistematica come quella descritta per tutti gli imputati non può – sia pure nell'ambito dei limiti edittali previsti per l'attenuante speciale in parola – portare ad ancorare la pena base sui minimi.

*Pena base conforme a giustizia per il C.M. si ritiene pertanto quella di anni 4 di reclusione ed € 9.000,00 di multa; per il B.M., che certamente presiedeva all'attività di spaccio compiuta assieme al C.M. in posizione di maggior rilievo (*Omissis*), quella di anni 4 e mesi 6 di reclusione ed € 10.500,00 di multa; per il K.S., la stessa pena ora indicata per il B.M.*

Nessuno dei prevenuti appare meritevole delle circostanze attenuanti generiche, avuto riguardo alla notevole professionalità dimostrata nell'attività di spaccio di droga, sì da essere divenuti tutti veri e propri punti di riferimento per richieste anche estemporanee di stupefacenti di varia tipologia, sia pure ad opera di tossicodipendenti provenienti da fuori Regione. Il loro comportamento post delictum *non fornisce elementi di sorta per una più favorevole valutazione, ove peraltro si tenga conto che tutti sapevano o immaginavano che la morte del D. o del M. era dovuta all'assunzione di droga da loro rispettivamente ceduta, ma tale consapevolezza non determinò in alcun modo l'interruzione del commercio.*

In ragione del numero degli ulteriori reati commessi (superiore per

il C.M. e il B.M., rispetto a quelli contestati al K.S., e sempre tenendo conto del ruolo di direzione assunto dal B.M.), l'aumento di pena ex *art. 81 cpv. c.p. potrà indicarsi in anni 2 di reclusione ed € 1.500,00 di multa per il C.M. (fino ad anni 6 ed € 10.500,00), anni 2 e mesi 6 di reclusione ed € 1.500,00 di multa per il B.M. (fino ad anni 7 ed € 12.000,00), anni 1 e mesi 6 di reclusione ed € 750,00 di multa per il terzo imputato (fino ad anni 6 ed € 11.250,00)».*

Seguono le applicazioni della diminuente per effetto della scelta del giudizio abbreviato e le pene accessorie.

IV. Dispositivo. «*Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia, visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. dichiara C.M., B.M. e K.S. colpevoli dei reati a loro rispettivamente ascritti, ad eccezione degli addebiti* ex *art. 586 c.p., e ritenuta la continuazione fra i reati medesimi, in costanza dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, T.U.L.Stup., con la riduzione prevista per la scelta del rito condanna C.M. alla pena di anni 4 di reclusione ed € 7.000,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare sofferta; B.M. alla pena di anni 4 e mesi 8 di reclusione ed € 8.000,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare sofferta; K.S. alla pena di anni 4 di reclusione ed € 7.500,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare sofferta; visto l'art. 29 c.p. ordina che gli imputati siano interdetti dai pubblici uffici per la durata di anni cinque; visti gli artt. 15 d.lgs. n. 286 / 1998 e 86 d.p.r. n. 309 / 1990 ordina che B.M. e K.S. siano espulsi dal territorio dello Stato, a pena espiata; visti gli artt. 240 c.p. e 263 c.p.p., quanto ai beni e valori in sequestro dispone (*Omissis*); visti gli artt. 442, 530, comma 2, c.p.p. assolve C.M. e B.M. dal reato di cui al capo 1), limitatamente all'addebito* ex *art. 586 c.p., perché il fatto non sussiste per difetto di nesso causale; visti gli artt. 442, 530 c.p.p. assolve K.S. dal reato di cui al capo 30), limitatamente all'addebito* ex *art. 586 c.p., perché il fatto non sussiste per difetto di nesso causale; visti gli artt. 442, 544, comma 3, c.p.p. indica in giorni novanta il termine per il deposito della motivazione*».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 25 settembre 2008 – *Est.* MICHELI – K.K.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, commi 1-*bis*, lett. a); c.p.p., art. 192, comma 2).

Commette il delitto di illecita detenzione di stupefacenti chi ne venga trovato in possesso allorquando, avuto riguardo al quantitativo detenuto, in particolare ove superiore alle soglie individuate da fonte amministrativa, alle modalità di presentazione, al peso lordo complessivo, al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell'azione, la sostanza detenuta appaia destinata ad un uso non esclusivamente personale.

Tali elementi non hanno, peraltro, valenza autonoma, nel senso che ciascuno di essi, singolarmente preso, non autorizza a concludere che la sostanza stupefacente sia detenuta a fini di spaccio, essendo indispensabile una valutazione complessiva dell'evidenza disponibile. Ne deriva che la detenzione di un quantitativo di sostanza stupefacente inferiore al quantitativo "soglia", non è idonea ad escludere la colpevolezza dell'imputato che sia provata dalla presenza di ulteriori indizi gravi, precisi e concordanti (1).

I. Premessa in fatto. In data 16 ottobre 2006, personale della Squadra Mobile della Questura di Perugia, nell'ambito di un controllo dell'area adibita a giardini pubblici nei pressi di Piazza Partigiani, sorprendevano K.K. in possesso di 35 grammi di hashish, suddivisi in 9 stecche del tipo normalmente oggetto di cessioni al minuto. Il K.K. veniva denunciato a piede libero.

I risultati delle analisi tossicologiche rivelavano una quantità assai modesta dello stupefacente (principio attivo THC pari all'1,1%), corrispondente ad un quantitativo di 15 dosi attive e, pertanto, inferiore ad un quantitativo "soglia".

Il p.m. formulava l'imputazione nei confronti di K.K. per il «*delitto previsto e punito dall'art. 73 d.p.r. n. 309/1990, per avere detenuto a fini di spaccio gr. 35 di hashish, suddivisi in 9 stecche pronte per la cessione a terzi. In Perugia, 16.10.2006*».

L'imputato veniva giudicato con il rito abbreviato.

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene K.K. responsabile del reato ad egli ascritto sulla base delle seguenti considerazioni.

«*Occorre rammentare che, a seguito della novella legislativa n. 49/2006, commette il delitto di illecita detenzione di stupefacenti chi ne venga trovato in possesso allorquando, avuto riguardo al quantitativo detenuto, in particolare ove superiore alle soglie individuate da fonte amministrativa, alle modalità di presentazione, al peso lordo complessivo, al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell'azione, la sostanza detenuta appaia destinata ad un uso non esclusivamente personale.*

Il legislatore ha, in altri termini, fornito l'interprete di una serie di elementi indiziari la sussistenza dei quali costituisce lo spartiacque tra

un comportamento pienamente lecito (il possesso dello stupefacente finalizzato al consumo personale) e una condotta penalmente sanzionata (la detenzione finalizzata allo spaccio).

Come chiarito da un orientamento ormai consolidato della Suprema Corte (Cass., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 17899), tali elementi non hanno valenza autonoma nel senso che ciascuno di essi, singolarmente preso, non autorizza a concludere che la sostanza stupefacente sia detenuta a fini di spaccio, essendo indispensabile una valutazione complessiva dell'evidenza disponibile.

Senza in alcun modo invertire l'onere della prova, spetta alla pubblica accusa dimostrare, allegando uno o più degli elementi sopra indicati, che la sostanza stupefacente sia detenuta al fine di cederla e non solo per il consumo personale. Tuttavia, qualora emergano dagli atti o siano allegate dalla difesa dell'imputato circostanze che depongano in quest'ultima direzione (ad esempio lo stato di tossicodipendente del detentore, la qualità e quantità dello stupefacente rapportate al fabbisogno personale in relazione all'età e al processo di naturale scadimento degli effetti droganti, la capacità patrimoniale dell'imputato in relazione alla quantità e qualità della droga ed al prezzo sul mercato) si determina un contrasto probatorio che rende gli indizi raccolti dal p.m. non sufficienti a fondare una pronuncia di condanna ai sensi degli artt. 192 e 533, comma 1, c.p.p.

Ciò posto, nel caso di specie il quantitativo "soglia" non è superato, e dunque l'hashish detenuto dal K.K. – sotto tale profilo – non può dirsi che "apparisse" destinato alla cessione; va tuttavia sottolineato che il dato ponderale al lordo risultava piuttosto allarmante, essendo superiore ai 35 grammi, e che si trattava di droga suddivisa in "stecche", detenuta da un soggetto che si trovava in una zona normalmente praticata da consumatori in cerca di sostanze da comprare. Orbene, il prevenuto potrebbe ritenersi uno degli ipotizzati tossicodipendenti, magari portatosi sul posto per procurarsi proprio la sostanza trovata poco dopo nel suo pacchetto di sigarette: ma non può dimenticarsi che egli, ben distinguendosi da un compratore appena entrato in possesso di droga, il cui routinario comportamento è quello di allontanarsi dal luogo dove ha perfezionato l'acquisto per andare a consumarla, nasconderla o dividerla con altri acquirenti, si trovava tranquillamente seduto su una panchina nel bel mezzo dei giardini pubblici.

Il suo atteggiamento, con ogni logica verosimiglianza, è coerente con l'ipotizzata veste di venditore dell'hashish, essendo peraltro inusuale l'acquisto di 35 grammi di quel tipo di droga già divisi in stecche, quando un quantitativo di tal fatta può più comodamente essere ceduto sotto forma di una porzione di panetto. In punto di convergenza e gravità degli indizi, va infine rilevato che il certificato penale dell'imputato

conferma la sua ormai risalente attività di spacciatore: al di là di altri precedenti eterogenei, il K.K. risulta condannato per fatti di identica indole sia nel 2000 che nel 2002 (per quest'ultima pronuncia, intervenuta nel quinquennio precedente alla commissione del reato per cui si procede, si impone la revoca del beneficio della sospensione condizionale allora concesso), e nuovamente arrestato in flagranza nel 2003. Lungi dal delinearsi come abituale consumatore di droga, il prevenuto sembra aduso a farne commercio, il che costituisce la quadratura definitiva del contesto indiziario sopra delineato.

In punto di elemento soggettivo, è ictu oculi *evidente che del possesso dell'hashish il K.K. fosse ben consapevole, visto che, come sopra osservato, tentò di nascondere il pacchetto di sigarette sotto una gamba*».

III. Sulla pena. «*Se dunque sussistono gli estremi per affermare la penale responsabilità dell'imputato, appare comunque configurabile nel caso di specie l'attenuante del "fatto lieve" ai sensi del quinto comma dell'art. 73 T.U.L.Stup.: come detto, ci si trova dinanzi ad un quantitativo non trascurabile di hashish solo con riguardo al dato del peso lordo, ma le analisi tossicologiche consentono di affermare una modesta offensività della condotta criminosa.*

*Quanto all'applicabilità dell'art. 62-*bis *c.p., va invece rilevato che il K.K. è un pluripregiudicato, con tanto di precedenti specifici e pregresse esperienze di restrizione che tuttavia non sembrano aver sortito valenza deterrente: non sembrano dunque praticabili riduzioni di pena per attenuanti generiche.*

La responsabilità del K.K., per le ragioni esposte ed alla luce dei criteri indicati dall'art. 133 c.p., deve pertanto dichiararsi indicando una pena base di anni 1 e mesi 6 di reclusione ed € 6.000,00 di multa. Detta pena, fissata in base ai limiti edittali stabiliti per l'attenuante ad effetto speciale, potrà ridursi solo per la scelta del rito, fino ad anni 1 di reclusione ed € 4.000,00 di multa.

Si impone la revoca della sospensione condizionale concessa con la sentenza di cui al dispositivo, per effetto della ricaduta infraquinquennale in un crimine di identica indole.

Va ordinata la confisca dello stupefacente in sequestro ai sensi dell'art. 240 c.p.».

IV. Dispositivo. «*Il Giudice per l'udienza preliminare, visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. dichiara K.K. colpevole del reato a lui ascritto e – in costanza dell'attenuante* ex *art. 73, comma 5, T.U.L.Stup., con la riduzione prevista per la scelta del rito – lo condanna, alla pena di anni 1 ed € 4.000,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali; visto l'art. 168, comma 3, c.p. revoca il beneficio della sospensione con-*

dizionale della pena concesso a K.K. con la sentenza 17.12.2002 (irrev. 21.2.2003) della Corte d'Appello di Venezia, confermativa della sentenza 12.6.2001 del G.i.p. presso il Tribunale di Rovigo; visto l'art. 240 c.p. ordina la confisca e la distruzione di quanto in sequestro».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 21 giugno 2007 – *Est.* MICHELI – F.F.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Quantitativo soglia – Superamento – Presunzione relativa (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis,* lett. a).

*La presunzione di rilievo penale della condotta di detenzione di stupefacenti oltre i quantitativi "soglia" prescritti dalla legge, in base all'art. 73, comma 1-*bis *d.p.r. n. 309/1990 deve ritenersi relativa, suscettibile di venire superata dalla sussistenza di elementi istruttori di segno contrario, che l'indagato ha pur sempre la possibilità di allegare dinanzi alla contraria ricostruzione del p.m., che si fondi sul mero dato ponderale (senza dunque poter parlare di vera e propria inversione dell'onere probatorio, come già rilevato in dottrina e nelle prime interpretazioni giurisprudenziali richiamate).*

Qualora gli elementi in questione non costituiscano il frutto di una allegazione di parte, ma siano già – almeno in parte – ricavabili dal carteggio processuale, sarà preciso dovere del Giudice tenerli nella adeguata considerazione (1).

I. Premessa in fatto. In data 30 dicembre 2006 militari del Comando Compagnia Carabinieri di Foligno – Nucleo Operativo e Radiomobile – sottoponevano a controllo un'autovettura "Fiat Stilo", segnalata poiché procedeva a velocità elevata. Durante il controllo, il Sig. F.F. consegnava spontaneamente un involucro in *cellophane*, occultato nel palmo della mano destra, contenente circa 30 grammi lordi di cocaina.

Il Sig. F.F. veniva tratto in arresto e in sede di udienza di convalida dichiarava che la droga era destinata al proprio consumo personale, adducendo condizioni economiche sufficienti a consentirgli di approvvigionarsene in quantità analoghe a quella sequestrata.

Le analisi tossicologiche confermavano la natura della sostanza, il cui peso netto in origine risultava pari a gr. 29,768, con principio attivo nella misura del 14,65%, idoneo per 29 dosi medie da mg. 150 e 5 quantitativi c.d. "soglia" da mg. 750, ai sensi dell'art. 4 *vicies-ter* della legge n. 49/2006.

Il p.m. formulava, dunque, l'imputazione nei confronti di F.F. per il

«delitto di cui all'art. 73, comma 1 d.p.r. n. 309 / 1990, per avere detenuto a fini di cessione un involucro in plastica termosaldata contenente sostanza stupefacente del tipo cocaina, per un peso complessivo pari a gr. 29,768 (di cui gr. 4,36 di cocaina pura, utile per il confezionamento di 29 dosi medie singole e 5 quantitativi massimi da mg. 750 "soglia". In Spello, 30.12.2006. Con la recidiva reiterata, infraquinquennale ed aggravata dall'aver commesso il reato dopo l'esecuzione della pena (art. 99, comma 4, c.p.)».

L'imputato veniva giudicato con il rito abbreviato. In udienza camerale si rigettava una richiesta di integrazione istruttoria per l'acquisizione delle dichiarazioni dei redditi del prevenuto.

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene F.F. responsabile del reato ad egli ascritto sulla base delle seguenti considerazioni.

«Il primo problema da affrontare riguarda la rilevanza penale tout court *della detenzione di quantità di sostanze stupefacenti superiori ai quantitativi "soglia", come ipotizzato dal pubblico ministero; la difesa, al contrario, ha sostenuto che – pure a seguito dell'introduzione dell'art. 73, comma 1-*bis *d.p.r. n. 309 / 1990 – l'imputato può sempre vedersi riconosciuta la mera illiceità amministrativa della condotta in caso di possesso di droga per uso personale, a prescindere dalla quantità posseduta.*

Sul punto, conformemente del resto ai primi arresti della giurisprudenza di merito, si deve convenire con la difesa.

*La presunzione di rilievo penale della condotta di detenzione di stupefacenti oltre i quantitativi "soglia" prescritti dalla legge, in base al ricordato art. 73, comma 1-*bis *T.U.L.Stup. deve infatti ritenersi relativa, suscettibile di venire superata dalla sussistenza di elementi istruttori di segno contrario, che l'indagato ha pur sempre la possibilità di allegare dinanzi alla contraria ricostruzione del p.m., che si fondi sul mero dato ponderale (senza dunque poter parlare di vera e propria inversione dell'onere probatorio, come già rilevato in dottrina e nelle prime interpretazioni giurisprudenziali richiamate). Ovviamente, qualora gli elementi in questione non costituiscano il frutto di una allegazione di parte, ma siano già – almeno in parte – ricavabili dal carteggio processuale, sarà peraltro preciso dovere del Giudice tenerli nella adeguata considerazione.*

A tale conclusione deve pervenirsi non solo in base all'interpretazione sistematica imposta dalla correlata lettura dell'art. 75 d.p.r. n. 309 / 1990, rimasto inalterato pure a seguito della novella, ma anche ricostruendo l'effettiva ratio legis *sottesa alle modifiche appena ricordate: il testo del nuovo comma 1-*bis *dell'art. 73 fu corretto proprio nella parte in cui prevedeva inizialmente la rilevanza penale* ipso facto *di fattispecie consimili, rimasta invece – a conferma ulteriore della volontà del legislatore qui tratteggiata – nella successiva lett. b), in tema di medicinali suscettibili di abuso e contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope. Nella lettera*

*a), che qui deve applicarsi a prescindere dalla portata formale del capo d'imputazione (dove si richiama il comma 1, non già il successivo), viene infatti sanzionato il comportamento di chi detenga sostanze stupefacenti o psicotrope che "*appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale*", e detta "apparenza" può desumersi sia dal quantitativo – ove superiore ai limiti massimi indicati con decreto ministeriale – sia dalle modalità di presentazione, concernenti l'eventuale confezionamento frazionato od altre circostanze dell'azione; al contrario, nella lettera b) è sufficiente (per i medicinali contenenti peculiari sostanze stupefacenti), l'eccedenza rispetto al quantitativo prescritto.*

Ergo, *l'apparenza che si ricava dalle circostanze concrete del fatto agevola il compito dell'inquirente, ma rimane pur sempre confinata al rango di presunzione relativa, suscettibile di essere superata dalla contraria dimostrazione dell'effettiva destinazione della droga all'uso personale.*

Ciò posto, nel caso di specie il quantitativo "soglia" è ampiamente superato, di circa cinque volte, e dunque la cocaina detenuta dal F.F. "appariva" destinata alla cessione, almeno in parte. Tale constatazione empirica, che secondo il rappresentante della pubblica accusa già sarebbe sufficiente per provare la materialità del fatto-reato, non è invece bastevole.

Può dirsi, alla luce delle ulteriori emergenze processuali (anche acquisite per allegazione difensiva), che tale apparenza risulta superata da dati di segno contrario?

Vero è che la droga non era confezionata in più involucri, dunque non se ne poteva ipotizzare uno spaccio imminente a terzi, ma è ragionevole ritenere che il F.F. ne fosse entrato in possesso poco prima: come a suo tempo rilevato dal Tribunale per il riesame, egli andava un po' troppo di fretta (dimostrandosi piuttosto sprovveduto, visto che proprio l'eccessiva velocità occasionò il controllo da parte delle forze dell'ordine), evidentemente al fine di raggiungere nel più breve tempo possibile il luogo dove tenere il rischioso fardello. Perciò, mentre dinanzi a 4 o 5 grammi di cocaina l'esistenza di un solo involucro può leggersi in termini favorevoli all'imputato (esistendo per fatto notorio consumatori in grado di assumerne per simili quantità nel giro di poche ore), non è altrettanto a dirsi dinanzi a un sacchettino contenente quasi 30 grammi di sostanza: il F.F. poteva essere un consumatore in proprio, che voleva portare la droga a casa per ivi nasconderla, ed assumerne un po' alla volta nei giorni successivi, ma con altrettanta probabilità poteva essere uno spacciatore che se l'era appena procurata e si dirigeva verso casa con l'intento di confezionarla in dosi, o così pure un soggetto che aveva l'intenzione di portarla tutta insieme in un luogo stabilito, in parte per consumarla e in parte per cederla a persone che sapeva interessate a quella merce (a prescindere dal fatto se intendesse farlo a titolo gratuito o facendosi pagare).

Potrebbe essere significativo, al fine di dirimere l'alternativa indicata, tenere conto che la qualità di consumatore di droga da parte del F.F. è meramente allegata: non risulta che egli sia stato seguito dal Se.R.T. competente per territorio, e non sono state eseguite analisi di sorta. Tuttavia, si può prestar fede alle dichiarazioni dell'imputato, visto che non venne eseguita nell'immediatezza una perquisizione domiciliare, che forse avrebbe consentito di rinvenire qualche elemento a sostegno della presunta tossicodipendenza. Appare rilevante, invece, prendere atto del peculiare giorno del sequestro, trattandosi dell'antivigilia di fine anno.

*La tesi più logica, per un soggetto colto nel flagrante possesso di 30 grammi di cocaina il giorno prima di San Silvestro, è che egli avesse sì fatto una scorta nella prospettiva delle feste, ma che quella scorta non servisse solo a lui: è impossibile immaginare che nella notte di Capodanno una persona normale fosse in grado di assumere così tanta droga, né è logico immaginare che gli dovesse servire fino a comprendere l'Epifania o i primi giorni di Carnevale. La situazione di apparenza, che ai sensi dell'art. 73, comma 1-*bis *d.p.r. n. 309 / 1990 è già sufficiente ad affermare la penale responsabilità, depone dunque nel senso di un consumo di quei 30 grammi di stupefacente da parte del F.F. e di altri. Nulla è stato acquisito in senso contrario, come un ipotetico accordo tra l'imputato ed altri consumatori per l'acquisto da parte sua di droga da recapitare all'intero gruppo per il consumo di tutti, pertanto la norma incriminatrice appena richiamata deve intendersi applicabile alla fattispecie.*

In punto di elemento soggettivo, è ictu oculi *evidente che del possesso della cocaina il F.F. fosse ben consapevole, visto che ne fece oggetto di consegna spontanea ai verbalizzanti*».

III. Sulla pena. «*Appaiono comunque configurabili nel caso di specie sia l'attenuante del "fatto lieve" ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 73 T.U.L.Stup., sia le circostanze attenuanti generiche. Sotto il primo profilo, ci si trova dinanzi ad un quantitativo non trascurabile di cocaina, ma l'ipotesi di una parziale destinazione al consumo personale induce a ridimensionare la gravità complessiva della condotta (i precedenti penali del prevenuto non possono rilevare al fine indicato, avendo l'attenuante in parola natura oggettiva): del resto, avendo il legislatore previsto per il "fatto lieve" pene detentive edittali che vanno da 1 a 6 anni di reclusione, si impone un approccio esegetico ragionevole, tale da non far ricomprendere nella portata della diminuente i soli casi limite di spaccio al minuto di minime quantità di droga. Ovviamente, in casi come quello in esame, dovrà muoversi da una pena base non ancorata sui termini inferiori, ove l'attenuante sia comunque da ritenere prevalente su eventuali circostanze di segno contrario.*

*Quanto all'applicabilità dell'art. 62-*bis *c.p., va tenuto presente che il F.F. non è gravato da recidiva specifica, e soprattutto rileva la sponta-*

nea consegna da parte sua della cocaina che deteneva; onde pervenire a un trattamento sanzionatorio effettivamente proporzionato alla gravità ed offensività del fatto-reato, le attenuanti indicate potranno ritenersi prevalenti sulla recidiva contestata, secondo un computo che la recentissima giurisprudenza della Corte Costituzionale consente comunque di operare (essendo il divieto di prevalenza delle circostanze favorevoli al reo sulla recidiva da confinare ai soli casi di cui all'art. 99, comma 4, ultima parte c.p.). È conforme a giustizia, in ogni caso, limitare l'entità della riduzione per attenuanti generiche in termini più contenuti rispetto al massimo astrattamente possibile.

La responsabilità del F.F., per le ragioni esposte ed alla luce dei criteri indicati dall'art. 133 c.p., deve pertanto dichiararsi indicando una pena base di anni 3, mesi 6 di reclusione ed € 7.000,00 di multa, previo giudizio di prevalenza delle attenuanti ex *artt. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990 e 62-*bis *c.p. sulla recidiva di cui alla rubrica. Detta pena, fissata in base ai limiti edittali stabiliti per la prima attenuante a effetto speciale, potrà ridursi per le generiche ad anni 2 e mesi 9 di reclusione ed € 5.400,00 di multa.*

Pena finale sarà dunque quella di anni 1 e mesi 10 di reclusione ed € 3.600,00 di multa, non suscettibile di benefici (l'imputato ha già goduto due volte di sospensione condizionale). Consegue la condanna al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione di quelle di mantenimento in carcere, e va ordinata la confisca dello stupefacente in sequestro: il ricordato telefono cellulare risulta già da tempo restituito all'avente diritto».

IV. Dispositivo. «*Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Perugia, visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. dichiara F.F. colpevole del reato a lui ascritto, riconoscendogli – l'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990 – le circostanze attenuanti generiche (prevalenti sulla recidiva contestata) e, con la riduzione prevista per la scelta del rito, lo condanna alla pena di anni 1 e mesi 10 di reclusione ed € 3.600,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese di mantenimento in carcere durante la custodia cautelare sofferta; visto l'art. 240 c.p. ordina la confisca e la distruzione dello stupefacente in sequestro; visti gli artt. 442, 544, comma 3, c.p.p. indica in giorni novanta il termine per il deposito della motivazione*».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 1 dicembre 2006 – *Est.* VADALÀ – B.D. e altri.

Sostanze stupefacenti – Traffico internazionale – Ingente quantitativo (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, artt. 73, comma 1, 80, comma 2).

*L'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/1990 ricorre quando la sostanza stupefacente sia oggettivamente di quantità notevole e comunque tale da superare con accento di eccezionalità la quantità usualmente trattata in transazioni del genere nell'ambito territoriale nel quale il giudice del fatto opera, senza ulteriore riferimento al mercato ed alla sua saturazione (*fattispecie in cui il Giudice ha respinto ogni valutazione di natura relativistica, ipotizzabile in base alle caratteristiche del mercato perugino, operata dai difensori al fine di richiedere l'esclusione dell'aggravante dell'ingente quantitativo) (1).

I. Premessa in fatto. Nel mese di giugno dell'anno 2003 la Procura della Repubblica di Arezzo, tramite la locale Squadra Mobile, a seguito dell'arresto in flagranza di reato di tale T.K. e del suo interrogatorio, avviava un'indagine nel cui ambito era intercettata l'utenza in uso a tale "Karim", poi identificato per L.M. Trasmessi gli atti per competenza alla Procura di Perugia, le indagini, eseguite dalla Squadra Mobile presso la Questura di Perugia e dal R.O.N.O. del Comando Provinciale dei Carabinieri di Perugia, consentivano di ricostruire numerosi episodi di spaccio di sostanza stupefacente del tipo cocaina, verificatisi in Perugia ed Umbertide sino al 20 maggio 2004, data di interruzione delle operazioni d'intercettazione telefonica.

Delineati i profili di responsabilità dei soggetti coinvolti, venivano effettuati numerosi arresti e fermi tra il 20 ed il 21 maggio 2004. La Squadra Mobile ha redatto delle schede per ciascun indagato, dalle quali si evincono i dettagli relativi alle singole posizioni.

Dalla ricostruzione degli inquirenti emergeva la sussistenza di una struttura piramidale al cui vertice era collocato L.M. La cocaina veniva importata in Italia da una cittadina tedesca, tale W.K., la quale mensilmente acquistava lo stupefacente in Olanda e lo trasportava in Italia a bordo della sua Mercedes fino all'abitazione del L.M. in Perugia, per fare poi ritorno in Germania. Dopo circa 15 giorni dalla cessione dello stupefacente, la W.K. rientrava in Italia con l'aereo, per ritirare dal L.M. il denaro, provento della vendita della droga.

L.M. risultava essere l'organizzatore, partecipando alle trattative per le vendite importanti, impartendo disposizioni ai suoi collaboratori (definiti "cavalli"), raccogliendo il denaro utilizzato per il rifornimento di stupefacenti e fungendo da referente esclusivo del corriere tedesco. L.M. aveva una fitta rete di distribuzione che gli consentiva di trattare le partite di droga acquistate dalla W.K., in quanto prenotate prima del suo arrivo.

I collaboratori del L.M., erano individuati in L.Ab., L.Az., H.A., M.H. e M.B., per la rivendita a terzi di stupefacente del tipo cocaina e l'esazione del prezzo.

M.R., residente in Perugia, era indicato quale principale acquirente d'ingenti quantitativi di cocaina destinati alla vendita al minuto ed anticipava le somme, necessarie per l'acquisto, nella misura corrispondente alla quota a lui destinata. M.R., con l'ausilio di persone di sua fiducia (P.G., L., C. e, in un secondo tempo, F.A.), distribuiva lo stupefacente acquistato dal L.M.

S.W. e P.A. si rivelavano essere referenti per la distribuzione dello stupefacente nei rispettivi territori di Umbertide e Faenza.

Agli arresti si giungeva mediante una "consegna controllata" di W.K., avvenuta il 20 maggio 2004. Alla precedente ultima consegna, effettuata in data 17 marzo 2004, era seguito l'arresto in flagranza di C.S. e M.M., trovati in possesso di gr. 500 di cocaina acquistata da L.M. in data 19 marzo.

II. Svolgimento del processo. Il p.m. formulava a carico degli indagati richiesta di rinvio a giudizio, depositandola in data 12 ottobre 2005. In questa sede si riportano le contestazioni relative ai principali imputati del procedimento.

L.M., W.K., M.R. (*Omissis*). «*a) delitto di cui agli artt. 110 e 112 n. 1 c.p., 73, comma 1, 80, comma 1, lett. b) – in relazione all'art. 112 n. 2 c.p. – e comma 2 d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro e con H.A. (*Omissis*), importavano, al fine di farne commercio, kg. 1,5 di sostanza stupefacente del tipo cocaina, trasportata materialmente dalla W.K. dalla Germania in Italia ben occultata dietro il vano porta oggetti della sua autovettura Mercedes CLK tg. (*Omissis*) e che veniva ritrovata con l'ausilio delle unità cinofile della G.d.F. di Perugia, una volta giunta a destinazione, sotto casa dei fratelli L. Con le aggravanti del concorso di più di cinque persone nel reato, dell'ingente quantità di sostanza e con il L.M. e la W.K. quali promotori ed organizzatori della cooperazione nel reato ed il M.R. quale parziale finanziatore dell'acquisto. In Perugia, il 20.5.2004*».

L.M., W.K. «*b) delitto di cui agli artt. 110, 81 cpv. c.p., 73, comma 1, 80, comma 1, lett. b) – in relazione all'art. 112 n. 2 c.p. – e comma 2 d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro e con tale "Mohamed" non meglio identificato, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, acquistavano (in Olanda dal Mohamed), detenevano, trasportavano importandola dalla Germania in Italia, e vendevano ingenti quantità di sostanza stupefacente del tipo cocaina che la W.K. consegnava al L.M., il quale provvedeva ad immetterla nel mercato perugino personalmente ed attraverso altri concorrenti. In Perugia, dal dicembre 2003 al maggio 2004 (data dell'arresto della W.K.)*».

L.M. «*c) delitto di cui agli artt. 73, comma 1, 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90 perché cedeva, dietro corrispettivo di un prezzo, gr. 500 di sostanza*

stupefacente del tipo cocaina a C.S. e M.M. (arrestati in flagranza subito dopo l'acquisto). In Perugia, il 20.3.2004».

L.M. (*Omissis*). «*d) delitto di cui agli artt. 81 cpv., 110 e 112 n. 1 c.p., 73, comma 1, 80, comma 1, lett. b) – in relazione all'art. 112 n. 2 c.p. – d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro e con H.A.* (Omissis)*, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi e con cadenza pressoché giornaliera, cedevano, dietro corrispettivo di un prezzo, diversi quantitativi di sostanza stupefacente del tipo cocaina ad innumerevoli acquirenti, alcuni dei quali meri consumatori, altri a loro volta spacciatori* (Omissis)*. Con l'aggravante per il L.M. di aver promosso ed organizzato la cooperazione nel reato. In Perugia, dal dicembre 2003 al 20.5.2004 (data degli arresti e dei fermi)*».

M.R. (*Omissis*). «*f) delitto di cui agli artt. 81 cpv., 110 e 112 n. 1 c.p., 73, comma 1, 80, comma 1, lett. b) – in relazione all'art. 112 n. 2 c.p. – d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, cedevano, dietro corrispettivo di un prezzo, vari quantitativi di sostanza stupefacente del tipo cocaina, fornita al M.R. dal L.M., ad innumerevoli acquirenti* (Omissis)*. Con l'aggravante per il M.R. di aver organizzato e diretto la cooperazione nel reato. In Perugia, dal febbraio 2004 al 20.5.2004 (data dei fermi di M.R., P.G., L. e C.)*».

P.A. (*Omissis*). «*h) delitto di cui agli artt. 81 cpv., 110 c.p., 73, comma 1, d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro e con S.T.* (Omissis)*, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi, dopo essersi riforniti da L.M. di cospicui quantitativi di cocaina, la cedevano a terzi dietro corrispettivo di un prezzo. In Faenza, dal febbraio 2004 al 20.3.2004 (data dell'arresto di C.S. e M.M.)*».

S.W. (*Omissis*). «*i) delitto di cui agli artt. 81 cpv., 110 c.p., 73, comma 1, 80, comma 1, lett. b) – in relazione all'art. 112 n. 2 c.p. – d.p.r. n. 309/90 perché, in concorso tra loro, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in tempi diversi e con cadenza pressoché giornaliera, dopo essersi riforniti da L.M. di cospicui quantitativi di cocaina, la cedevano, dietro corrispettivo di un prezzo, a numerosi acquirenti, alcuni dei quali meri consumatori, altri a loro volta spacciatori, quali:* (Omissis)*. Con l'aggravante, per il S.W., di aver organizzato la cooperazione nel reato e diretto l'attività dei concorrenti nel medesimo. In Umbertide, dal febbraio 2004 al 20.5.2004 (data di interruzione delle operazioni di intercettazione telefonica)*».

All'esito dell'udienza preliminare alcuni imputati venivano rinviati a giudizio, altri condannati con sentenze di applicazione della pena su richiesta, altri ancora condannati con sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato, di cui si riportano i passaggi più significativi.

III. Sui criteri di determinazione della pena. Il Giudice giunge a ritenere colpevoli tutti gli imputati sottoposti a giudizio abbreviato. In punto di pena la motivazione della sentenza contiene il seguente preambolo.

«*Le pene sono state tutte determinate, in conformità alle richieste formulate dal p.m., poiché tutte ritenute proporzionate alle condotte criminose: nei casi di L.M., W.K., M.R. e M.B. si è tenuto conto, nel determinare la pena base, della continuazione c.d. "interna", contestata nell'ambito del reato, rispettivamente indicato come il più grave.*

Si rappresenta che ai sensi dell'art. 2, comma 3, c.p., la legge più favorevole al reo è, quella vigente al momento attuale, ovvero la l. 21 febbraio 2006, n. 49, che ha convertito con modificazioni il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272.

*In particolare, l'art. 4-*bis *del predetto decreto punisce le condotte di cui all'art. 73 del d.p.r. n. 309/90, con la reclusione da sei a vent'anni e con la multa da € 26.000,00 ad € 260.000,00, sanzione che per quanto riguarda la multa è più favorevole rispetto alla precedente.*

Se in astratto la normativa più recente è più favorevole, in relazione alla pena della multa stabilita per il reato base, in concreto dovrà essere applicata alle ipotesi meno gravi, di cui alla diminuente dell'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/90 la normativa, di cui al testo previgente, che per le violazioni concernenti le tabelle I e III dell'art. 14 (tabelle attualmente abolite, stante l'equiparazione di tutte le sostanze stupefacenti), prevedeva una pena pecuniaria inferiore sia nel minimo (€ 2.582,00 anziché € 3.000,00), sia nel massimo (€ 25.822,00 anziché € 26.000,00), rispetto alla normativa attuale.

Appare applicabile sin da questa fase, in forza di quanto ritenuto dalla giurisprudenza in precedenti, analoghe occasioni, l'indulto di cui al d.p.r. n. 241/06, per gli imputati in relazione ai quali, pur intervenendo sentenza di condanna, non risulti contestata l'aggravante, di cui all'art. 80, comma 1, lett. a) o di cui all'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90.

Non sussistono, infatti e ai termini del suindicato decreto, ragioni ostative all'applicazione del provvedimento clemenziale, se non quelle espressamente indicate nell'art. 2, lett. b) di quel decreto».

IV. Elementi di prova. Il compendio investigativo si caratterizza per la presenza di un consistente numero di intercettazioni. Su alcune, ritenute più significative, prende le mosse l'analisi compiuta dall'organo giudicante.

Dalla lettura delle trascrizioni di alcune conversazioni registrate nei giorni compresi fra il 20 febbraio ed il 20 marzo 2004 (data dell'arresto di C.S. e M.M.) sulle utenze radiomobili in uso a L.M. e a C.S, il Giudice desume lo spessore criminale di "Karim" ed il suo ruolo predominante

all'interno del gruppo di cui fa parte, nonché i suoi contatti con la fornitrice straniera W.K.

«*Con la telefonata n. 10 sull'utenza* (Omissis) *del 24 febbraio, la W.K. preannuncia infatti a Karim un arrivo a Dubai nel weekend, e guarda caso ella fu presente a Perugia (*Omissis) *il 29 febbraio: infatti, ella richiamò il L.M. quella mattina prima delle 8:00 dicendogli di aprire la porta (tel. n. 80). Il 9, a riprova della presenza a Perugia, ella chiama il L.M. dicendogli di essere alla stazione (n. 230).*

*Lasciata l'Italia dopo l'incontro del 18, la W.K. è in Svezia – a suo dire, come da tel. n. 573 – il 23, quando si sente nuovamente con il L.M. e gli racconta di avere avuto una telefonata dal "grassone" (il Mohamed che vive in Olanda), con richieste di denaro per precedenti forniture, e Karim replica che per la volta successiva sarebbe stato necessario migliorare la qualità della merce, visto che se uno chiede vestiti "*Prada originali*" non gli si può dare la "*Prada falsa*": l'osservazione trova diretto riscontro nei ricordati esiti dell'analisi tossicologica sulla droga sequestrata a C.S., dal momento che il 30% del principio attivo è per la cocaina una percentuale sicuramente bassa*».

Con riferimento al menzionato C.S., tra le altre, il Giudice valorizza soprattutto i seguenti contatti.

«*Il 19 marzo il C.S. torna a telefonare (n. 473), per avvertire Karim che vuole fare "*un altro pavimento… 2.000 metri*" per qualcuno che ha disponibili € 60.000,00, e non esita di lì a poco ad esprimersi in termini ancora più disinvolti ("*due chili, capito?*"): quindi chiede all'algerino di quanto tempo abbia bisogno, sentendosi rispondere "*io sono a posto… ho fatto tutto ieri…*", con la precisazione però che il prezzo era troppo basso, e che bisognava fare "*solo per 40… 2.000 metri per 80*", cioè € 20.000,00 in più. Il 18 marzo W.K. era a Perugia, e si era incontrata con il L.M. e M.R.: e il maghrebino, guarda caso, dimostra il giorno dopo la disponibilità di cocaina in gran copia, dicendo di avere "*fatto tutto ieri*". Nelle conversazioni della stessa serata, il C.S. informa Karim che l'acquirente era per il momento interessato a "*500 metri quadri*" (nn. 495 e 497) e di essersi messo in marcia (n. 501), quindi contatta il L.M. per avvertirlo di essere arrivato (nn. 506, 507 e 509). Di lì a poco il C.S., in compagnia di M.M., verrà arrestato sulla strada del ritorno perché trovato in possesso di 500 grammi di cocaina*».

Il rapporto fra L.M. e M.R. «*è parimenti assiduo, con appuntamenti continui ed il L.M. che talora porta valori (€ 150, 250, 500, verosimilmente merce di quel prezzo) all'italiano (ad esempio, tel. nn. 60 e 61 del 13 febbraio); in altre occasioni il M.R. chiede al maghrebino campioni di "*tute*" da far provare a persone interessate all'acquisto (tel. n. 220 del 10 marzo), e il giorno dopo i campioni diventano cinquanta (tel. n. 230). Il 18 marzo il discorso verte nuovamente sulle tute e sulle relative marche, con un appuntamento che viene di lì a poco fissato presso il ristorante*

*"La luna nel pozzo" (tel. n. 251: si tratta del giorno e del luogo dell'incontro cui partecipò anche la W.K.); così pure il 6 aprile (tel. n. 337) e il 4 maggio, quando l'ordinativo di "*dieci-quindici tute*" viene programmato da evadere attraverso il fratello di Karim (tel. n. 55)*».

Il giudice rileva, inoltre, dalle intercettazioni come L.M., in occasione delle sue assenze, impartisca direttive ai fratelli maggiori L.Az. e L.Ab. Le numerosissime conversazioni con M.H. dimostrano, invece, come egli sia da L.M. adibito al recupero crediti dagli acquirenti di cocaina e sia il personaggio di maggior rilevo fra i suoi "cavalli".

Rilevante attenzione viene riservata dal Giudice a S.W. per la frequenza dei suoi contatti con il L.M. – tutti finalizzati all'acquisto di cocaina – e per il fatto che egli costituisca, nonostante la giovane età, un vero punto di riferimento per il gruppo di piccoli spacciatori gravitanti nella zona di Umbertide.

A tali considerazioni segue un sintetico richiamo degli elementi di prova sussistenti a carico dei singoli imputati.

V. Sulla pena. Il Giudice, ritenendo di dover addivenire ad una pronuncia di condanna per tutti gli imputati, effettua singolarmente il computo delle pene irrogande.

Egli si esprime, peraltro, in questi termini riguardo all'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/1990. «*In fatto ed in diritto, la tesi difensiva, secondo la quale deve essere esclusa l'aggravante dell'ingente quantitativo non può essere accolta, poiché dagli elementi in atti è provato che il L.M. deve rispondere anche della cessione di cocaina al C.S. ed al M.M., nonché di tutte le cessioni antecedenti al suo arresto e provate tramite le intercettazioni telefoniche.*

*La giurisprudenza della Corte di cassazione sul punto ha di recente ribadito (si vedano Cass., sez. IV, 28 settembre 2004, n. 47891; Id., sez. IV, 9 ottobre 2003, n. 45427), che, in fattispecie analoghe quanto ai dati di fatto (ad esempio, un chilo di stupefacente per volta oppure una quantità di 24 Kg. di hashish), l'aggravante ricorre quando il valore "*sia oggettivamente di quantità notevole e comunque tale da superare con accento di eccezionalità la quantità usualmente trattata in transazioni del genere nell'ambito territoriale nel quale il giudice del fatto opera, senza ulteriore riferimento al mercato ed alla sua saturazione*".*

Ne deriva che ogni valutazione di natura relativistica, ipotizzabile in base alle caratteristiche del mercato perugino, operata dai difensori, deve cedere alla riferita e costante (almeno in epoca recente) interpretazione fornita dal giudice di legittimità, in forza della quale deve essere riconosciuta l'aggravante della quantità ingente».

Di seguito vengono riportati i computi della pena relativi ai principali imputati.

L.M. – Stabilita l'applicabilità dell'aggravante dell'ingente quantitativo, «*l'assenza di precedenti penali consente, come ritenuto anche dal Pubblico ministero, la concessione al L.M. delle attenuanti generiche.*

In considerazione del carattere ripetuto delle condotte criminose e dello spessore, nonché della quantità dei rapporti intrattenuti dal L.M. con altri spacciatori, si ritiene di effettuare, nel giudizio di comparazione delle circostanza sopra dette con le aggravanti contestate, un giudizio di equivalenza, tale da comportare l'applicazione della pena finale, indicata dal p.m. (anni otto di reclusione ed € 100.000,00 di multa, determinata la pena base in anni nove di reclusione ed € 120.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni dodici di reclusione ed € 150.000,00 di multa, diminuita nella misura sopraindicata per la scelta del rito)».

W.K. – «*La pena, richiesta dal p.m. a carico della W.K. appare congrua.*

Invero, ferma la sussistenza dell'aggravante, di cui all'art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90, per le stesse considerazioni, indicate con riguardo al L.M., si ritiene di pervenire alla condanna dell'imputata alla pena di anni 6 di reclusione e € 40.000,00 di multa, determinata nella misura base di anni 7 di reclusione ed € 50.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 9 di reclusione ed € 60.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito nella misura sopra indicata.

Tale determinazione della pena, così come per il L.M. e per le stesse ragioni, indicate in relazione a questi, si fonda su di un giudizio di equivalenza tra le attenuanti generiche, concesse per l'incensuratezza dell'imputata e le contestate aggravanti».

M.R. – «*Per l'imputato, comunque, non ricorre l'aggravante della quantità ingente, che lo stesso p.m. ha ritenuto non sussistente nelle sue conclusioni ed equa, pertanto, previa concessione delle attenuanti generiche per l'incensuratezza e la declaratoria di equivalenza di dette attenuanti con la residua aggravante contestata, appare in rapporto alle condotte oggetto di contestazione, la determinazione della pena nella misura di anni 4, mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa, calcolata sulla base della pena di anni 6 di reclusione ed € 26.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 7 di reclusione ed € 30.000,00 di multa e ridotta, nella misura su indicata, per l'applicazione del rito speciale*».

P.A. – «*In ragione dell'assenza di precedenti, il P.A. può beneficiare delle circostanze attenuanti generiche e di una determinazione della pena, nella misura di anni 2, mesi 10, gg. 20 di reclusione ed € 12.000,00 di multa, determinata la pena-base nella misura di anni 6, mesi 3 di reclusione ed € 26.000,00 di multa, diminuita per le generiche ad anni 4 di reclusione ed € 17.335,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 4, mesi 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa, ridotta nella misura su indicata per la scelta del rito*».

S.W. – «*Pena equa, anche in questo caso, appare quella richiesta dal p.m., di anni 4 di reclusione ed € 16.000,00 di multa, previa concessione delle attenuanti generiche prevalenti sulla contestata aggravante (pena base, anni 7 di reclusione ed € 30.000,00 di multa, ridotta per le generiche ad anni 4, mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 6 di reclusione ed € 24.000,00 di multa, ridotta nella misura su indicata per la scelta del rito)*».

VI. Dispositivo. «*Il Giudice, visti gli artt. 438, 442, 533, 535 c.p.p. dichiara L.M., W.K., M.R., P.A., S.W.* (Omissis) *colpevoli dei reati rispettivamente ascritti in rubrica, ritenuta per tutti più favorevole, ai sensi dell'art. 2 comma 3 c.p. e rispetto al reato, originariamente contestato, la norma di cui all'art. 4-*bis *del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. in l. 21 febbraio 2006, n. 49 e li condanna alla pena di:*

L.M., *anni 8 di reclusione ed € 100.000,00 di multa, per i capi a), b), c) e d), previa concessione delle attenuanti generiche, ritenute equivalenti alle aggravanti contestate ed unificati i reati dal vincolo della continuazione, giudicato più grave quello di cui al capo b) e determinata la pena base in anni 9 di reclusione ed € 120.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 12 di reclusione ed € 150.000,00 di multa, diminuita per la scelta del rito ad anni 8 di reclusione ed € 100.000,00 di multa;*

W.K., *anni 6 di reclusione ed € 40.000,00 di multa, per i capi a) e b), previa concessione delle attenuanti generiche ritenute equivalenti alle aggravanti contestate ed unificati i reati dal vincolo della continuazione, giudicato più grave il reato di cui al capo b) e determinata la pena base in anni 7 di reclusione ed € 50.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 9 di reclusione ed € 60.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito ad anni 6 di reclusione ed € 40.000,00 di multa;*

M.R., *per i reati di cui ai capi a) ed f), esclusa l'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, del d.p.r. 309/90, previa concessione delle attenuanti generiche, ritenute equivalenti alla residua contestata aggravante, unificati i reati dal vincolo della continuazione, giudicato più grave il reato di cui al capo f), anni 4, mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa, determinata la pena base in anni 6 di reclusione ed € 26.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 7 di reclusione ed € 30.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito ad anni 4 mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa;*

P.A., *per il reato di cui al capo h), previa concessione delle attenuanti generiche, anni 2, mesi 10 e giorni 20 di reclusione ed € 12.000,00 di multa, determinata la pena base in anni 6, mesi 3 di reclusione ed € 26.000,00 di multa, diminuita per le generiche ad anni 4, mesi 2 di reclusione ed € 17.335,00 di multa, aumentata per la continuazione*

ad anni 4, mesi 4 di reclusione ed € 18.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito ad anni 2, mesi 10, giorni 20 di reclusione ed € 12.000,00 di multa;

S.W., *per il reato di cui al capo i), previa concessione delle attenuanti generiche, ritenute prevalenti sulla contestata aggravante, anni 4 di reclusione ed € 16.000,00 di multa, così determinata, pena base, anni 7 di reclusione ed € 30.000,00 di multa, diminuita per le generiche ad anni 4, mesi 8 di reclusione ed € 20.000,00 di multa, aumentata per la continuazione ad anni 6 di reclusione ed € 24.000,00 di multa, ridotta per la scelta del rito ad anni 4 di reclusione ed € 16.000,00 di multa;*

Ai sensi della l. n. 241/2006 (Omissis); *pena condonata, per l'intera reclusione e per € 10.000,00 di multa, per P.A.* (Omissis); *pena condonata, nella misura di anni 3 di reclusione ed € 10.000,00 di multa per L.M., W.K., M.R. e S.W.*

Ordina la confisca e distruzione dello stupefacente in sequestro a W.K., la confisca dell'autovettura alla medesima sequestrata e la sua assegnazione definitiva alla Squadra Mobile presso la Questura di Perugia. Fissa il termine di gg. 90 per il deposito della presente sentenza».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 24 novembre 2005 – *Est.* MATTEINI – R.M.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis*, lett. a).

*Deve ritenersi accertata la finalità di spaccio in presenza del rinvenimento in possesso dell'imputato di un quantitativo di sostanza stupefacente incompatibile con un esclusivo uso personale, quando siano presenti ulteriori elementi che comprovino l'illiceità della detenzione (*fattispecie in cui il Giudice ha ritenuto decisivi il comportamento tenuto dall'imputato, la suddivisione della sostanza stupefacente in dosi singole, nonché il quantitativo dello stupefacente rinvenuto in riferimento alle modeste disponibilità economiche del prevenuto) (1).

I. Premessa in fatto. R.M. veniva notato dai Carabinieri di Tavernelle a bordo di un'autovettura Land Rover Freelander e fermato per un normale controllo. Stante il nervosismo da egli manifestato, i militari procedevano a perquisizione personale e rinvenivano, occultata negli slip, sostanza stupefacente del tipo cocaina, di cui la maggior parte era collocata in un unico involucro, mentre la restante parte in tre piccoli involucri in plastica, a loro volta contenuti in un contenitore a forma di uovo.

Nei confronti del Sig. R.M. il p.m. formulava, dunque, l'imputazione

per il «*delitto di cui all'art. 73 d.p.r. n. 309 / 1990, per avere illecitamente detenuto al fine di farne cessione a terzi, sostanza stupefacente del tipo cocaina nella seguente quantità: gr. 24,022 (p.a.gr. 10,34), gr. 2,307 (p.a.gr. 1,77), gr. 1,207 (p.a.gr. 0,78). In Perugia, 8.6.2005*».

Veniva emesso decreto di giudizio immediato; l'imputato chiedeva ed otteneva di essere giudicato con il rito abbreviato.

II. Motivi della decisione. Il Giudice afferma la penale responsabilità di R.M. sulla base delle seguenti considerazioni.

«*La circostanza che parte dello stupefacente era suddivisa in involucri ciascuno dei quali corrispondente ad una dose, induce senza dubbio a ritenere che dette dosi erano destinate alla vendita, mentre la restante parte doveva ancora essere confezionata dallo stesso imputato. D'altro canto non si trova diversa spiegazione in quanto se tutto lo stupefacente fosse destinato al suo uso personale non vi sarebbe stato motivo di suddividerne una parte in dosi singole.*

Il R. dal canto suo non è stato assolutamente in grado di dare una giustificazione convincente come pure non ha fornito elementi concreti di riscontro al fine di accertare il presunto acquisto poco prima della cocaina per il suo uso.

Vi è in più da evidenziare che la spesa di € 1.000,00 non appare certamente congrua rispetto alle condizioni di vita del predetto che lavora come operaio con un reddito di circa € 1.000,00 al mese.

Ne deriva che deve essere ritenuta accertata la finalità di spaccio tanto più che comunque ci si trova in presenza di un quantitativo che non è compatibile con un esclusivo uso personale oltre che ad elementi che sono chiari indici di detta finalità: le modalità attinenti al comportamento tenuto dall'imputato, il quantitativo dello stupefacente rinvenuto in riferimento alle modeste disponibilità economiche dello stesso (Cass., sez. IV, 26 aprile 2001, n. 16825)».

III. Sulla pena. Il Giudice riconosce la sussistenza dell'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 d.p.r. n. 309/90, «*in quanto ci si trova in presenza di una ipotesi di minima offensività della condotta deducibile sia dal dato quantitativo dello stupefacente sia dai mezzi, modalità e circostanze dell'azione non risultando l'imputato inserito nell'ambito di una più vasta organizzazione ma apparendo lo stesso dedito ad un'attività di spaccio finalizzata al reperimento dello stupefacente necessario anche per il suo uso* (Omissis)».

Sul computo della pena: «*alla luce degli elementi sopra indicati, appare equo condannare R.M., ritenuta l'ipotesi lieve, alla pena ulteriormente ridotta per il rito di anni 1 di reclusione ed € 3.000,00 di multa così determinata: pena base anni 2 di reclusione e € 6.000,00 di multa,*

diminuita ad anni 1 e mesi 6 di reclusione ed € 4.500,00 di multa per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, ulteriormente ridotta ad anni 1 di reclusione ed € 3.000,00 di multa per il rito, oltre al pagamento delle spese processuali».

Si ritiene concedibile il beneficio della sospensione condizionale della pena, per la sussistenza di tutti i presupposti di legge.

IV. Dispositivo. «*Il Giudice, visti gli artt. 438, 442, 533 c.p.p.: dichiara la penale responsabilità di R.M. in ordine al reato al medesimo contestato e ritenuta l'ipotesi lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 d.p.r. n. 309/90, concesse le circostanze attenuanti generiche, lo condanna alla pena ulteriormente ridotta per il rito di anni 1 di reclusione ed € 3.000,00 di multa, oltre al pagamento delle spese; concede al R. il beneficio della sospensione condizionale della pena. Ordina la confisca e la distruzione dello stupefacente in sequestro*».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 8 aprile 2004 – *Est.* MICHELI – P.G.

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Elemento ponderale (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 1-*bis,* lett. a).

Sostanze stupefacenti – Detenzione a fini di spaccio – Fatto di lieve entità (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5).

Deve escludersi una destinazione della droga all'uso personale, come addotto dall'interessato, quando il quantitativo della sostanza risulta straordinariamente eccedente le prospettive di un consumo personale, sia pure prolungato nel tempo e da chi abbia inteso procurarsi una scorta (1).

La circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove venga meno anche uno soltanto degli indici previsti dalla legge, diviene irrilevante l'eventuale presenza degli altri (2).

I. Premessa in fatto. In data 27 giugno 2003 il Sig. P.G. veniva tratto in arresto da Ufficiali del Comando Provinciale dei Carabinieri di Perugia, poiché colto in possesso di due buste in *cellophane* contenenti oltre 900 grammi di marijuana. L'arresto avveniva in occasione di un controllo effettuato in località Capodacqua del Comune di Foligno poco prima delle 8:00 del mattino, mentre il Sig. P.G. era alla guida di autovettura "Mercedes SLK".

In sede di udienza di convalida, il prevenuto dichiarava di essere assuntore di stupefacenti, ammettendo il possesso della marijuana per uso personale e giustificando il consistente quantitativo rinvenuto con il fatto di avere acquistato lo stupefacente necessario ai suoi consumi di circa un mese e mezzo. Lo stupefacente sarebbe stato acquistato da un albanese nei pressi di Barletta e pagato € 700,00. Il giorno dell'arresto egli si sarebbe trovato in quella zona per ragioni di lavoro, perché impegnato in un cantiere nella zona di Matelica quale subappaltatore di interventi per il recupero di beni culturali.

I risultati delle analisi tossicologiche sulla sostanza sequestrata evidenziavano che trattavasi di marijuana con principio attivo del 5% circa e che dai 931 grammi potevano ricavarsi oltre 1.000 dosi, calibrate sul "vecchio" parametro delle dosi medie giornaliere.

Il p.m. formulava, dunque, l'imputazione nei confronti di P.G. per il «*delitto di cui all'art. 73, commi 1 e 4, d.p.r. n. 309/1990, per avere detenuto a fini di cessione gr. 931,80 di sostanza stupefacente di tipo marijuana (Tabella II – titolo medio principio attivo del 5,454%) e THC puro pari a gr. 50,82, dal quale era possibile ricavare più di 1.016 dosi droganti (mg. 30 ciascuna). In Foligno, 27.6.2003*».

L'imputato veniva giudicato con il rito abbreviato.

II. Motivi della decisione. Il Giudice ritiene P.G. responsabile del reato ad egli ascritto sulla base delle seguenti considerazioni.

«*Sul piano materiale, la riferibilità dello stupefacente all'imputato è provata dalle obiettive circostanze dell'arresto in flagranza, prima ancora che dalle sue dirette ammissioni; deve peraltro escludersi una destinazione della droga all'uso personale, come addotto dall'interessato, giacché il quantitativo della sostanza risulta straordinariamente eccedente le prospettive di un consumo personale, sia pure prolungato nel tempo e da chi abbia inteso procurarsi una scorta. Per fatto notorio, le droghe di tipo leggero hanno anche tempi di decadimento assai inferiori rispetto alle altre, per cui l'effetto stupefacente non sarebbe rimasto identico di lì a un mese: senza dimenticare peraltro che non si comprende per quale motivo il P.G. si sarebbe preso la briga di trasportare quel "carico" tutto insieme, correndo un rischio notevole in caso di controlli.*

La Polizia giudiziaria non chiarisce in quale direzione stesse procedendo l'imputato, per cui – se si spostava verso Foligno – può darsi che proprio in quel momento egli ritornasse dalla Puglia, ma allora sarebbe stato più logico restare nel maceratese per recarsi al cantiere, che avrebbe trovato di strada, piuttosto che dirigersi verso casa (non va dimenticato che erano le 8:00); al contrario, è possibile che il P. fosse già stato a Foligno e si stesse portando nelle Marche, appunto verso il cantiere di Matelica, ma a quel punto – ove si volesse prestar fede all'ipotesi del consumo personale – perché

non lasciò la marijuana nella sua abitazione? Come si vede, la logica vuole che egli stesse trasportando quella sostanza perché era destinata altrove e non certo a lui, o quanto meno non solo a lui. E il già ricordato elemento ponderale depone a fortiori *per la tesi accusatoria*».

III. Sulla pena. «*Il dato quantitativo è* ex se *incompatibile con una possibile qualificazione della condotta in termini di fatto lieve ex art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/90. La fattispecie concreta rivela infatti offensività non modesta, tenendo conto che secondo gli insegnamenti della giurisprudenza* "la circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità… può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove venga meno anche uno soltanto degli indici previsti dalla legge, diviene irrilevante l'eventuale presenza degli altri" *(Cass., sez. un., 21 giugno 2000, rv. 216668)*.

Comunque, avuto riguardo alla severità delle pene edittali previste dal legislatore, sembra conforme a giustizia muovere il computo del trattamento sanzionatorio da anni 2 e mesi 3 di reclusione ed € 5.400,00 di multa. All'imputato, inoltre, possono riconoscersi le circostanze attenuanti generiche, in ragione della pregressa incensuratezza, e si reputa pertanto equo pervenire ad anni 1 e mesi 6 di reclusione (oltre ad € 3.600,00 di multa). Su detta pena va applicata la riduzione finale ex *art. 442, comma 2, c.p.p., così indicandosi la pena finale in anni 1 di reclusione ed € 2.400,00 di multa.*

L'imputato può meritare la sospensione condizionale, visto che non vi sono elementi a sostegno di una stabile dedizione del P. ad attività illecite: peraltro, deve ritenersi che il confronto del giovane con la restrizione in carcere abbia costituito per lui fattore di rilevante deterrenza in futuro da nuovi ricorsi al crimine.

Conseguono ex lege *la condanna al pagamento delle spese processuali e la confisca di quanto residua in sequestro (la sostanza stupefacente e le buste che la contenevano)*».

IV. Dispositivo. «*Il Giudice per le indagini preliminari, visti gli artt. 442, 533 e 535 c.p.p. dichiara P.G. colpevole del reato a lui ascritto e – in costanza di attenuanti generiche e con la riduzione prevista per la scelta del rito – lo condanna alla pena di anni 1 di reclusione ed € 2.400,00 di multa, nonché al pagamento delle spese processuali; concede a P.G. il beneficio della sospensione condizionale della pena; visto l'art. 240 c.p.: ordina la confisca e la distruzione di quanto ancora in sequestro;*

visti gli artt. 442, 544, comma 3, c.p.p.: indica in giorni novanta il termine per il deposito della motivazione».

ALESSANDRO CIGLIONI

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 9 febbraio 2010, n. 59 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* FANTINI – A.T.E.R. – Alto Tevere Energie Rinnovabili S.r.l. (avv.ti Nicolini, Rampini, Viola) c. Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici dell'Umbria-Perugia, Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici dell'Umbria.

Conferenza di servizi – Onere di notifica del ricorso ad ogni amministrazione partecipante – Insussistenza (l. n. 241/1990, art. 14 ss.).

Conferenza di servizi – Realizzazione impianti di energia da fonti rinnovabili – Impugnazione del verbale conclusivo dei lavori conferenziali – Inammissibilità (l. n. 241/1990, art. 14 ss.).

Conferenza di servizi – Realizzazione impianti di energia da fonti rinnovabili – Procedimento di autorizzazione – Assensi espressi in materia ambientale al di fuori dal contenitore conferenziale – Validità (d.lgs. n. 387/2003, art. 12).

Il ricorso avverso i provvedimenti adottati mediante le regole della conferenza di servizi deve notificarsi, a pena di inammissibilità, soltanto alle amministrazioni partecipanti che hanno espresso pareri o determinazioni lesivi della sfera giuridica del ricorrente (1).

Il verbale conclusivo della conferenza di servizi, svoltasi ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, non vale a sostituire l'autorizzazione unica prevista come epilogo procedimentale per le opere finalizzate alla costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, rimanendo atto interno di una conferenza decisoria, nei cui confronti è inammissibile la impugnazione diretta (2).

Sono legittimi gli atti incidenti in materia ambientale adottati al di fuori della conferenza di servizi indetta, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 337/2003, per il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (3).

1- Con ricorso n. 206/2009 l'A.T.E.R. S.r.l. ha impugnato il provvedimento in data 5 marzo 2009 del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici dell'Umbria, di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica n. 2 del 13 novembre 2008 rilasciata dal Comune di San Giustino, avente ad oggetto la realizzazione di un impianto eolico in località Bocca Trabaria, Voc. Il Montaccio.

Premette che il procedimento di autorizzazione unica, partendo dal progetto definitivo dalla stessa società predisposto, era iniziato il 14 giugno 2006 con la convocazione della Conferenza di servizi ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 su iniziativa del Comune di San Giustino; alla riunione del 5 luglio 2006 detto procedimento veniva sospeso per lo svolgimento della valutazione di impatto ambientale ai sensi della l.r. n. 11 del 1998.

Alla riunione della conferenza di V.I.A., tenutasi in data 20 settembre 2006, non hanno partecipato né la Soprintendenza Archeologica, né la Direzione Regionale; la prima ha inviato un parere positivo, la seconda, pur dichiarandosi incompetente ai sensi dell'art. 20, comma 4, lett. b, del d.lgs. n. 173 del 2004, per spirito di leale collaborazione, ha espresso perplessità sul progetto definitivo di parco eolico in relazione agli aspetti di intervisibilità.

Alla seduta conclusiva della conferenza di V.I.A. del 18 dicembre 2007 la Direzione Regionale Ambiente, Territorio ed Infrastrutture invitava la sola Soprintendenza per i Beni Archeologici, che confermava il proprio parere favorevole.

Con determina dirigenziale n. 5166 del 16 giugno 2008, acquisiti tutti i contributi istruttori ed i pareri delle Amministrazioni invitate a partecipare alla procedura, la Regione Umbria esprimeva il giudizio positivo, con prescrizioni, di compatibilità ambientale di cui all'art. 7 della l.r. n. 11 del 1998, e la positiva valutazione di incidenza di cui all'art. 5 del d.p.r. n. 357 del 1997 sul progetto di parco eolico presentato da A.T.E.R.

In data 13 novembre 2008 il Comune di San Giustino rilasciava l'autorizzazione paesaggistica n. 2 del 2008 sul progetto definitivo dell'impianto eolico, e ne disponeva la trasmissione alla competente Soprintendenza, precisando che la documentazione si trovava depositata presso il Servizio Edilizia ed Ambiente; l'atto in questione era ricevuto dalla Soprintendenza per i Beni Architettonici ed il Paesaggio di Perugia il 17 novembre 2008.

Il successivo 22 novembre 2008 la A.T.E.R. trasmetteva al Comune di San Giustino il progetto esecutivo delle opere; l'Amministrazione verificava la corrispondenza del progetto esecutivo a quello definitivo, nonché la conformità dello stesso alle prescrizioni di V.I.A.; quindi con raccomandata del 24 novembre 2008 comunicava la "riapertura della

Conferenza di servizi … per il rilascio dell'autorizzazione unica, … a seguito della conclusione della procedura di V.I.A. e della trasmissione del progetto esecutivo delle opere", invitando a partecipare le due Soprintendenze ai Beni Archeologici ed a Beni Culturali ed Ambientali di Perugia; tale invito veniva esteso il successivo 12 dicembre 2008 anche alla Direzione Regionale per i Beni e le Attività Culturali.

Alla riunione della conferenza, tenutasi il 18 dicembre 2008, la Soprintendenza per i BB.AA.CC., pur regolarmente convocata, non si presentava e non faceva pervenire alcun parere in merito; partecipava invece una funzionaria della Direzione Regionale, la quale, ancorché sprovvista di delega, depositava il proprio "parere contrario all'intervento in oggetto per l'irritualità delle procedure adottate, riservandosi di trasmettere ulteriori osservazioni e motivazioni nei giorni successivi alla conferenza".

Al termine della seduta, il responsabile del procedimento dichiarava chiusa la conferenza in senso positivo con riguardo all'autorizzazione unica, ritenendo intempestivo ed ininfluente il parere espresso dalla Direzione Regionale dell'Umbria.

Il 19 dicembre 2008, e cioè il giorno successivo alla chiusura della conferenza, il Comune di San Giustino riceveva la richiesta di integrazione documentale avanzata dalla Soprintendenza ai Beni Architettonici e Paesaggistici di Perugia; il Comune ottemperava a quanto richiesto con nota prot. n. 155 del 7 gennaio 2009.

Quindi, il 5 marzo 2009, in prossimità dello scadere del termine di sessanta giorni di cui all'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004, interveniva il provvedimento della Soprintendenza di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica: donde il ricorso n. 206/2009.

La ricorente A.T.E.R. deduce i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 159, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004; inesistenza o nullità dell'atto per mancanza di un elemento essenziale a sensi dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990; (o*missis*).

2) Carenza di potere per inutile decorso del termine perentorio di cui all'art. 159, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004. (*Omissis*).

3) Violazione dell'art. 159, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004; eccesso di potere per carenza di presupposti, insufficienza dell'istruttoria e della motivazione, travisamento dei fatti; sviamento di potere. (*Omissis*).

4) Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità manifesta, difetto di motivazione. (*Omissis*).

5) Violazione dell'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004; eccesso di potere per carenza dei presupposti, insufficienza istruttoria e carenza di motivazione. (*Omissis*).

6) Carenza di potere per sconfinamento nel merito delle valutazioni discrezionali rimesse all'Autorità competente. (*Omissis*).

7) Sviamento di potere. (*Omissis*).

8) Violazione dell'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004; eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica. (*Omissis*).

Con ricorso n. 215/2009 il Comune di San Giustino ha impugnato a sua volta il medesimo atto della Soprintendenza.

Anche i motivi d'impugnazione sono sostanzialmente analoghi a quelli del primo ricorso, tranne l'ottava censura che qui non viene formulata.

Resiste anche in questo giudizio il Ministero chiedendo la reiezione del ricorso.

Con il terzo ricorso (n. 317/2009) il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ha impugnato in via principale la determinazione conclusiva della Conferenza di servizi del 18 dicembre 2008, indetta dal Comune di S. Giustino ai sensi dell'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387 del 2003, ai fini dell'autorizzazione del parco eolico, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 5 del d.p.r. 12 aprile 1996 e dell'art. 6 della l.r. n. 11 del 1998; (o*missis*).

2) Violazione dell'art. 14 *quater* della l. n. 241 del 1990. (*Omissis*).

3) Violazione dell'art. 14 *ter*, comma 10, della l. n. 241 del 1990; (*omissis*).

4) Eccesso di potere per illogicità e per difetto di istruttoria. *(Omissis).*

2.1. - Anzitutto va disattesa l'eccezione di inammissibilità per omessa notifica del ricorso a tutti i soggetti istituzionali partecipanti alla conferenza di servizi.

Ed invero il ricorso risulta notificato alla Regione Umbria, al Comune di San Giustino, alla Provincia di Perugia ed alla A.T.E.R. S.r.l., e dunque, oltre che alla controinteressata, a tutte le Amministrazioni- una delle quali peraltro è quella che ha promosso la Conferenza – che vi hanno espresso pareri o determinazioni che parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente, se fossero stati emanati al di fuori di tale peculiare modulo procedimentale.

Solo a tali soggetti, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, il ricorso va necessariamente notificato. Il modulo procedimentale della Conferenza di servizi non altera le regole che presiedono, in via ordinaria, all'individuazione delle Autorità resistenti, sotto il profilo della soggettiva imputabilità degli atti adottati (in termini, *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 2 maggio 2007, n. 1920; Cons. St., Sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2107; TAR Lazio, Latina, 29 marzo 2006, n. 212). Detto in altri termini, la notifica è necessaria solo nei confronti di quelle Autorità amministrative, tra quelle partecipanti, che mediante lo strumento della Conferenza di servizi abbiano adottato un atto a rilevanza esoprocedimentale lesivo della sfera giuridica di parte ricorrente (Cons. St.,

Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8259; TAR Toscana, Sez. III, 29 maggio 2007, n. 804; TAR Toscana, Sez. II, 6 ottobre 2009, n. 1505) ossia hanno esercitato la potestà correlata alla posizione giuridica di cui si chiede tutela (in termini, ancora, TAR Molise, 8 febbraio 2008, n. 50).

2.2. - Possono poi essere esaminate congiuntamente le eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità per carenza di interesse, risultando strettamente connesse, ed in qualche misura complementari.

Per maggiore chiarezza, l'eccezione di tardività è rivolta tanto all'impugnativa dell'atto conclusivo del (sub)procedimento di V.I.A. adottato con decreto dirigenziale regionale n. 5166 del 16 giugno 2008 (pubblicato nel B.U.R. in data 17 luglio 2008), quanto all'impugnativa della "determinazione conclusiva" della Conferenza di servizi per il rilascio dell'autorizzazione unica del 18 dicembre 2008, mentre l'eccezione di inammissibilità riguarda quest'ultimo verbale della Conferenza di servizi, ed è argomentata nella considerazione che l'autorizzazione unica non è stata ancora adottata, ed il verbale del 18 dicembre 2008 non può configurarsi come atto conclusivo del procedimento conferenziale.

Ad avviso del Collegio, la tardività del ricorso potrebbe riguardare l'atto conclusivo del procedimento di V.I.A., ove si aderisca alla tesi secondo cui il procedimento di valutazione di impatto ambientale è autonomo rispetto a quello di autorizzazione unica previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, non potendosi peraltro trascurare la circostanza che nel secondo confluisce comunque anche il procedimento relativo alla V.I.A., essendo l'autorizzazione unica rilasciata nel rispetto di tutti i possibili valori meritevoli di tutela, ivi compresi quei valori ambientali, alla cui tutela è finalizzata la V.I.A. (in termini TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 maggio 2009, n. 955; Sez. III, 19 febbraio 2009, n. 368; Sez. II, 26 febbraio 2008, n. 267).

Ma ciò che maggiormente rileva e che, almeno in questo momento, assorbe anche il profilo della tardività dell'impugnativa dell'atto conclusivo del (sub)procedimento di V.I.A., è l'inammissibilità per carenza di interesse che effettivamente inficia il ricorso avverso il verbale dell'ultima seduta, tenutasi il 18 dicembre 2008, della Conferenza.

Ed infatti, è pur vero che, in detto verbale, il responsabile del procedimento «dichiara e ritiene chiusa la presente Conferenza in senso positivo con riguardo all'autorizzazione unica di che trattasi», ma ciò non vale a sostituire l'autorizzazione unica, prevista come epilogo procedimentale dal predetto art. 12 per le opere finalizzate alla costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, rimanendo atto interno di una conferenza di servizi decisoria, nei cui confronti è inammissibile l'impugnazione diretta.

Per vero, in taluni casi la giurisprudenza ha ritenuto impugnabile il verbale conclusivo della Conferenza di servizi, ma a condizione che

esso contenga tutte le determinazioni delle Amministrazioni pubbliche interessate, le quali tengono luogo dei richiesti provvedimenti autorizzativi, abilitativi e/o concessori (così Cons. St., Sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3361).

Il che non è nel caso di specie, come dimostra inequivocabilmente il contenuto del verbale.

Conferma di ciò si trae anche, sul piano del diritto positivo, dall'art. 14 *ter*, comma 10, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel testo risultante dalle successive modifiche), alla cui stregua il *dies a quo* per la proposizione di impugnazioni avverso i provvedimenti adottati in conferenza di servizi per opere soggette a V.I.A. è rappresentato solamente dalla "pubblicazione" del provvedimento finale nella Gazzetta Ufficiale. (*Omissis*).

Più problematico, nella prospettiva procedimentale, appare l'ultimo rilievo (il n. 14) che sorregge il provvedimento gravato, con il quale la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Perugia sembra affermare, pur con qualche imprecisione, che non poteva essere adottato il provvedimento di autorizzazione paesaggistica in pendenza del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003.

In realtà, sebbene la normativa da ultimo richiamata preveda che l'autorizzazione per il rilascio e l'esercizio degli impianti eolici è adottata a seguito di un procedimento unico, nel quale tutte le Amministrazioni interessate adottano le proprie determinazioni ai fini della valutazione di impatto ambientale, in sede di conferenza di servizi, da ciò non sembra derivare necessariamente la preclusione, pure ritenuta da una parte della giurisprudenza (cfr. C.G.A., 9 dicembre 2008, n. 1005), all'adozione di atti incidenti sulla materia ambientale al di fuori del predetto contenitore procedimentale, specie se il medesimo ha incontrato degli ostacoli nel proprio *iter*, anche sotto il profilo del rispetto della scansione temporale prefigurata dalla norma. A maggior ragione, non può dunque ravvisarsi, come fa l'Avvocatura erariale nei propri scritti difensivi, un'ipotesi di nullità dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 21 *septies* della legge generale sul procedimento amministrativo, per difetto assoluto di attribuzione, essendo configurabile, ragionando in astratto, un'ipotesi di carenza in concreto del potere, caratterizzata dal fatto che esiste la norma giuridica attributiva del potere, ma lo stesso non poteva essere esercitato per una preclusione legislativa, per l'assenza di un fatto di legittimazione. Soprattutto non è chiaro, ed anzi sembra dover essere negato l'interesse della Soprintendenza a rilevare tale preteso vizio in un contesto legislativo, quale quello delineato dall'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004, seppure in via transitoria, in cui allo stesso organo statale è riconosciuto il potere di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica,

ove ritenuta non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, come è appunto accaduto nella vicenda in esame.

In definitiva, la norma da ultimo indicata riconosce alla Soprintendenza uno specifico "potere di controllo" sulla valutazione paesaggistica compiuta dall'Amministrazione locale; l'esercizio del medesimo, però, per un principio di coerenza dell'azione amministrativa, non può trovare una valida giustificazione nell'intervenuta deviazione dal normale *iter* procedimentale previsto per la costruzione degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, caratterizzato, come detto, dalla Conferenza di servizi per l'autorizzazione unica, almeno fin tanto che detto provvedimento, di caducazione dell'autorizzazione paesaggistica, rimanga efficace, precludendo il dispiegarsi degli effetti della medesima. È evidente, infatti, che, diversamente, verrebbe ad essere utilizzato uno strumento di controllo proprio dell'autorizzazione paesaggistica per motivi diversi dalla legittimità in sé dell'autorizzazione paesaggistica, (motivi) che avrebbero (ed, a quanto appare allo stato degli atti, possono tuttora) essere fatti valere con diverse modalità. (*Omissis*).

(1-3) Brevi cenni in tema di conferenza di servizi per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

La sentenza in rassegna affronta alcune problematiche inerenti alla ipotesi di conferenza di servizi disciplinata dall'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 per l'autorizzazione alla realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili [(1)].

Il primo aspetto problematico risolto dal T.A.R. riguarda i limiti soggettivi dell'onere del ricorrente di notifica del ricorso proposto avverso i provvedimenti adottati con il modulo conferenziale.

Sul punto, il Giudice Umbro ha ritenuto che la Conferenza di servizi è un modulo procedimentale che non altera le regole che presiedono, in via

---

[(1)] Sulla configurazione paradigmatica della conferenza di servizi, tra i numerosi contributi, cfr., Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. dir amm.*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1993, 213 ss.; F.G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, 271; Bertini, *La conferenza si servizi*, in *Dir. amm*., 1997, 33 ss.; Cartei, *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. disc. pubb.*, XIV, Torino, 1999, 65; Soricelli, *Contributo in tema di conferenza di servizi*, Napoli, 2000; D'orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

Per quanto riguarda la disciplina del modulo conferenziale disciplinata dall'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, si veda, Ricci, *Procedure autorizzative per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e pluralità di domande*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 6, 889; Luppi, *L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio delle infrastrutture energetiche*, in *Dir. amm.*, 2007, 459.

ordinaria, all'individuazione delle Autorità resistenti, sotto il profilo della soggettiva imputabilità degli atti adottati e, pertanto, la notifica è necessaria solo nei confronti di amministrazioni partecipanti, che, nell'ambito del procedimento conferenziale, abbiano esercitato la potestà correlata alla posizione giuridica di cui si chiede tutela.

La decisione del Collegio è aderente al prevalente orientamento giurisprudenziale e intercetta il problema della natura giuridica della Conferenza di servizi [(2)].

Quest'ultimo argomento merita alcuni brevi cenni ricostruttivi.

La dottrina ha prospettato due diverse soluzioni del problema relativo alla natura giuridica dell'istituto: alla tesi prevalente che definisce la Conferenza di servizi come un "modulo procedimentale" [(3)], si oppone l'idea di alcuni autori che hanno qualificato l'istituto come un organo collegiale [(4)].

Questo conflitto definitorio, a ben guardare, sembrerebbe giustificato dalla funzione semplificatoria ambivalente della Conferenza di servizi, che si sostanzia nel sostituire la tradizionale ed inefficiente serialità sequenziale del procedimento amministrativo, con una valutazione sincronica della fattispecie da regolare: lo schema conferenziale induce l'amministrazione *domina* a convocare ogni centro di riferimento coinvolto, affinché venga svolta una ponderazione contestuale degli interessi in gioco [(5)].

In sostanza, la funzione di semplificazione della conferenza di servizi non è limitata al *providere*, perché ha delle rilevanti implicazioni anche sul piano organizzativo: la conferenza di servizi non è solo un diverso modo di esercizio delle competenze amministrative, ma è anche un nuovo meccanismo per raccordarle secondo lo schema della collegialità amministrativa, in virtù del quale l'esercizio di funzioni complesse viene affidato a strutture pluripersonali operanti in un unico contesto spazio-temporale [(6)].

In particolare, la logica tipica della collegialità, attraverso l'istituto conferenziale, si trasferisce sul procedimento alleggerita dalle proprie

---

[(2)] Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8259, in *Foro amm. C. d. S. 2*006, 3341; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2107, in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, 1508; Cons. St., sez. IV, 8 luglio 1999, n. 1193, in *Urb. app*., 2000, 60

[(3)] Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2107, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2621; Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1644, in *Foro amm. C. d. S.*, 2007, 1198; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2004, n. 316, in *Foro it.*, 2006, III, 274.

[(4)] La natura organicistica della conferenza di servizi è stata sostenuta, da Ciaglia, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Enti pubblici*, 2002, 8 e da Caringella - Tarantino, *Il nuovo volto della conferenza di servizi*, in *Urb. appalti*, 2001, 368.

[(5)] In questi termini, Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 62, in *Giur. cost*., 1993, n. 445.

[(6)] Sul tema della collegialità amministrativa, cfr. Galateria, *Gli organi collegiali amministrativi*, Milano, 1969; Valentini, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1969; Verbari, *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 84; Zuelli, *Le collegialità amministrative*, Milano, 1985.

tradizionali e gravose implicazioni organicistiche, visto che le regole della conferenza di servizi non generano un nuovo organo collegiale, ma si limitano a ricomporre, nell'ambito del procedimento amministrativo, la frammentazione delle competenze secondo il criterio della contestualità.

Questi sintetici cenni relativi alla natura e alla funzione della conferenza di servizi permettono di condividere appieno la decisione all'esame.

La conferenza di servizi infatti è una forma alternativa della funzione amministrativa il cui "spazio" di operatività "non è quello della deroga all'ordinamento […], ma quello della composizione delle discrezionalità amministrative" [(7)].

Di conseguenza, l'"opzione" conferenziale, "di regola" rimessa ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione *domina*, non può ritenersi idonea a modificare l'assetto istituzionale delle competenze coinvolte nell'ambito di una fattispecie complessa da regolare e, quindi, non può nemmeno determinare una deroga alle regole che disciplinano l'individuazione delle amministrazioni resistenti.

Il secondo aspetto problematico affrontato dal Tar con la decisione in rassegna riguarda l'impugnabilità del verbale conclusivo dei lavori conferenziali, svoltisi secondo la disciplina speciale dettata dall'art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

Il Giudice umbro ha ritenuto l'inammissibilità del ricorso proposto contro il verbale conclusivo dei lavori conferenziali per carenza di interesse, qualificandolo come un mero atto interno di una conferenza decisoria privo di tutte le determinazioni delle Amministrazioni pubbliche interessate.

Questa decisione trova conforto non solo nella normativa di settore applicata al caso di specie, ma anche nella riflessione pretoria sulla disciplina paradigmatica della fase decisoria dell'istituto.

Infatti, l'art. 12, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 387/2003, prevede che la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonchè le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione a seguito di un procedimento unico conferenziale, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate e da condurre nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

[(7)] Sul rilievo organizzatorio della conferenza di servizi, cfr. TAR Puglia, sez. Lecce, sez. I, 15 gennaio 2009, n. 53, in *Riv. giur. ed.*, 2009, I, 546; TAR Liguria, sez. I, *12 dicembre 2003, n. 1652*, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 3649; Cons. St., sez. V, 29 novembre 2002, n. 6546, in *Riv. giur. ed*., 2003, I, 425; Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 491, in *Cons. Stato,* 2002, I, 140.

Questo dato normativo induce a ritenere che l'atto conclusivo del procedimento conferenziale avviato per assentire gli intereventi relativi ad impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili è costituito da una autorizzazione unica che, ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, della l. n. 241/1990, l'amministrazione *domina* dovrà adottare tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla ponderazione contestuale della fattispecie da regolare.

Pertanto, la volizione formatasi all'esito dei lavori conferenziali diviene efficace soltanto con l'emanazione del provvedimento autorizzatorio finale conclusivo del procedimento "unico".

Muovendo da tali premesse si giunge a ritenere che le determinazioni conclusive della conferenza di servizi, fino a che non vengano adottate mediante un atto formale, mantengono un carattere meramente endoprocedimentale e, quindi, non possono ritenersi idonee a ledere la posizione soggettiva del destinatario del provvedimento.

Questa conclusione appare in linea con la posizione assunta dalla giurisprudenza con riguardo al rapporto intercedente tra la determinazione conclusiva della conferenza di servizi svoltasi secondo le regole generali sul procedimento ed il successivo provvedimento finale.

Sul tema, il Consiglio di Stato ha affermato che le più recenti modifiche legislative apportate al paradigma conferenziale inducono a ravvisare l'esigenza di uno "iato sistematico" tra le determinazioni conclusive dei lavori conferenziali e l'atto provvedimentale mediante il quale queste ultime vengono adottate [8].

Il fondamento di questa ipotesi ricostruttiva viene individuato dai Giudici di Palazzo Spada nella intervenuta abrogazione delle previsioni generali della legge sul procedimento che, da una parte, conferivano immediata esecutività alle determinazioni conclusive della conferenza di servizi e, dall'altra, legittimavano le amministrazioni dissenzienti alla loro immediata impugnativa.

Inoltre, il Supremo Collegio ha sostenuto che la struttura bifasica del momento decisorio del procedimento conferenziale risponde alle intenzioni del nostro legislatore di consentire al cittadino interessato di dialogare con un unico interlocutore, ed è coerente con le linee di politica legislativa sottese alla l. 11 febbraio 2005, n. 15, volta ad enfatizzare la valenza sistematica e la piena autonomia concettuale del momento provvedimentale dell'*agere* amministrativo.

Infine, la sentenza in rassegna affronta il tema della validità delle determinazioni assunte nell'ambito del procedimento di autorizzazione disciplinato dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, fuori dal contenitore conferenziale.

Secondo il Tar, sebbene la normativa da ultimo richiamata preveda che l'autorizzazione per il rilascio e l'esercizio degli impianti eolici è

---

[8] Cons. St., sez. V, 5 novembre 1997, n. 1622, in *Giur. dir. amm.*, 1998, 475.

adottata a seguito di un procedimento unico, nel quale tutte le Amministrazioni interessate adottano le proprie determinazioni ai fini della valutazione di impatto ambientale in sede di conferenza di servizi, da ciò non sembra derivare necessariamente la preclusione all'adozione di atti incidenti sulla materia ambientale al di fuori del predetto contenitore procedimentale.

Questa scelta decisionale sembra preferibile rispetto al differente orientamento espresso in materia dalla giurisprudenza, secondo il quale, in questa specifica fattispecie procedimentale, le amministrazioni coinvolte che si esprimono al di fuori del contenitore conferenziale si comportano "alla stregua di una Autorità amministrativa priva di alcun potere in materia" [(9)].

Sul punto, occorre in primo luogo ricordare che l'art. 14 *ter*, commi 3 *bis* - 5, della l. n. 241/1990, permette alle amministrazioni titolari dei poteri di VIA o VAS di esprimersi anche al di fuori del procedimento conferenziale, imponendo all'unità responsabile del procedimento di acquisire tali valutazioni prima dell'adozione dell'atto finale.

Questo esplicito giudizio positivo di compatibilità tra la struttura tipica della conferenza di servizi e l'adozione delle determinazioni in materia ambientale al di fuori del contenitore conferenziale sembrerebbe di per sé escludere ogni possibilità di sostenere, *a priori*, l'invalidità dell'autorizzazione unica emessa ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, per l'avvenuta formazione "diacronica" della volontà delle amministrazioni portatrici di interessi ambientali.

Si ritiene inoltre di poter osservare che il mancato intervento delle amministrazioni titolari di competenza ambientale in sede di conferenza di servizi, che abbiano manifestato la propria volontà al di fuori del contenitore conferenziale, si risolve, in ultima analisi, in una questione inerente alla forma della partecipazione delle amministrazioni coinvolte nella ponderazione degli interessi in gioco e, in quanto tale, non sembra poter costituire un fatto impeditivo l'esercizio di competenze normate.

In questa prospettiva, può quindi ritenersi che l'esercizio diacronico delle competenze coinvolte in un procedimento avviato secondo le regole conferenziali, in difetto di una esplicita "preclusione assoluta" [(10)], non può ostare all'esercizio in concreto delle competenze coinvolte né determinare automaticamente l'invalidità del provvedimento finale, sempre che questa differente forma partecipativa non incida negativamente sulla legittimità sostanziale dell'atto conclusivo.

In altri termini, sembra preferibile ritenere che l'adozione delle determi-

---

[(9)] Cons. St. sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7570, in *Foro amm. C. d. S.*, 2009, 2934; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 19 maggio 2010, n.1523, in, *www. giustizia-amministrativa.it*.

[(10)] Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giur., 9 dicembre 2008, n. 1005, in *Nuove auton.*, 2009, 213.

nazioni ambientali al di fuori del procedimento unico disciplinato dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 può radicare un vizio del provvedimento autorizzatorio finale soltanto se si accerti che, in caso di ponderazione sincronica degli interessi in gioco, la VIA ovvero il provvedimento autorizzatorio finale avrebbero avuto un contenuto volitivo differente rispetto a quello effettivamente adottato.

Queste brevi riflessioni inducono a condividere anche quest'ultima decisione del Tar in quanto conforme all'assetto normativo paradigmatico della conferenza di servizi e coerente con la logica sostanziale che dovrebbe presiedere ogni valutazione delle invalidità derivanti da vizi procedimentali [(11)].

PIER PAOLO DAVALLI

[(11)] La locuzione si deve a BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 245. Sull'approccio "sostanziale" dei vizi formali dell'atto, cfr. Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4101, in *Foro amm. C. d. S.*, 2009, 2530; Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2008, n. 6161, *ivi*, 2008, 3376.

T.A.R. UMBRIA – PERUGIA – 7 maggio 2010, n. 279 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* FANTINI – R.T.I. I.C.O.P. s.p.a. (avv.ti Cancrini, Vagnucci e Di Paolo) c. Comune di Orvieto (avv.ti Apolloni e Altobelli) e nei confronti di Ceprini Costruzioni s.r.l. (avv.ti Festa e Gatti).

Contratti della P.A. – Ricorso incidentale paralizzante – Prioritaria delibazione (c.p.a., art. 76; c.p.c., art. 276).

Contratti della P.A. – Aggiudicazione provvisoria – Impugnazione – Facoltà (d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, art. 11).

Contratti della P.A. – Offerta economicamente più vantaggiosa – Anticipazione di elementi economici in sede di presentazione dell'offerta tecnica – Divieto – Violazione – Esclusione dell'offerta (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 83; d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, art. 64, comma 1 lett. c; d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, art. 266, comma 1 lett. c).

Il ricorso incidentale avente ad oggetto l'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura concorsuale deve essere oggetto

di prioritaria delibazione, stante la sua astratta idoneità a dimostrare l'inammissibilità dell'azione principale (1).

L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria consiste in una mera facoltà, non già in un onere il cui mancato assolvimento possa compromettere la presentazione di una eventuale e successiva impugnazione dell'atto definitivo (2).

L'anticipazione di elementi economici in sede di presentazione dell'offerta tecnica arreca un innegabile vulnus *ai principi di imparzialità e trasparenza: ne deriva che l'offerta affetta dalla predetta commistione debba essere esclusa, pur in assenza di una specifica norma che esplicitamente in tal senso disponga* (3).

(*Omissis*). Per motivi di ordine processuale deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dal R.T.I. Ceprini avverso l'ammissione alla gara del R.T.I. Icop, assumendo il medesimo valenza pregiudiziale rispetto a quello principale per il suo carattere "paralizzante".

Con il primo motivo del ricorso incidentale, in particolare, si deduce che l'offerta della Icop doveva essere esclusa, non risultando allegata la delega rilasciata dal legale rappresentante al soggetto che ha provveduto alla presa visione degli elaborati progettuali e dei luoghi ove saranno eseguiti i lavori, e tanto meno la copia del documento di identità del soggetto delegante, prescrizioni previste a pena di esclusione dal punto 6.1 del disciplinare di gara.

La censura non appare meritevole di positiva valutazione.

Si evince infatti dalla documentazione versata in atti che la "presa visione", per conto della Icop, è stata effettuata dal sig. Giovanni Savina, a ciò autorizzato dall'ing. Enzo Rizzi, consigliere delegato della società con potere di «rappresentare la società in qualsiasi gara d'appalto indetta da qualsiasi ente pubblico o privato e comunque dalla Pubblica Amministrazione», come si evince dal certificato camerale; allegato alla delega vi è anche il documento di identità dell'ing. Rizzi.

Deve ritenersi dunque rispettata la clausola del disciplinare di cui al punto 6.1.7, alla cui stregua nella busta "A" contenente la documentazione amministrativa deve essere incluso, a pena di esclusione, l'attestato di presa visione, al quale adempimento può essere ammessa persona specificamente delegata.

Tale è il caso del sig. Savina, atteso che contrariamente a quanto assume il ricorrente incidentale, la *lex specialis* non richiedeva necessariamente un separato atto di delega, ben potendo allo scopo essere utilizzato il modello allegato 4 al disciplinare, costituente la "richiesta di presa visione" con l'indicazione del nome, cognome e dei dati anagrafici della persona incaricata di effettuare la presa visione.

Con il secondo motivo incidentale viene poi dedotta la mancanza, nella dichiarazione resa dai soggetti (costituiti in raggruppamento temporaneo di progettisti) designati alla redazione della progettazione esecutiva, dell'indicazione della percentuale di prestazioni corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, in asserita violazione di quanto disposto dall'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Anche tale motivo deve essere disatteso.

Si evince infatti dalla "dichiarazione di impegno di costituzione di A.T.P. progettisti" in data 3 aprile 2009 la seguente suddivisione delle prestazioni afferenti alla progettazione esecutiva : la "progettazione stradale" di pertinenza della Hydroarch S.r.l., la "progettazione strutturale, opere d'arte" di spettanza della Alpe Progetti, le "opere metalliche" di spettanza della Hydroarch e 3Esse, e le "fondazioni speciali" di pertinenza della Hydroarch ed Alpe Progetti; inoltre l' "integrazione tra le varie prestazioni specialistiche", come pure il "coordinamento sicurezza in fase di progettazione" vengono attribuite all'ing. Catello Masullo della Hydroarch S.r.l.

Ne discende che risultano chiaramente indicate le parti (e cioè le "quote di obbligazione") del servizio di progettazione attribuite ai singoli progettisti riuniti in raggruppamento. Il che è quanto basta, dovendo trovare applicazione non già l'invocato comma 13 dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici, riguardante gli appalti di lavori, quanto piuttosto il comma 4, secondo cui «nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati».

Ed invero è compatibile con la specificità dell'appalto di progettazione (in questo caso, parte di un contratto integrato) la già richiamata previsione dell'art. 37, comma 4, trattandosi di una *species* del *genus* degli appalti di servizi (in termini T.A.R. Liguria, Sez. II, 29 maggio 2008, n. 1150).

Con il terzo motivo del ricorso incidentale si lamenta poi l'incompletezza della domanda di partecipazione della Icop, nella considerazione che la dichiarazione relativa alle condizioni di partecipazione previste dall'art. 4 del disciplinare di gara, ed in particolare ai "requisiti di ordine generale" di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, con riferimento ai soggetti cessati dalle cariche della mandante Maeg S.p.a., non è stata resa dai soggetti interessati, bensì dal legale rappresentante in carica, senza specificazione delle ragioni.

Anche tale motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

Appare infatti anzitutto inferibile dall'allegato 2a (contenente il modello di dichiarazione relativa a ciascun componente del raggruppamento temporaneo di imprese/GEIE), punto c1), cui fa rinvio il punto 6.1 del disciplinare, che la dichiarazione doveva essere resa dal legale rappresentante, anche con riferimento ai soggetti cessati dalla carica.

Peraltro ciò risulta sostanzialmente conforme alla disciplina normativa vigente, in quanto la dichiarazione concernente i requisiti di ordine generale, con riferimento ai soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente, è svolta nell'interesse dell'impresa concorrente, e non degli amministratori o direttori tecnici (cessati dalla carica), e vale ad evitare l'esclusione dalla gara.

Sicché, come è configurabile un onere dell'impresa di verificare il contenuto dei dati dichiarati, nel caso di specie adeguatamente assolto, secondo quanto dimostra la documentazione allegata, allo stesso modo è giocoforza ritenere applicabile, almeno per analogia, il principio espresso dall'art. 47, comma 2, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 in tema di dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, secondo cui «la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza» (in termini T.A.R.Puglia, Bari, Sez. I, 24 febbraio 2009, n. 399; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 4 marzo 2009, n. 455).

Discende da quanto esposto che il ricorso incidentale esperito avverso l'ammissione alla procedura di valutazione comparativa concorrenziale del R.T.I. Icop deve essere respinto.

Può a questo punto procedersi alla disamina del ricorso principale, principiando dalle preliminari eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità.

Anzitutto, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità svolta nella considerazione della mancata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata dalla Commissione giudicatrice all'esito della seduta pubblica del 5 novembre 2009, cui era presente un rappresentante del raggruppamento Icop.

Ed invero è sicuramente prevalente l'opinione giurisprudenziale, condivisa dal Collegio, secondo cui l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria è solo una facoltà, e non anche un onere per l'impresa partecipante alla gara, la quale può legittimamente attendere l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2008, n. 6038; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 1376); conseguentemente, il termine per impugnare i risultati della gara, se del caso facendo valere anche i vizi dell'aggiudicazione provvisoria, decorre dall'aggiudicazione definitiva (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 28 luglio 2009, n. 837).

Né può ritenersi che le previsioni dell'art. 11, commi 4 e 5, del codice dei contratti pubblici abbiano mutato il quadro concettuale di riferimento, atteso che, anche prima di tale norma, era l'aggiudicazione provvisoria a selezionare la migliore offerta; appare, piuttosto, utile evidenziare che l'aggiudicazione provvisoria è comunque provvedimento ad effetti instabili ed interinali.

Essa è pertanto, per un verso, inidonea a produrre la lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che può concretamente verificarsi solamente con l'aggiudicazione definitiva, la quale non costituisce atto meramente confermativo della prima, essendo frutto delle verifiche e dei controlli tipicamente inerenti a quella determinata fase procedimentale.

Del resto, neppure l'invocata (dalle parti resistenti) decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1156 sancisce l'inammissibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva, ma si limita a ritenere ammissibile (anche) l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria peraltro con considerazioni strettamente attinenti al caso di specie.

Deve essere respinta anche l'eccezione di irricevibilità del ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, argomentata dal R.T.I. controinteressato nell'assunto di avere ricevuto la notifica solamente il 14 gennaio 2010, mentre la comunicazione del provvedimento risaliva al precedente 13 novembre 2009; non si potrebbe invocare il principio per cui ai fini in questione vale la data della spedizione, in quanto la notifica è stata effettuata direttamente dal difensore della ricorrente ai sensi dell'art. 3 della legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Al proposito, questo Tribunale, in conformità della prevalente giurisprudenza, anche recentemente, ha avuto occasione di affermare che in tema di notificazione a mezzo del servizio postale, il principio, derivante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 2002, secondo cui la notificazione a mezzo posta deve ritenersi perfezionata per il notificante con la consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario, ha carattere generale, e trova pertanto applicazione anche nell'ipotesi in cui la notifica a mezzo posta venga eseguita, anziché dall'ufficiale giudiziario, dal difensore della parte, essendo irrilevante la diversità soggettiva dell'autore della notificazione, con l'unica differenza che la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario va in tale caso sostituita con la data di spedizione del piego raccomandato, da comprovare mediante il riscontro documentale dell'avvenuta esecuzione delle formalità richieste presso l'ufficio postale (così T.A.R. Umbria, 20 gennaio 2010, n. 20, ma anche, da ultimo, Cass., Sez. I, 30 luglio 2009, n. 17748).

Nel caso di specie il ricorso risulta consegnato all'ufficio postale in data 12 gennaio 2010, e dunque tempestivamente.

Procedendo dunque alla disamina del merito del ricorso principale, occorre ricordare come con il primo motivo si deduca la violazione dei principi di segretezza e di *par condicio*, oltre che dell'art. 64 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, assumendosi che il R.T.I. Ceprini doveva essere escluso dalla gara per avere indicato in almeno due elaborati inseriti nella busta contenente l'offerta tecnica il valore della propria

offerta tempo, costituente uno degli elementi automatici di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La censura è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Si evince infatti dalla documentazione versata in atti che il raggruppamento controinteressato ha allegato il cronoprogramma dei lavori nell'elaborato recante "organizzazione del cantiere funzionale alla regolarità del traffico veicolare ordinario" e nell'elaborato recante "prospettazione dei principi, dei criteri e delle scelte organizzative volte ad ottimizzare le soluzioni di contemporaneità delle lavorazioni", entrambi contenuti nell'offerta tecnica, indicando come durata totale dei lavori quella di 510 giorni.

Atteso che, a norma dell'art. 17 del capitolato speciale d'appalto, «il tempo utile per ultimare tutti i lavori compresi nell'appalto è fissato in giorni 719 … naturali consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori», era agevole, per la Stazione appaltante, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, desumere anticipatamente il contenuto dell'offerta tempo del R.T.I. Ceprini, mediante una semplice sottrazione (719 giorni meno 510 giorni, uguale 209 giorni). Tale arco temporale ha poi trovato inequivoca conferma nell'offerta temporale, costituente l'allegato 7 dell'offerta economica del raggruppamento avente come mandataria la Ceprini Costruzioni S.r.l., ove è appunto indicata «una riduzione del tempo per l'esecuzione dei lavori pari a 209 giorni, da applicarsi sul tempo fissato per l'ultimazione degli stessi così come individuato all'art. 17 del capitolato speciale d'appalto».

A norma dell'art. 64, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 554 del 1999 "la riduzione percentuale da applicarsi al tempo fissato dal bando per l'espletamento dell'incarico" va contenuta nella busta contenente l'offerta economica; lo stesso art. 7 del disciplinare di gara, laddove disciplina la "III seduta pubblica" (pagg. 19-20), chiarisce che in tale seduta il presidente di gara, dopo avere dato lettura dei punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica dei concorrenti ammessi, «procede, quindi, all'apertura della busta "C-offerta economica e temporale" dei concorrenti …, dà lettura dei ribassi e della riduzione di tempo offerta».

È chiaro dunque come sia la normativa vigente, che la *lex specialis* della gara richiedevano che l'offerta concernente il tempo di esecuzione dei lavori fosse inserita esclusivamente nella busta contenente l'offerta economica, mentre nella vicenda in esame i suoi contenuti sono stati illegittimamente anticipati nella busta contenente l'offerta tecnica.

L'ostensione anticipata, rispetto alle prescritte scansioni temporali, dei dati concernenti l'offerta tempo si traduce in un'evidente violazione degli essenziali principi di segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti, che impongono di mantenere rigidamente separate la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella, successiva, di valutazione

dell'offerta economica, in quanto, altrimenti, la commistione tra profilo tecnico ed economico è di per sé idonea ad introdurre elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della Commissione giudicatrice (T.A.R. Liguria, Sez. II, 14 settembre 2001, n. 964).

Ed invero, in una gara in cui il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ampio spazio è attribuito alla discrezionalità tecnica della Stazione appaltante nella valutazione degli elementi diversi da quello automatico del prezzo più basso; in un tale contesto il principio di segretezza risponde all'esigenza di evitare sospetti di parzialità a favore dell'impresa della cui offerta economica si sia presa anticipata cognizione, mediante "interventi compensativi" tesi a far recuperare, con un punteggio più elevato riservato agli elementi non matematici, l'eventuale minore convenienza dell'offerta medesima (in termini T.A.R. Veneto, Sez. I, 17 luglio 2009, n. 2193; T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 maggio 2005, n. 555; Cons. Stato, Sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036; Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192).

Le parti resistenti obiettano, a tale proposito, l'inammissibilità della censura per carenza di interesse, nella considerazione che il R.T.I. Icop ha conseguito un punteggio superiore rispetto al R.T.I. Ceprini, per l'offerta temporale, allegando altresì che l'art. 42, comma 2, del medesimo d.P.R. n. 554 del 1999 prevede che il cronoprogramma è presentato dall'appaltatore unitamente all'offerta.

Tali assunti non sono meritevoli di positiva valutazione.

Sotto il primo profilo, appare agevole osservare che parte ricorrente deduce un *vulnus* arrecato ai canoni di trasparenza, di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, in quanto la previa (e indebita) conoscenza del punteggio automatico potrebbe influenzare l'assegnazione dei punteggi discrezionali.

Quanto, poi, alla valenza della disposizione di cui all'art. 42 del d.P.R. n. 554 del 1999, occorre considerare che una cosa è il cronoprogramma, costituente parte integrante della documentazione tecnica relativa all'illustrazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni (di cui non è possibile non tenere conto, agli effetti dell'aggiudicazione dell'appalto, allorché i tempi di esecuzione dei lavori ivi contemplati non siano conformi e congruenti con le prescrizioni della *lex specialis* di gara : in termini Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 341), altra cosa è la formulazione dell'offerta tempo, costituente un dato quantitativo dell'offerta.

Quanto, poi, all'assunto defensionale del Comune di Orvieto secondo cui il bando di gara non prevederebbe l'esclusione delle ditte che abbiano inserito all'interno dell'offerta tecnica l'indicazione dei giorni di lavorazione, osserva il Collegio come il contenuto delle buste "A", "B" e "C" sia previsto dall'art. 6 del disciplinare a pena di esclusione.

Anche se ciò appare assorbente ai fini del decidere, occorre in ogni modo ricordare come, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, sebbene in materia di gare per l'affidamento di contratti pubblici sia immanente il principio della tassatività delle cause di esclusione, direttamente funzionale al *favor partecipationis,* ciò non preclude peraltro che cause di esclusione possano essere ricavate attraverso il c.d. criterio teleologico (si pensi, a titolo esemplificativo, alla recente elaborazione giurisprudenziale sulla rilevanza del collegamento sostanziale come causa di esclusione, seppure non esplicitata dal bando), mirante ad individuare l'interesse dell'Amministrazione procedente sotteso all'esclusione ed a garantire la *par condicio* delle imprese partecipanti (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2830; Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 1997, n. 1015; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 24 novembre 2009, n. 515).

E nel caso di specie appare difficilmente contestabile che l'offerta del R.T.I. Ceprini andava esclusa per la violazione di clausole poste a garanzia della *par condicio* sostanziale tra i partecipanti alla gara, e dunque essenziali per il proficuo svolgimento della gara.

L'accoglimento del primo mezzo del ricorso principale determina l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del R.T.I. Ceprini, consentendo integrale soddisfazione della pretesa di parte ricorrente; ciò esime il Collegio dalla disamina delle restanti censure, che possono essere dichiarate assorbite.

Deve, al contempo, essere disattesa, allo stato, la domanda risarcitoria, essendo l'Amministrazione comunale in condizione, come chiarito nella memoria datata 17 aprile 2010, di aggiudicare l'appalto al ricorrente R.T.I. Icop, per tale via consentendo in suo favore una tutela in forma specifica.

In conclusione, alla stregua di quanto precede, deve essere respinto il ricorso incidentale ed accolto il ricorso principale, nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione. (*Omissis*).

(1-3) La sentenza in rassegna intercetta il tema, sempre più dibattuto, dell'ordine di delibazione del ricorso principale e di quello incidentale, nella particolare ipotesi in cui il secondo censuri l'illegittimità dell'ammissione della controparte alla procedura concorsuale, e dunque - per essa - l'inammissibilità dell'azione proposta in via principale. Sul punto si sono succedute, nel volgere di due soli anni, ben due pronunce dell'Adunanza Plenaria, la seconda delle quali, tuttavia, è successiva alla sentenza che si annota.

Per meglio comprendere il problema in questione giova premettere qualche breve osservazione sull'istituto del ricorso incidentale, e sulle doglianze che attraverso di esso possono essere introdotte in giudizio. La caratteristica

più significativa del ricorso incidentale consiste, come noto, nel fatto che l'interesse che ispira la predetta azione sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale. Il ricorrente in via incidentale, in altre parole, formula le proprie censure per reagire ad una lesione solo potenziale: quella che si produrrebbe in caso di accoglimento del ricorso principale. Ben si comprende, allora, l'idea per cui il ricorso incidentale debba tendenzialmente essere esaminato dopo quello principale, e solo in caso di sua riconosciuta fondatezza (Cons. St., 13 novembre 2007, n. 5811, in *Giurisd. amm.,* 2007, 1693; Id., sez. V, 8 maggio 2002, in *Cons. Stato,* 2002, I, 1060; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 6 luglio 2001, n. 3468, in *TAR*, 2001, 3015).

Questa regola (priva di esplicito riscontro normativo) mostra qualche incrinatura laddove l'oggetto delle censure formulate in via incidentale concerna non già la fondatezza dell'azione principale, ma la sussistenza delle condizioni per il suo legittimo esercizio. In altre parole, secondo un corposo orientamento giurisprudenziale, occorrerebbe abbandonare il criterio della prioritaria trattazione del ricorso principale in tutti quei casi in cui il controinteressato faccia valere in via incidentale l'inammissibilità dell'altrui domanda (Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765, in *www. giustizia-amministrativa.it;* Id., sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in *Dir. proc. amm.,* 2008, 207; Id., sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310, in *Giurisd. amm*., 2007, 691; Id., 21 giugno 2006, n. 3689, *ivi*, 2006, 944). L'esempio classico, in tal senso, è quello del ricorso incidentale dell'aggiudicatario di un appalto pubblico che prospetti l'illegittimità dell'ammissione del ricorrente in via principale alla procedura concorsuale, e per essa la sussistenza di una adeguata legittimazione ad impugnare in capo al ricorrente medesimo.

In questo contesto, già sufficientemente complesso, si inserisce un ulteriore elemento di complicazione. Il riferimento riguarda le ipotesi come quella oggetto della pronuncia in epigrafe, in cui entrambe le impugnazioni si appuntano su profili inerenti non già (o comunque non solo) la fondatezza dell'altrui domanda, ma piuttosto la sussistenza in capo alla parte avversa delle necessarie condizioni per agire in giudizio. In altre parole, il problema dell'ordine di trattazione dei due ricorsi assume una fisionomia alquanto peculiare laddove le impugnazioni si atteggino in veste reciprocamente paralizzante, ossia puntino entrambe a dimostrare l'inammissibilità della domanda avversa, con conseguente pretermissione di ogni ulteriore scrutinio inerente la fondatezza delle rispettive pretese.

Sul punto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 2008 aveva espresso una regola chiara, sebbene non immune da profili di criticità (il riferimento è a Cons. St., Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 146; in termini simili: Cons. St., sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417, in *Foro amm*., 2010, 349; Id., 24 giugno 2010, n. 4019, in *Giurisd. amm.*, 2010, 1, 767; TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 9 dicembre 2010, n. 35816, in *Urb. app.,* 2011, 463). Nel caso dei due ricorsi reciprocamente escludenti tra concorrenti di una gara a due il giudice – secondo il Supremo Consesso - avrebbe

dovuto necessariamente delibare entrambe le impugnazioni, in modo da non sacrificare l'interesse strumentale della ricorrente in via principale alla riedizione del confronto concorsuale, quale presumibile conseguenza dell'annullamento degli atti di gara. Lo stesso principio, ovviamente, veniva formulato con riferimento alle gare con più di due partecipanti, laddove le censure inerenti l'illegittima partecipazione alla procedura riguardassero la totalità delle concorrenti. Anche in tal caso, infatti, l'annullamento degli atti gravati avrebbe con ogni probabilità indotto la stazione appaltante a bandire una nuova procedura d'aggiudicazione, con conseguente rinnovata possibilità di presentare la propria offerta.

La soluzione della doppia delibazione ha conosciuto negli ultimi anni un seguito pressoché unanime da parte della giurisprudenza di primo e secondo grado. Essa tuttavia non ha mancato di suscitare critiche e perplessità presso una parte della dottrina contemporanea (Villata, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio di primo grado*, in *Dir. proc. amm.,* 2009, 2, 285; Id., *L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, *ivi*, 2008, 1188; Tropea, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, *ivi,* 2010, 704). Quest'ultima ha in proposito rilevato come la logica accolta dalla Plenaria del 2008 non tenesse adeguatamente conto di un elemento decisivo: il fatto che la riedizione della gara non possa intendersi alla stregua di un'attività di esecuzione del giudicato di annullamento (contra: Cons. St., sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417, in *Foro amm.,* 2010, 349). La ripetizione della procedura, in altre parole, non pare una prospettiva idonea a sorreggere l'interesse all'azione del concorrente non aggiudicatario. Il che equivale a dire che l'eventuale fondatezza dell'impugnazione incidentale avente ad oggetto l'inammissibilità del ricorso principale debba ritenersi idonea a precludere ogni ulteriore scrutinio sulle censure formulate, per l'appunto, in via principale.

Le considerazioni sinora esposte hanno trovato riscontro nella recente Plenaria n. 4 del 2011, in cui il Supremo consesso ha rivisitato il suo precedente del 2008, all'insegna di un ritorno al prioritario scrutinio del ricorso incidentale, nell'ipotesi, ovviamente, in cui esso attinga a questioni di rito, assumendo così una portata paralizzante rispetto all'azione principale (Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*) . La sentenza dell'Adunanza Plenaria, come si è detto, è successiva alla pronuncia in epigrafe. È tuttavia interessante notare come il Collegio umbro, in sintonia con quelle che, di lì a poco, sarebbero state le indicazioni del Consiglio di Stato, abbia accordato la precedenza alla delibazione dell'impugnazione incidentale inerente i profili di rito.

In proposito ha presumibilmente svolto un ruolo decisivo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Quest'ultimo, invero, non contempla alcuna regola espressamente dedicata all'ordine di trattazione delle due impugnazioni, in linea di continuità con la legislazione previgente, altrettanto lacunosa. Tuttavia non può tacersi il rinvio che l'art. 76 comma 4 del c.p.a. effettua verso l'art. 276 c.p.c., in cui si impone al giudice civile

il prioritario scrutinio delle questioni di rito rispetto a quelle di merito. La norma, probabilmente, si sarebbe dovuta ritenere applicabile al processo amministrativo anche nel silenzio del c.p.a. La recente riforma, dunque, non fa che confermare un dato implicitamente sotteso all'intero sistema di giustizia: l'imprescindibile e prioritaria verifica circa la sussistenza, in capo a colui che agisce in via principale, delle condizioni prescritte dall'ordinamento per l'accesso alla tutela giurisdizionale (MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm*., 2009, 609) . È proprio in questo clima interpretativo che si colloca la sentenza in epigrafe, nella quale il Tar Umbria, come si è detto, anticipa l'insegnamento della Plenaria nel senso della prioritaria decisione del cd. ricorso incidentale paralizzante.

Una volta puntualizzato il corretto ordine di delibazione dei due ricorsi, non resta che ripercorrere le principali statuizioni di merito rintracciabili nella sentenza in esame. Tra queste giova menzionare il rigetto dell'eccezione inerente la mancata impugnazione, da parte della ricorrente in via principale, dell'aggiudicazione provvisoria, il cui contenuto era stato riprodotto nella successiva aggiudicazione definitiva. Come noto, la duplicità degli atti di aggiudicazione, già ampiamente sperimentata in via di prassi, viene oggi espressamente prevista dall'art. 11 commi 4 e 5 del vigente codice dei contratti pubblici. Attualmente, dunque, il percorso che conduce al perfezionamento del vincolo contrattuale è scandito da un atto provvisorio che, dopo l'effettuazione delle dovute verifiche e in caso di esito positivo delle stesse, si ripete, assumendo per l'appunto la connotazione definitiva. In questo contesto il problema che si è ben presto posto ad interpreti ed operatori concerne il regime di impugnabilità dei due atti, da cui evidentemente discende il successo, e ancor prima l'ammissibilità, delle iniziative giurisdizionali delle imprese concorrenti.

In proposito l'insegnamento della giurisprudenza contemporanea è piuttosto unanime circa la non necessarietà dell'impugnazione dell'atto provvisorio: la mancata proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria non può quindi precludere l'ammissibilità dell'eventuale impugnazione del successivo atto definitivo. Il che, evidentemente, equivale a dire che il decorso del termine decadenziale per l'esperimento dell'azione di annullamento deve computarsi a partire dall'emanazione della «seconda» aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4241, in *Ragiusan*, 2009, 93; Id., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1434, in *Foro amm*., 2008, 1189; TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 dicembre 2007, n. 13914, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, 2506; Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2006, n. 5957, in *Foro amm.*, 2006, 2823; Id., sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068, *ivi*, 2006, 842). Le ragioni di questa posizione sono puntualmente ripercorse dalla sentenza in rassegna, ove il Collegio ribadisce il carattere endoprocedimentale, e dunque non autenticamente lesivo, dell'aggiudicazione provvisoria, la cui impugnazione, pertanto, non può intendersi alla stregua di un autentico onere.

Il giudice umbro, invero, dà conto delle recenti posizioni del Consiglio di Stato circa la diretta impugnabilità dell'atto provvisorio, in qualche modo

dissonanti rispetto all'idea della non lesività del predetto atto (cfr. Cons. St., sez. V, 2 marzo 2009, n. 1156, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Tuttavia, a parere del Collegio, la posizione del Supremo Consesso, rispetto alla quale trapela una sottile perplessità, non impedisce di ritenere che l'impugnazione dell'atto definitivo sia pur sempre svincolata dalla previa (e dubbia) impugnazione dell'atto provvisorio. Il ricorso avverso l'atto provvisorio, quand'anche ammissibile, andrebbe cioè considerato alla stregua di una mera facoltà, dal cui mancato esercizio non può di certo discendere l'impossibilità di impugnare l'atto definitivo.

In un ultima analisi, merita di essere menzionata la statuizione del Collegio sulla lamentata lesione dei principi di *par condicio* ed imparzialità nell'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (di cui all'art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). La caratteristica di questo criterio, che si contrappone a quello automatico del prezzo più basso (di cui all'art. 82 del d.lgs. 163/2006), risiede nella sua intrinseca discrezionalità, che si esprime nell'apprezzamento di una molteplicità di elementi di valutazione, dalla cui combinazione - per l'appunto – deriva l'individuazione della migliore offerta. L'applicazione di tale metodo, come noto, presuppone la formulazione di offerte che si articolano in una offerta tecnica ed una economica, il cui esame viene condotto in successione, ed in piena segretezza, dalla stazione appaltante.

In proposito la giurisprudenza ha puntualizzato come debba ritenersi imprescindibile la regola del separato scrutinio, nonché, in particolare, la prioritaria analisi dell'offerta tecnica «atteso che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura». (così Cons. St., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217, in *Foro amm.*, 2009, 1288; in termini simili anche Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n.196, in *Giust. civ*., 2007, I, 2297; Id., sez. VI,17 luglio 2001, n. 3957 in *Foro amm*., 2001, 2061).

Nella vicenda sottoposta al Collegio umbro viene per l'appunto in discussione una situazione di «promiscuità» tra i contenuti delle due offerte. La ricorrente in via principale lamenta infatti che la sua controparte abbia inserito la propria offerta-tempo nell'offerta tecnica anziché in quella economica. Ciò in palese violazione di quanto prescritto dal disciplinare di gara, nonché dall'art. 64 comma 1 lett. c) del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (oggi riprodotto dall'art. 266 comma 1 lett. c) del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207), in cui esplicitamente si stabilisce che la riduzione da applicarsi al tempo fissato per l'espletamento dell'incarico sia espressa nell'offerta economica.

L'anticipazione dell'offerta-tempo nell'offerta tecnica costituisce, a detta del Collegio, un fattore di distorsione del normale dispiegarsi del processo decisionale della commissione aggiudicatrice: la commistione tra elementi

tecnici ed economici rischia cioè di determinare interferenze e condizionamenti nell'assegnazione dei punteggi più altamente discrezionali, ossia quelli relativi all'offerta economica. Non rileva dunque la circostanza per cui nella specifica valutazione dell'offerta tempo (inclusa, illegittimamente, nell'offerta tecnica) la ricorrente abbia ottenuto un punteggio maggiore rispetto a quello dell'aggiudicataria: la lesione patita, a detta del giudice umbro, consisterebbe infatti nell'influenza esercitata dall'esito della valutazione tecnica sulla successiva attribuzione dei punteggi relativi alla componente economica.

Sul punto occorre, invero, evidenziare il peculiare *self restraint* del giudice nel valutare il carattere effettivamente distorto della valutazione effettuata dalla commissione aggiudicatrice rispetto alle componenti economiche delle offerte pervenute. Il Collegio, infatti, non argomenta sul contenuto illegittimo della decisione assunta in sede di attribuzione dei punteggi relativi alle offerte economiche. Il convincimento dei giudici, in altre parole, scaturisce da una logica di tipo presuntivo, che vede nella anticipazione dei contenuti economici in sede di offerta tecnica una circostanza destinata sempre e comunque a compromettere la legittimità della successiva valutazione dei profili economici. Questa sorta di automatismo, che, come si è detto, assume le sembianze di una vera e propria presunzione, acquista un rilievo particolarmente significativo in virtù di una ulteriore affermazione: quella relativa alla necessaria esclusione dell'offerta in cui si sia verificata l'anticipazione in questione, a dispetto della mancata previsione di una sanzione di tal fatta tanto nel codice dei contratti quanto negli atti di gara.

Il giudice umbro, pur dando conto del corposo orientamento giurisprudenziale che si esprime nel senso della tassatività delle cause di esclusione, evidenzia come le cause medesime possano pur sempre essere desunte dal sistema mediante il ricorso al criterio teleologico (sulla tassatività del novero delle cause di esclusione da ultimo: Cons. St., Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8044, in *www.giustizia-amministrativa.it*)

Si tratta, senza dubbio, di un'affermazione astrattamente condivisibile. Essa, tuttavia, a ben vedere non sembra del tutto coerente con la fattispecie decisa dalla sentenza in rassegna.

Se infatti lo scopo della norma che impone la separazione delle componenti (tecniche ed economiche) consiste nello scongiurare il confezionamento di offerte che inquinino le scelte della commissione aggiudicatrice, è chiaro che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'offerente che abbia violato il predetto principio di separazione debba scaturire solo da una concreta e dimostrata efficacia distorsiva ascrivibile al confezionamento dell'offerta.

L'annullamento dell'offerta, in altre parole, dovrebbe derivare da un apprezzamento da compiersi caso per caso, al fine di accertare che la commistione tra le componenti tecniche e quelle economiche abbia effettivamente alterato l'assegnazione dei punteggi relativi alle offerte economiche (oggetto di valutazione successiva).

Questo tipo di scrutinio sembra essere stato pretermesso dal collegio adito, probabilmente sulla scorta di un antico convincimento: la riconducibilità delle scelte operate in sede di valutazione delle offerte alla sfera del merito amministrativo, in quanto tale sottratto al sindacato giurisdizionale.

Il tema meriterebbe una trattazione assai più approfondita, che abbia d oggetto il perimetro di alcune tra le principali categorie dell'odierna teoria generale: il merito e la discrezionalità (su questi temi, ci si limita a rinviare a Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007).

In questa sede, per ragioni di sintesi e coerenza, ci si limita rilevare come la ritrosia del Collegio umbro nello scrutinio sulle operazioni di valutazione delle offerte economiche, se da un lato garantisce la non intrusione del giudice nelle prerogative decisionali dell'amministrazione, dall'altro rischia di realizzare, paradossalmente, una sottile forzatura della lettera della legge.

È chiaro infatti che, laddove il legislatore avesse inteso costituire un vincolo di consequenzialità automatica e diretta tra la commistione degli elementi tecnici ed economici e l'esclusione dell'offerta avrebbe espressamente annoverato l'ipotesi *de qua* tra le cause di esclusione. Il silenzio del codice dei contratti, in altre parole, depone a sfavore di ogni automatismo tra la regola violata e l'esclusione dell'offerta. Se è ben vero che il criterio teleologico può in qualche modo condurre a sfumare il regime di tassatività delle cause di esclusione, è altrettanto vero che, affinchè il predetto criterio possa legittimamente operare, resta pur sempre necessario l'accertamento dell'effettiva frustrazione dello scopo ispiratore della norma violata.

Nella sentenza che si annota il Collegio non si sofferma sul carattere effettivamente illegittimo delle decisioni assunte dalla commissione in sede di attribuzione dei punteggi. La commistione tra elementi tecnici ed economici, come si è visto, sembra trattata alla stregua di un sintomo sufficiente a denunciare in termini immediati ed assoluti l'illegittimità della aggiudicazione.

Il ragionamento sottostante alla pronuncia in rassegna potrebbe, tuttavia, essere più complesso di quanto si è appena rappresentato. La sensazione che trapela dalla lettura della pronuncia è, infatti, che il giudice umbro si sia persuaso della intrinseca illegittimità delle valutazioni operate dalla commissione aggiudicatrice in sede di attribuzione dei punteggi, ma che - per le summenzionate problematiche connesse al potenziale sconfinamento nel giudizio di merito - abbia preferito non argomentare su questo specifico profilo, limitandosi ad addurre, come indice sufficiente e decisivo dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione, l'erroneo confezionamento dell'offerta risultata vincitrice.

Così facendo, tuttavia, si rischia di indurre negli interpreti un'idea di certo non persuasiva: quella per cui l'aggiudicazione, anche laddove scaturisca da una irreprensibile valutazione delle offerte pervenute, debba sempre

considerarsi annullabile laddove concerna un'offerta caratterizzata da una «articolazione promiscua del proprio contenuto». Il tutto, evidentemente, in spregio di uno dei più fondamentali principi ispiratori dell'odierno sistema di giustizia: quello che subordina l'annullamento giurisdizionale dell'atto alla sua concreta ed accertata attitudine lesiva.

ANNALAURA GIANNELLI

DOTTRINA

IL BREVETTO EUROPEO *

SOMMARIO: 1. *Beni immateriali* – 2. *Accordo di trasferimento di tecnologia* – 3. *La regolamentazione del brevetto europeo* – 4. *Giurisdizione del brevetto europeo* - 5. *Marchio come strumento della comunicazione* – 6. *Regolamento (CE) n. 207/2009 sul marchio comunitario* – 7. *Giurisprudenza sul marchio comunitario* – 8. Design *comunitario registrato e non registrato in base al Regolamento n. 6/2002 CE.*

1. *Beni immateriali*

L'Europa ha dato molta importanza ai beni immateriali a differenza del codice civile italiano che è datato 1942: ovviamente in quel periodo storico si puntava esclusivamente sui beni materiali e l'unico bene immateriale presente si rinveniva nelle energie naturali (art. 814 c.c.). Il codice civile definisce all'art. 810 i beni: "sono quelle cose che possono formare oggetto di diritto" ed all'interno dei beni materiali distingue tra i beni immobili e mobili, elencando in maniera dettagliata i primi e considerando mobili tutti gli altri. Il codice del 1942 e le leggi speciali non usano i termini di proprietà o beni per quanto riguarda i brevetti. Tra i beni immateriali ritroviamo i beni legati alla ricerca [1], *know-how* [2], brevetti ecc. e sono a numero aperto

---

* Il presente lavoro costituisce una sintesi dal volume *Manuale teorico pratico del brevetto europeo*, Perugia-Roma, 2011.

[1] Cfr. il primo "considerando" direttiva 2004/48/CE, il diritto comunitario dà una definizione di ricerca e di sviluppo che è inserita nella disciplina della concorrenza (v. Reg. 2659/2000 della Commissione del 29 novembre 2000 riguardante l'applicazione dell'art. 81, par. 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo) e nella collegata "Disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo" (Comunicazione della Commissione n. 96/c 45/06). L'art. 2, n. 4, del Reg. 2659/2000, stabilisce la ricerca e lo sviluppo come "l'acquisizione di *know-how* relativo a prodotti e processi e la realizzazione di analisi teoriche, di studi sistematici o di sperimentazioni, inclusi la produzione sperimentale, le verifiche tecniche di prodotti o processi, la realizzazione degli impianti necessari e l'ottenimento dei relativi diritti di proprietà immateriale".

[2] L'art. 2, n. 10 del Reg. 2659/2000 definisce il *know-how* come un «patrimonio

in quanto non sappiamo la tecnologia e l'innovazione fino a che punto si spingerà. I prodotti dell'uomo sono, quindi, costituiti da elementi immateriali e da elementi materiali [3]. La proprietà dell'oggetto prodotto richiede la proprietà-disponibilità dei beni immateriali e la proprietà-disponibilità dei beni materiali, beni diversi che sono regolati diversamente. Può accadere che il carattere innovativo del prodotto prenda massimo rilievo ed i costi per lo sviluppo siano ingenti e superino il valore della materia impiegata nella produzione; può invece accadere che i modelli utilizzati siano "classici", non più rivendicabili da nessuno, ma l'oggetto della produzione non è un bene solo materiale; infatti questo fenomeno viene regolamentato giuridicamente: il pubblico dominio. È necessario dare incentivi alla ricerca ed allo sviluppo anche alla luce della proprietà in una economia di mercato. Qualunque realizzazione di qualsiasi innovazione rappresenta un'attività imprenditoriale: la costituzione di un diritto di esclusiva sul bene prodotto è il mezzo grazie al quale si dà la possibilità all'impresa innovatrice di riprendere i costi di ricerca e sviluppo, per es. attraverso la cessione del brevetto o la vendita del prodotto industriale nel quale il bene immateriale è inserito; ma è interessante rilevare come, per mezzo del sistema della proprietà intellettuale, la ridistribuzione dei costi dello sviluppo e della ricerca sia stabilito dal prodotto ottenuto e dalla scelta del mercato. La proprietà intellettuale è l'istituto giuridico che consente la allocazione delle risorse nella ricerca e sviluppo, secondo i meccanismi della logica di mercato.

2. *Accordo di trasferimento di tecnologia*

La definizione più ampia di proprietà intellettuale la ritroviamo nell'art. 2.7 del trattato istitutivo della World Intellectual Property

---

di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato, in tale contesto per "segreto" si intende che il *know-how* non è generalmente noto, né facilmente accessibile; per "sostanziale" si intende che il *know-how* comprende conoscenze indispensabili per la fabbricazione dei prodotti contrattuali o per l'utilizzazione dei processi contemplati dal contratto; per "individuato" si intende che il *know-how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità». Il *know-how* è regolato dall'art. 2598 c.c. sulla concorrenza sleale, l'art. 98 d.lgs. n. 30/2005, l'art. 2105 c.c. sull'obbligo di segretezza del dipendente, art. 621 c.p. – documenti segreti; art. 622 c.p.- Segreto professionale, art. 623 c. p. – Segreto industriale.

[3] Sena, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 55 ss., Cippitani, *I beni immateriali*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di Palazzo e Sassi, Perugia, 2007, 105 ss.

Organization (WIPO) [4] "intellectual property" shall include the rights relating to: literary, artistic and scientific works, perfomances of performing artists, phonograms, and broadcasts, inventions in all fields of human endeavor, scientific discoveries, industrial designs, trademarks, service marks, and commercial names and designations, protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields" Gli interessi dei titolari di diritti di proprietà intellettuale sono tutelati da diritti esclusivi *erga omnes* o da diritti di credito *erga omnes* o dalla disciplina della lealtà della concorrenza. All'interno della disciplina della proprietà intellettuale c'è un diritto primario ed un diritto secondario: il primo fissa la protezione degli interessi in campo ed il secondo la sua circolazione. Analizziamo in particolare il diritto secondario e la disciplina dei contratti relativi ai diritti di proprietà intellettuale e più nello specifico quelli riguardanti diritti di proprietà intellettuale, ed in special modo gli accordi relativi ai suoi diritti esclusivi. In Italia non c'è una disciplina *ad hoc* su questo settore e quindi ci sono tanti contratti atipici, pochi infatti gli accordi tipici come quello di rappresentazione/esecuzione, per es. l'art. 77 del codice della proprietà industriale riguardante gli effetti del contratto sul brevetto nullo stabilisce degli aspetti circoscritti di alcuni altri accordi. Tornando quindi, ai contratti atipici possono avere causa semplice e riprendere alcune caratteristiche degli accordi tipici. I contratti a causa semplice, che vengono più utilizzati, sono quelli di cessione, di licenza o di committenza. La licenza può essere vista sulla base della vendita o della locazione /affitto; nel primo caso nascono diritti "reali" frazionari *erga omnes*, mentre nel secondo ha effetti obbligatori, in tutte e due le ipotesi ci può essere una licenza esclusiva e non esclusiva. La cessione, invece, fissa un trasferimento della titolarità di diritti di proprietà intellettuale e si conforma al modello della vendita. L'accordo di committenza si struttura secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale autonomo o dell'appalto: ed è impiegato nelle commesse di ricerca da imprese private ad università, o da imprese industriali a società di *engineering* o a *software house*. Ci possono essere i contratti a causa mista come ad es. nel caso di conferimento di *know-how* in società. I contratti inoltre possono essere complessi: come per es. gli accordi di *franchising*, che a volte possono avere ad oggetto la trasmissione di *know-how* industriali dal *franchisor* al *franchisee* [5].

---

[4] Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, firmata a Stoccolma il 14 luglio 1967.

[5] Per il contratto di *franchising* si consulti Trabucchi, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2007, 856 ss.; Finessi, La tipizz*azione del contratto di* franchising

La l. del 2004 n. 129 si intitola"norma per la disciplina dell'affiliazione commerciale", già prima il Reg. UE 4087/88 del 30 novembre 1988 (oggi non più in vigore), che, nonostante avesse un ambito di applicazione limitato alle condizioni di applicazione dell'art. 85 (3) CE, è servito da guida e da parametro alla nostra giurisprudenza e dottrina nel delineare la nozione del contratto di *franchising*. Nel Reg. CEE si trattava di una pluralità di tipologie contrattuali come ad es. *franchising* di distribuzione, di produzione, o industriale e di servizi, queste definizioni avevano solo scopi classificatori. Tornando alla l. del 2004 n. 129, l'art. 1 fissa che il *franchising* è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altro, verso corrispettivo, di un insieme di dritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale. L'affiliato è inserito in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi. È interessante soffermarci sull'accordo di ricerca e sviluppo che consiste in un " accordo, una decisione di un'associazione di imprese o una pratica concordata" (art. 2, n. 1, Reg. n. 2659/2000) che riguarda la "ricerca e sviluppo" cioè: "l'acquisizione di know-how relativo a prodotti e processi e la realizzazione di analisi teoriche, di studi sistematici o di sperimentazioni, inclusi la produzione sperimentale, le verifiche tecniche di prodotti o processi, la realizzazione degli impianti necessari e l'ottenimento dei relativi diritti di proprietà immateriale" (art. 2, n. 4, Reg. n. 2659/2000). C'è anche da considerare l'accordo di trasferimento di tecnologia: "accordo di licenza di brevetto, un accordo di licenza di know-how, un accordo di licenza di diritti d'autore sul software o un accordo misto di licenza di brevetto, di know-how o di diritti d'autore sul software, compreso qualsiasi accordo di questo tipo contenente disposizioni relative alla vendita ed all'acquisto di prodotti o relative alla concessione in licenza di altri diritti di proprietà di beni immateriali o alla cessione di diritti di proprietà di beni immateriali,

---

e i profili problematici della nuova disciplina introdotta con la l. 6 maggio 2004 n. 129, in *Studium iuris*, 2004, 1477 ss. e 2005, 27 ss.; De Nova –Leo- Venezia, *Il franchising (l. 6 maggio 2004, n. 129)*, Milano, 2004; Cian, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, 1153 ss.; Frignani, *Franchising: la nuova legge*, Torino, 2004; Bussani, *Contratti moderni.* Factoring, franchising, leasing, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004; Cuffaro, *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005; De Gioia, *Il contratto di* frachising. *Profili civilistici, fiscali e contabili del nuovo contratto di affiliazione commerciale*, Forli, 2006.

a condizione che tali disposizioni non costituiscano l'oggetto primario dell'accordo e siano direttamente collegate alla produzione dei prodotti contrattuali; sono considerati accordi di trasferimento di tecnologia anche le cessioni di brevetti, di know-how, di diritti di autore sul software, o di una combinazione di tali diritti, ove parte del rischio connesso allo sfruttamento della tecnologia rimanga a carico del cedente, in particolare quando il corrispettivo della cessione dipende dal fatturato realizzato dal cessionario per i prodotti realizzati utilizzando la tecnologia ceduta, dai quantitativi prodotti o dal numero di atti di utilizzazione della tecnologia in questione" (art. 1, lettera b, Reg. 772/2004) [6]. Il diritto italiano ed il diritto internazionale privato non fissano espressamente una disciplina. Per quanto riguarda il diritto internazionale privato la legge che si applica agli aspetti della proprietà intellettuale è determinata dal principio di territorialità: il contenuto e l'estinzione dei diritti di protezione della proprietà industriale sono regolamentati dalla legge dello Stato " per il quale la protezione è chiesta".

3. *La regolamentazione del brevetto europeo*

Dal punto di vista internazionale il brevetto è regolamentato dalla Convenzione di Parigi sulla proprietà industriale del 20 marzo 1883 (rivisitata a Bruxellles il 14 dicembre 1900, a Whashington il 2 giugno 1911, all'Aja il 6 novembre 1925, a Londra il 2 giugno 1934, a Lisbona il 31 ottobre 1958, a Stoccolma il 14 luglio 1967) e modificata il 28 settembre 1979, ratificata dall'Italia con legge 28 aprile 1976, n. 424; inoltre c'è la Convenzione di Strasburgo del 27 ottobre 1963 riguardante l'unificazione di alcuni principi della legislazione sui brevetti di invenzione; poi il Trattato di Washington del 19 giugno 1970, per la cooperazione in materia di brevetti, infine c'è da menzionare la Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973.

Per quanto riguarda il brevetto nazionale, è stato in precedenza regolamentato dal r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, attuato dal reg. contenuto nel r.d. 5 febbraio 1940, n. 244; dal r.d. 25 agosto 1940, n. 1411, dal reg. esecutivo contenuto nel r.d. 31 ottobre 1941, n. 1554 e dal D.P.R. 22 giugno 1979, n. 338, ora, invece, c'è il d.lgs. 2005 n. 30 (codice della proprietà industriale) [7] che tratta anche del brevetto europeo per es.

---

[6] Ubertazzi, *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, 120; Cippitani, *I contratti riguardanti i beni immateriali*, in *Diritto privato del mercato*, cit., 135 s.

[7] Per gli ultimi aggiornamenti si consulti Sirotti Gaudenzi, *Codice della proprietà industriale al* restyling *tra interventi sostanziali e occasioni mancate*, in *Guida dir.*, *Il sole 24 ore*, settembre 2010, dossier n. 7, 94 ss.

all'art. 56. Per quanto concerne il brevetto nazionale il d.m. del 3 ottobre 2007 (attribuzione dell'incarico all'Ufficio europeo dei brevetti ad effettuare la ricerca di anteriorità) [8] ha dato attuazione all'art. 170. 1 lett. b) c.p.i. che stabilisce che l'esame della domanda di brevetto non riguarda i requisiti di validità " fino a quando non sarà disciplinata la ricerca delle anteriorità con decreto ministeriale".

Il 1° luglio 2008 è, quindi, entrato in vigore l'Accordo di lavoro fra l'Ufficio Europeo dei brevetti e l' Ufficio Italiano dei Brevetti approvato dal consiglio di amministrazione dell'Epo il 12 dicembre 2007. Questo accordo stabilisce che l'Ufficio dei Brevetti Europeo dovrà svolgere la ricerca di anteriorità con un'opinione scritta sui brevetti depositati in Italia. Con questo accordo si conferisce parità a tutti i brevetti che entrano in vigore in Italia ed aumenta la qualità di brevetto in Europa: quindi questa attività rientra nei compiti dell'Ufficio Europeo dei Brevetti.

L'art. 1 fissa che l'EPO (European Patent Office) deve effettuare la ricerca di anteriorità per quanto riguarda le domande di brevetto per invenzioni nazionali. Si ravvisa dall'art. 170 c.p.i. un ampliamento del raggio di azione dell'Ufficio. Poniamo l'attenzione sul brevetto europeo che trova la sua origine nell'Accordo sul brevetto comunitario concluso a Lussemburgo il 15 dicembre 1989 (ABC) e derivato dalla Convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune del 15 dicembre 1975 (CBC) con l'annesso "Protocollo sulle controversie (o sui litigi)" del 1985 (P.L.). L'accordo del 1989 vedeva il brevetto comunitario come una continuazione del brevetto europeo [9] rilasciato dall'UEB ed era, dopo la sua concessione, a titolo "unitario ed autonomo" fissato dalla disciplina sostanziale e procedurale della Convenzione che lo istituiva. L'ABC fissava un sistema articolato di giurisdizione sopranazionale che interagiva con le giurisdizioni nazionali ed il punto di raccordo sarebbe dovuto essere la istituenda COPAC (Community Patent Court). Il brevetto europeo è stato regolamentato dall'EPC2000 a metà dicembre 2007 (Acronimo di European Patent Convention), legge di ratifica dell'EPC2000, l. n. 224 del 29 novembre 2007 che ha sostituito la Convenzione di Monaco del 1973, tende a creare uno spazio brevettuale di estensione europea, fondato su strumenti moderni e dinamici che può meglio rispondere alle esigenze di tutela della proprietà intellettuale dell'impresa. EPC 2000 è un trattato multilaterale che, captando le istanze del mondo dell'impresa, degli inventori e dei ricercatori, cambia in maniera importante la precedente disciplina, ci sono delle novità riguardanti sia la procedura

---

[8] Pubblicato in G.U. n. 250 del 26 ottobre 2007.

[9] Scuffi, *L'evoluzione del diritto europeo dei brevetti: verso la nuova Corte europea dei brevetti e l'*unified patent litigations system, in *Dir. ind*., 2010, 169 ss.

di concessione dei brevetti, sia le regole applicabili alle controversie che coinvolgono queste privative in tutti gli stati contraenti (l'Italia ha ratificato la Convenzione il 6 dicembre 2007).Gli stati aderenti ad EPC 2000 sono: Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lettonia, Lituania, Liechtestein, Lussemburgo, Malta, Monaco, Olanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Regno Unito. Le novità più importanti sono: il brevetto può essere depositato in ogni lingua, il richiedente dovrà procedere alla traduzione del testo brevettuale in una delle tre lingue ufficiali (francese, tedesco, inglese), ma esclusivamente alla fine della procedura. Se la traduzione non è depositata in tempo, l'Ufficio europeo spinge il richiedente a mettere in ordine la documentazione entro due mesi. Se non viene rispettato questo termine la domanda si considera abbandonata (regola 57 (a) e 58 ed art. 14 (2) EPC 2000). La descrizione ed i disegni possono essere sostituiti dal riferimento ad una anteriore domanda di brevetto depositata in uno degli stati membri. In questo caso si deve indicare la data di deposito, il numero di deposito ed il riferimento dell'ufficio nazionale di deposito. Il depositante inoltre dovrà rendere chiaro che il riferimento alla domanda nazionale sostituisce le rivendicazioni (art. 57 paragrafo (c) EPC 2000). Inoltre, entro 2 mesi dalla richiesta di brevetto europeo, è necessario depositare una copia autentica della domanda alla quale è stato fatto riferimento. Per i titolari del brevetto europeo c'è una procedura di limitazione c.d. centralizzata (artt. 105-105c, regola 90 ss.) in base alla quale si può limitare l'ambito dei propri brevetti rispetto alle rivendicazioni iniziali anche nei confronti di un brevetto europeo che venga corretto o limitato all'esito di una procedura di opposizione o limitazione. La procedura di limitazione, che può essere attuata intervenendo sulle rivendicazioni, prevede il pagamento di una tassa pari a euro 1.000,00 euro. L'esito negativo della richiesta di limitazione non preclude che la stessa istanza possa essere ribadita in seguito. C'è inoltre la procedura di revoca che può essere iniziata dallo stesso titolare del brevetto ed ha un costo di euro 450,00. Se ci sono le contestazioni giudiziarie riguardo alla validità dei brevetti, i titolari delle privative in conflitto potranno concordare eventuali modifiche che tolgono le ragioni di contrasto, mantenendo una validità sia pure limitata, al brevetto. Se non vengono rispettate le scadenze procedurali, i titolari di brevetti possono far ripartire la procedura di brevettazione pagando un'ammenda pecuniaria. In caso di rigetto della domanda di brevetto il richiedente potrà ricorrere anche nei confronti delle decisioni assunte dalla divisione di appello, presentando un ulteriore appello ad un organismo di nuova creazione. In relazione alle vertenze giudiziarie che possano riguardare la giurisdizione degli Stati Uniti d'America, l'art.

153 stabilisce espressamente che tutte le comunicazioni tra il cliente ed il proprio consulente sono sempre protette da ogni forma di produzione di fronte all'Ufficio Europeo brevetti. C'è sempre la procedura che riguarda gli aspetti formali e quella che riguarda gli aspetti sostanziali, eventualmente c'è la procedura di opposizione.

Il Ministero dello Sviluppo Economico il 10 marzo 2010 ha approvato il Reg. che dà attuazione al codice della proprietà industriale [(10)] a cinque anni dalla sua emanazione. Il Reg. disciplina nel dettaglio i procedimenti previsti dagli artt. 147, 149, 151, 184, 195, 197, 212 e 214 del codice secondo i criteri di semplificazione e razionalizzazione degli adempimenti amministrativi. Sono state previste procedure agevolate nell'ottenimento e nella gestione dei titoli della proprietà industriale, nel rispetto della normativa comunitaria ed internazionale. Sono state recepite le esigenze di disciplina del deposito delle domande, delle istanze, delle modalità di applicazione delle norme sul procedimento di opposizione, nonché dell'attività svolta dai consulenti in proprietà industriale. Le novità sono le seguenti: per quanto riguarda il brevetto europeo, ai sensi della Convenzione sul brevetto, si precisa che il deposito avviene direttamente o tramite un servizio postale che attesti la ricezione della documentazione presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Roma, delegata allo svolgimento di tale funzione, la quale provvede a trasmettere tempestivamente la documentazione all'ufficio italiano brevetti e marchi. Il deposito delle domande del brevetto europeo può essere effettuato anche per via telematica. Per quanto riguarda la trasformazione del brevetto europeo l'Ufficio italiano brevetti e marchi, ricevuta la richiesta di trasformazione, invita l'interessato, entro un termine non inferiore a due mesi, a versare i diritti stabiliti per la domanda di brevetto nazionale, ad inserire i dati mancanti per l'esame secondo la procedura nazionale, nonché a produrre la lettera d'incarico se vi sia mandatario ovvero la dichiarazione di elezione di domicilio in Italia e traduzione del testo originario della domanda in lingua italiana.

4. *Giurisdizione del brevetto europeo*

L'accordo politico di Bruxelles del 3 marzo 2003 [(11)] presentava due parallele proposte nel 23 dicembre 2003, tutte e due per l'accentramento

---

[(10)] Reg. di attuazione del codice della proprietà industriale varato dal Ministero dello Sviluppo economico con il decreto 13 gennaio 2010, n. 33, in G.U. 9 marzo 2010.

[(11)] Scuffi, Le *nuove frontiere del brevetto europeo: l'evoluzione del sistema comunitario e il progetto EPLA* ,in *Dir. ind.*, 2008, 142 ss.

comunitario della giurisdizione. C'è da sottolineare la proposta di decisione del Consiglio che fa nascere il Tribunale del brevetto comunitario e fissa i ricorsi in appello dinanzi al Tribunale di primo grado. I giudici assegnati dal TBC devono essere accompagnati da "relatori aggiunti", esperti nei diversi settori tecnici pronti a dare il loro contributo nella causa ma senza diritto di voto ai fini della decisione finale.

Dal 1999 gli Stati membri della CBE volevano accordarsi sul contenzioso brevettuale europeo che cioè ci fosse un sistema di risoluzione delle controversie *opzionale* per i paesi membri della Convenzione di Monaco che volevano aderirvi. La conferenza intergovernativa di Parigi del 25 giugno 1999 conferiva il mandato ad un gruppo di lavoro (Working party on litigation" WPL) di fare un progetto che pensasse al "sistema giudiziale integrato" per difendere il brevetto europeo con le regole procedurali comuni e comune giurisdizione almeno in II grado. Venne creato un documento preparatorio "European Patent Litigation Protocol" (EPLP) che propone l'istituzione di una European Patent Judiciary (EPJ) finanziata con risorse proprie creata da una Corte centrale comune di I e II istanza ancora da determinare (European Patent Court o EPC) formata da giudici molto specializzati, con camere regionali designate su richiesta dagli Stati membri che dovrebbero tenere anche una Corte nazionale presso la quale l'EPC celebri *in toto* o una parte del procedimento.

La competenza dell'EPC era vista come "esclusiva" in ambito di nullità e contraffazione dei brevetti europei eccetto per le misure cautelari che sono di competenza "concorrente" delle Corti nazionali. Nel novembre 2003 fu scritto un *Draft Agreement* e un *Draft Statute* della Corte europea dei brevetti implementato nel settembre 2005 con le regole della Direttiva "*enforcement*" 48/04 (c.d. Trips plus).

Il preambolo del *Draft Agreement* mette in rilievo gli aspetti fondamentali del sistema EPLA che comprende: 1) norme di diritto brevettuale sostanziale; 2) norme sulla giurisdizione, la competenza e gli effetti delle decisioni, 3) norme di procedura; 4) norme sui poteri della Corte europea, le impugnazioni e le funzioni consultive. Gli artt. (32-37) stabiliscono i diritti ed i relativi limiti del brevetto europeo per combattere ogni atto di contraffazione diretta ed indiretta al brevetto di prodotto o di procedimento secondo le regole probatorie. Gli artt. (38-46) fissano la struttura ordinamentale, inoltre l'EPC viene visto come Corte nazionale per applicare il Reg. 44/01 [(12)] e del rinvio pregiudiziale *ex* art. 24 del

[(12)] La determinazione della giurisdizione italiana in relazione a controversie che vertono sulla contraffazione di diritti di proprietà intellettuale nazionali o europei deve essere effettuata sulla base delle disposizioni del Reg. (CE) n. 44/2001 (c.d.

Trattato, fissa una competenza generale per le azioni di contraffazione reale, minacciata, di accertamento negativo, per le azioni principali e riconvenzionali di nullità, per le azioni di risarcimento del danno. Per le azioni di nullità è competente la divisione centrale mentre per le altre azioni possono essere esperite sia verso la divisione centrale che le divisioni locali del paese in cui è avvenuta la contraffazione o dove è domiciliato il convenuto. I provvedimenti della Corte europea di I istanza sono subito efficaci in ogni Stato contraente. Le Corti nazionali di ciascun Stato contraente avranno una parallela competenza cautelare per le misure provvisorie per la protezione del brevetto europeo in base alla propria legislazione domestica che dovrà informare entro 31 giorni la pendenza davanti alla Corte europea della causa di merito o instaurarla a pena dell'inefficacia del provvedimento. Le Corti nazionali possono fare il sequestro conservativo al fine di garantire il pagamento di danni, indennizzi.

Gli artt. (48-59) toccano gli argomenti procedurali ed il contraddittorio, la pubblicità del processo, la tipicità dei mezzi istruttori. Gli artt. (60-83) e la parte V *sub* 83 a 83 f) fissano che l'EPC può irrogare penali, inibitorie anche provvisorie. Il diritto al risarcimento si prescrive in cinque anni dalla conoscenza della contraffazione. Per quanto concerne l'appello come mezzo di impugnazione "ordinario" può essere proposto all'EPC di II grado per motivi di "fatto" o per motivi di "diritto" ed è possibile il rimedio straordinario del riesame delle decisioni per motivi revocatori e si può riaprire il giudizio per una nuova decisione presso lo stesso organo giudiziario. La Corte di appello europea ha una funzione consultiva "facoltativa" e può dare pareri non vincolanti sulla legislazione brevettuale alle Corti nazionali o agli organi paragiurisdizionali. Il *Draft Statute* integra l'*Agreement* fissando i componenti della Corte europea di 3 giudici che vengono nominati dal Consiglio di amministrazione su proposta dei singoli governi. Inoltre la lingua di procedura è quella in cui è stato rilasciato il brevetto europeo. Quindi il Progetto EPLA fu visto positivamente dalla Commissione europea tanto che nel marzo 2006 ha inviato un questionario a tutti gli operatori interessati come le grandi e le piccole imprese per capire gli orientamenti; invece la Conferenza di Parigi del 2006 presso la Corte di Cassazione francese e la Risoluzione AIPPI di Gothenburg sottolineavano come l'EPLA fosse

---

Bruxelles I), che si applica anche alla Danimarca grazie ad un accordo bilaterale concluso tra questo Stato e la Comunità nel 2005, e sulla nuova convenzione di Lugano del 2007, in vigore con la Norvegia, Islanda e Svizzera, per un approfondimento sul tema si consulti Bariatti, *I profili internazionali del contrasto alla contraffazione: le prospettive di riforma del Regolamento (CE) 44/2001*, in *Dir. ind.*, 2011, 169 ss.

il sistema pan-europeo per dirimere le liti. Però nello stesso tempo il c.d. "*French-paper*" sosteneva che per dirimere le questioni sul brevetto europeo era necessario il "*Community iudge*" utilizzando già le strutture che ci sono; inoltre i servizi legali del Parlamento europeo nel febbraio 2007 mettevano in evidenza l'incompatibilità dell'EPLA con il sistema comunitario perchè la giurisdizione rientrava sotto il controllo del Reg. 44/01 che non poteva essere influenzato da una diversa disciplina; mentre l'efficacia della decisione dell'EPC anche in Stati non membri dell'UE contrastava con lo spirito della Regolamentazione di Bruxelles vincolante nell'automatico riconoscimento solo degli Stati membri.

Il Consiglio dell'Unione europea [13] nel 2007 stila il documento di lavoro (c.d. compromesso portoghese) riguardante una giurisdizione unificata concernente i brevetti. Il progetto EPLA (European Patent Litigation Agreement) è incominciato nel 1999 dal UEB. Da fine dicembre 2005 c'è un forte dibattito sull'istituzione di una giurisdizione unificata in ambito dei brevetti. L'Unione Europea non vuole farsi sfuggire l'occasione di un unico sistema giurisdizionale che riguardi il brevetto europeo: pensa infatti ad una giurisdizione brevettuale unificata ed ha ripreso dal progetto EPLA un primo grado di giudizio decentrato a livello nazionale; ma c'è la propensione per un accentramento decisionale più evidente dello schema originale dell'EPLA. Quest'ultimo lasciava più spazio alle strutture giurisdizionali nazionali esterne al sistema accentrato (*the national courts of any contracting state*, di cui agli artt. 45-46 del progetto EPLA). Nell'ultimo lavoro comunitario si possono evincere le principali novità: 1) esclusivo e specializzato sarà il sistema di giurisdizione europeo, 2) le inibitorie cautelari, le condanne al risarcimento danni e le dichiarazioni di nullità del titolo pronunciate dalle divisioni locali o da quella centrale avranno effetto su tutto il territorio dell'Unione o in tutti gli Stati designati nella domanda di brevetto europeo. C'è innanzitutto un primo grado di giurisdizione a livello nazionale nelle divisioni locali che fanno capo ad una divisione centrale ed un secondo grado collegato al Tribunale di prima istanza ed al limite alla Corte di giustizia. Le divisioni nazionali sono competenti per quanto riguarda le azioni di contraffazione e per stabilire la giurisdizione competente si utilizza il luogo dove la contraffazione è commessa oppure quello del domicilio del convenuto. La divisione centrale di prima istanza è competente in modo esclusivo delle domande di nullità e di non contraffazione, invece è centralizzata la fase di appello dinanzi alla Corte di seconda istanza. Per quanto riguarda le misure cautelari, l'inibitoria è

---

[13] Frassi, *I brevetti nel contesto europeo e i progetti per l'istituzione di una giurisdizione unificata*, in *Dir. ind.*, 2008, 148 ss.

di competenza della giurisdizione accentrata ed ha effetto *cross border*. È difficile pensare ad una conciliazione tra il tipo di processo prospettato e l'attuale sistema delle dodici sezioni specializzate. Per quanto riguarda la procedura, il documento di lavoro ultimo si riporta ai lavori EPLA [14] ed, in maniera specifica, alla *Second Venice Resolution* del 4 novembre 2006 riguardando la necessità di giudizi veloci e di elevato livello qualitativo (*expeditous and high quality judgements*). Tante sono le novità riguardanti il processo come i giudici di nomina apposita e che hanno una formazione specifica e ci sono tre fasi: scritta, interlocutoria ed orale, mentre i tempi di chiusura dovrebbero essere di due anni per i due gradi di giudizio. Per quanto concerne la fase scritta il termine a comparire è di tre mesi; inoltre l'attore può proporre una modifica delle formulazioni delle rivendicazioni del brevetto per non andare incontro ad una domanda riconvenzionale di nullità. Ci può essere una modifica, intermediata dal giudice, del brevetto in sede giudiziale. La fase intermedia si evidenzia per la direzione del processo da parte del giudice (il c.d. *case management*), il quale, in maniera informale, fissa lo svolgimento del processo e compie l'istruttoria. La fase orale si caratterizza per un'unica udienza di discussione che inizia e finisce nell'arco di una giornata con l'audizione dei tecnici, dopodiché il giudice decide dopo tre mesi dall'udienza orale. È stato tolto il passaggio al c.t.u., in quanto c'è un giudice tecnico.

Le novità consistono: nell'esperto tecnico con potere decidente, i giudici comunitari possono esperire la loro azione anche a livello di divisione locale ed anche separare strutturalmente il giudizio sulla quantificazione del danno dal giudizio di merito. Dal punto di vista cautelare c'è il *Protective letters* e se si seguirà la Direttiva *Enforcement*, c'è anche la fase cautelare e dopo il giudizio di merito. Per quanto concerne la proposizione dell'appello, il termine è di tre mesi dal deposito della sentenza di I grado, con l'intero secondo grado di giudizio che deve finire in un anno dalla notifica dell'atto di appello. Il problema può riguardare la lingua che sarà adoperata dalla giurisdizione unificata; il fatto di prevedere divisioni nazionali può facilitare, anche il documento di lavoro fissa che le parti possono decidere per la procedura la lingua dello stato dove la divisione nazionale è inserita. Ciò quindi accadrà nelle azioni di contraffazione in primo grado, ma in secondo grado davanti ad una divisione centralizzata, la Corte potrebbe domandare una lingua diversa a causa delle varie componenti della corte di seconda istanza. Il *Draft Agreement* e *Draft statute* del 23 marzo 2009 fissa una Corte di I istanza a composizione multinazionale (e una corte di appello depositaria del

[14] Documento di lavoro del Consiglio n. 14492/07, 8, punto 15.

Registry per la iscrizione dei casi via via trattati), volta a risolvere le controversie in ambito di contraffazione e validità sia dell'istituendo brevetto comunitario che dell'attuale brevetto europeo. Per quanto concerne il brevetto europeo si applicheranno le regole dell'EPC 2000, invece per il brevetto comunitario il diritto sostanziale è da rintracciarsi nel predisponendo Reg. sul brevetto comunitario (*Revised Proposal* del 29 settembre 2009).

5. *Marchio come strumento della comunicazione*

In Europa c'è il diritto di libera circolazione delle persone, cose, servizi e grazie al Trattato di Schenghen del 1985 si è creato un unico confine europeo. A questo proposito può nascere un problema riguardante le merci che si possono ritrovare in un diritto di proprietà industriale diverso ed autonomo da quello in vigore nel Paese da dove provengono [(15)]; la soluzione però si è trovata grazie alla giurisprudenza ed alla Direttiva n. 89/104/CEE stabilendo il principio dell'esaurimento comunitario dei diritti di proprietà industriale [(16)] che vieta al titolare di questi diritti di opporsi alla circolazione di prodotti messi in commercio nella Comunità con il suo consenso. La giurisprudenza comunitaria ha creato la nozione di "oggetto specifico" del diritto, quale *modus operandi* per fissare quando si possono giustificare divieti e restrizioni all'importazione che nascono dai diritti di proprietà industriale e commerciale [(17)]. In un primo momento la Corte di giustizia CE ricomprendeva nell'oggetto specifico di protezione del marchio solo lo scopo di indicazione di origine del marchio [(18)]; recentemente per la giurisprudenza comunitaria l'oggetto specifico del diritto di marchio si estende agli elementi del messaggio comunicato dal marchio [(19)] nell'ambito dell'armonizzazione che ha portato alla Direttiva n. 89/104/CEE riguardante il riavvicinamento delle disposizioni degli Stati membri in ambito dei marchi di impresa e poi del Reg. n. 94/40/CE sul marchio comunitario. Quest'ultimo è un mezzo fondamentale della comunicazione d'impresa; infatti non solo informa il pubblico della provenienza dei prodotti per cui è usato da una certa impresa, ma anche,

---

[(15)] Galli, *Il marchio come segno e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2008, 425 ss.

[(16)] Corte di giustizia CE nel caso Centrafarm/Winthorp Corte di Giustizia CE 31 ottobre 1974, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, 1480 ss.

[(17)] Corte di giustizia CE, 17 ottobre 1990, causa C-10/89 (Hag2), in *Giur. ann. dir. ind.*, 1991, 844 ss.

[(18)] Corte di giustizia CE, 25 maggio 1978, causa C-102/77.

[(19)] Corte di giustizia CE, 11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, in *Racc. giur. Corte*, 1996, 3457 ss.

come simbolo di tutte le altre parti del messaggio che la gente ricollega grazie al marchio, immagini gratificanti per l'acquirente del prodotto: quindi c'è un *selling power* (potere di vendita), acquistare per i consumatori quel prodotto con quel marchio ha un significato, ha uno scopo di identificazione comunicando all'esterno una certa immagine di sé. Il marchio è un mezzo di comunicazione, rappresenta all'esterno l'impresa: il marchio è un momento di mediazione tra due soggetti l'impresa, da un lato, ed i consumatori dall'altro, che hanno interessi diversi [(20)]. La Direttiva n. 89/104/CEE ed il Reg. n. 94/40/CE metteno in evidenza la funzione del marchio come strumento di comunicazione e quindi si va contro ogni sfruttamento parassitario, sia nel caso di agganciamento che di confusione, è regolamentata anche la responsabilità del titolare del marchio in base alle informazioni di tale messaggio captati dal pubblico: il titolare deve garantire la conformità a questo messaggio dei prodotti contrassegnati dal marchio "*consumer trademark*". Inoltre per essere un marchio ci deve essere un segno, ma deve essere "distintivo", cioè deve essere visto come l'indicatore dell'esistenza di un'esclusiva sull'uso di esso in un determinato settore. C'è da aggiungere che i segni specifici si differenziano dai segni "generici", in realtà sono nomi che normalmente trasmettono una o più caratteristiche del prodotto e possono essere usati da chiunque ne abbia interesse. Inoltre è necessario che il segno sia adatto ad essere rappresentato dal punto di vista grafico: la Corte di giustizia ha messo in evidenza che i terzi e le autorità devono "conoscere con chiarezza e precisione la natura dei segni che costituiscono un marchio di impresa, al fine di essere in grado di adempiere i propri obblighi relativi all'esame preliminare delle domande" e di "accertare con chiarezza e precisione le registrazioni effettuate o le domande di registrazione formulate dai loro concorrenti attuali o potenziali". La Corte ha negato la registrazione come marchio comunitario un segno formato da una particolare profumazione da mettere ai prodotti destinati ad esserne contraddistinti, in quanto non soddisfano questi requisiti tutte le forme utilizzate dal depositante per rappresentare dal punto di vista grafico questa profumazione [(21)].

I requisiti suddetti sono presenti nel codice della proprietà industriale agli artt. 7 (oggetto della registrazione), 13 (capacità distintiva) e 12, comma 1, lett. a (segni di uso comune), cui corrispondono gli artt. 4 e 7, comma 1, lett. a, b, c,e d del Reg. Marchio comunitario. La Corte di

---

[(20)] SANDRI, *L'evoluzione della funzione del marchio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Il dir. ind*., 2010, 451, per quanto riguarda la figura del consumatore STEFANELLI, *Il diritto dei consumatori*, in *Il diritto privato del mercato*, cit., 185 s.

[(21)] L. MANSANI, *Marchi olfattivi*, in *Riv. dir. ind*., 1996, I, 262 ss.

giustizia europea non ha espressamente rifiutato la registrazione come marchio dei nomi geografici che hanno per il pubblico interessato un valore evocativo, che va al di là dell'origine geografica in senso stretto. Inoltre la Corte di giustizia ha messo in evidenza che ci possono essere dei segni che, anche se non sono descrittivi, nemmeno di uso generale, non comunicano un messaggio ed in particolare un messaggio distintivo. I giudici comunitari sostengono che si deve valutare in positivo il requisito della capacità distintiva e non solo in senso negativo in base ai divieti di registrazione dei segni di uso comune. Per quanto riguarda i colori, la Corte di giustizia ha evidenziato "nella valutazione del carattere distintivo che un determinato colore possa presentare" è fondamentale vedere "il numero ridotto di colori effettivamente disponibili" in modo che "un numero ridotto di registrazioni come marchi per servizi o prodotti potrebbe esaurire tutta la gamma di colori disponibili", formando "un monopolio così esteso (che) non sarebbe compatibile con un sistema di concorrenza non falsato, soprattutto in quanto rischierebbe di creare uno svantaggio concorrenziale illegittimo a favore di un solo operatore economico". Sui marchi di colore e sul relativo carattere distintivo c'è da evidenziare un provvedimento [(22)] della Corte di giustizia in cui si evidenzia che i colori non hanno un carattere distintivo dall'inizio, ma possono averlo dopo un uso in relazione ai prodotti o ai servizi richiesti, quindi la sussistenza di un carattere distintivo nei marchi di colore prima di qualsiasi uso può sussistere solo in casi eccezionali, quando il numero dei prodotti o servizi per i quali viene richiesta la registrazione del marchio è molto limitato ed il mercato pertinente sia molto specifico [(23)].

Sui marchi rappresentati da elementi numerici [(24)], invece, c'è un provvedimento della Corte di giustizia che ha sostenuto: il marchio "Sat.2" nel campo delle telecomunicazioni ha carattere distintivo perché l'uso frequente di marchi composti da un elemento denominativo e da uno numerico nel settore delle telecomunicazioni, anche se è frequente, indica che questo tipo di combinazioni non può essere ritenuto privo di carattere distintivo.

Per differenziare inoltre i marchi forti tra quelli deboli [(25)] si deve notare: i primi si contraddistinguono da segni distintivi in tutte le sue

---

[(22)] Corte di giustizia, 24 giugno 2004, causa C-49/02, in *Foro it., Rep*., 2006, *Unione europea*, n. 1336.

[(23)] Corte di giustizia, 21 ottobre 2004, causa C-447/02 P, *in Foro it., Rep*., 2006, *Unione europea*, n. 1350

[(24)] Corte di giustizia, 16 settembre 2004, causa C-329/02 P, in *Foro it*., *Rep*., 2006, *Unione europea*, n. 1340.

[(25)] Galli, *Il marchio come segno e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario*, cit., 430 ss.

componenti, mentre gli altri sono distintivi solo in certi elementi, infatti c'è una base descrittiva cambiata attraverso troncamenti ed elisioni come per es. "Lemonsoda". Per quanto riguarda la problematica sul marchio debole c'è un recente provvedimento [26] in cui si stabilisce che il marchio comunitario "Burraconline, che è un marchio debole [27], non si può confondere con il marchio registrato dopo "iburraco", anche se tutti e due individuano due siti internet nell'ambito del gioco on line del burraco; non si può inibire in via cautelare l'utilizzo del *domain name* www.iburraco.com. Inoltre il marchio comunitario "burraco" è nullo, perché non ha capacità distintiva, infatti il marchio riproduce un gioco di carte.

Per quanto concerne i marchi di forma che il codice della proprietà industriale regola all'art. 9 ed il RMC all'art. 7, comma 1, lett. e) non permettono la registrazione dei segni "costituiti esclusivamente dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico, o dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto." La Corte di Giustizia Europea ha chiarito che si vuole impedire che il monopolio della forma come segno diventi un monopolio sui valori sostanziali che la forma ha. Può anche succedere questo: un marchio, che in origine non aveva capacità distintiva, può acquisirla, pure dopo la registrazione, a causa dell'effetto del segno sul mercato; in tal modo l'invalidità originaria viene sanata (art. 13, comma 3, C.p.i. e art, 51, comma 2, RMC). Per i marchi di forma e di colore, che non sono visti come segni, possono diventarli quando vengono utilizzati in questo modo anche grazie alla pubblicità: si vuole cioè che, "in conseguenza di tale uso, gli ambienti interessati percepiscano effettivamente il prodotto o il servizio designato dal solo marchio di cui viene chiesta la registrazione come proveniente da una determinata impresa" [28]. Può accadere che la capacità distintiva non ci sia dopo la registrazione: così il marchio, che in origine è valido, viene sottoposto a decadenza: infatti

---

[26] Trib. Bari, 13 gennaio 2011 (ord.), in *Foro it*., 2011, I, 896 s. con commento di Palmieri.

[27] Per quanto concerne i marchi deboli, che hanno meno protezione e che possono essere tutelati solo nel caso in cui vengano riprodotti integralmente o imitati in modo molto prossimo v. Cass. civ., sez. I, 26 giugno 2007, n. 14787, in *Giust. civ*., 2008, I, 1513 e App. Roma, 4 ottobre 2006, in *Foro it*., *Rep*., 2009, voce *Proprietà industriale*, n. 170. per quanto concerne il marchio forte sono illegittimi i cambiamenti, pur se originali e rilevanti, che fanno rimanere l'identità sostanziale del nucleo individualizzante, Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2010, n. 1906, in *Foro it*., *Mass*., 91; Cass. civ., sez. I, 29 luglio 2009, n. 17671, in *Foro it*., *Rep*., 2009, *Proprietà industriale*, n. 165 per distinguere tra marchi forti e deboli si consulti Trib. Roma, 15 dicembre 2008, in *Dir. ind*., 2009, 552 con nota di Manfredi, *Il rafforzamento del marchio debole.*

[28] Corte di giustizia CE, 7 luglio 2005, causa C-353/03.

gli artt. 13 C.p.i. e l'art. 50 RMC sottolineano che viene meno la capacità distintiva "per il fatto dell'attività o inattività del suo titolare". La Corte di giustizia ha chiarito che la non attività del titolare "può anche corrispondere all'omesso ricorso in tempo utile, da parte del titolare di un marchio (..) al fine di chiedere all'autorità competente di vietare ai terzi interessati di usare il segno" [(29)]. Il diritto comunitario quindi dà importanza alla proprietà industriale ed intellettuale per difendere il libero mercato.

6. *Regolamento (CE) n. 207/2009 sul Marchio comunitario*

Il sistema del marchio comunitario si fonda su un Reg. del Consiglio dell'Unione europea, Reg. (CE) n. 40/94 [(30)] del Consiglio del 20 dicembre 1993, ma è stato abrogato dal Reg. (CE) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009, entrato in vigore il 13 aprile 2009, composto di 167 articoli. C'è subito da chiarire che il marchio comunitario si acquisisce con la registrazione. Possono costituire marchi comunitari le parole, lettere a condizione che tali segni siano adatti a distinguere i prodotti. Il marchio comunitario conferisce al suo titolare un diritto esclusivo. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio un segno identico al marchio comunitario per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato. In base all'art. 1 del Reg. 2009/207 il marchio comunitario ha carattere unitario. Esso produce gli stessi effetti in tutta la Comunità: può essere registrato, trasferito, formare oggetto di rinuncia, di decisione di decadenza dei diritti del titolare o di nullità ed il suo uso può essere vietato soltanto per l'intera comunità. Gli impedimenti relativi alla registrazione sono inseriti nell'art. 8 del Reg. 2009 n. 207, 1 comma, in seguito all'opposizione del titolare di un marchio anteriore, il marchio richiesto è escluso dalla registrazione se: è identico al marchio anteriore ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è stato richiesto sono identici ai prodotti o servizi per i quali il marchio anteriore è tutelato. L'art. 11 del Reg. 2009 n. 207 fissa che se il marchio comunitario viene registrato senza l'autorizzazione del titolare del marchio a nome dell'agente o del rappresentante di colui che di tale marchio è titolare, quest'ultimo ha il diritto di opporsi all'uso del marchio da parte dell'agente o rappresentante, senza la sua autorizzazione, a meno che l'agente o il rappresentante non giustifi-

---

[(29)] Corte di giustizia CE, 27 aprile 2006, causa C-145/05.

[(30)] Il marchio comunitario, Consiglio CE – Reg. del 20 dicembre 1993, n. 40/94, commento di De Benedetti, in *Dir. ind*., 1994, 329 e Ferrari, *Marchio comunitario e registrazione internazionale*, in *Il dir. ind*., 1995, 831.

chi il suo modo di agire. L'art. 15 stabilisce che se entro 5 anni dalla registrazione il marchio comunitario non ha formato oggetto da parte del titolare di un uso effettivo nella comunità per i prodotti e servizi è prevista una sanzione. Inoltre il marchio comunitario può essere dato in pegno. L'art. 23 del Reg. fissa che gli atti giuridici riguardanti il marchio comunitario sono opponibili ai terzi in tutti gli Stati membri soltanto dopo essere iscritti nel registro. L'*iter* per procedere alla domanda è il seguente: esame della domanda, ricerca che riguarda i marchi comunitari anteriori, poi c'è la pubblicazione della domanda, l'osservazione dei terzi; l'opposizione può essere fatta nel termine di tre mesi a decorrere dalla pubblicazione della domanda di marchio comunitario, ci può essere il possibile ritiro della domanda di marchio comunitario o si può limitare l'elenco dei prodotti o servizi che la stessa contiene, alla fine si arriva alla registrazione. Ovviamente vengono previsti anche i casi di rinnovo, di modifica, inoltre il marchio comunitario può essere sottoposto a decadenza ed a nullità. L'art. 58 stabilisce che contro le decisioni degli esaminatori può essere presentato ricorso. Inoltre i tribunali dei marchi comunitari hanno competenza esclusiva per tutte le azioni in materia di contraffazione (art. 96). Molto rilevante è il compito dell'UAMI, Ufficio dell'Unione europea per la designazione dei marchi, disegni e modelli: è quindi l'ufficio per l'armonizzazione del mercato interno ed ha la sede ad Alicante. Dopo aver consultato le varie relazioni annuali si è potuto evincere che sono aumentate le domande depositate, dal 1 Maggio 2009 la Commissione europea e gli Stati membri hanno deciso di ridurre ulteriormente le tasse dovute all'UAMI e di semplificare la procedura di registrazione. C'è anche da ricordare che con l'adesione dei nuovi Stati i marchi comunitari registrati o depositati prima del 1 maggio 2004 sono stati automaticamente estesi al territorio dei nuovi Stati membri senza tassa aggiuntiva. Il marchio comunitario, che inizialmente offriva una tutela in quindici paesi, offre oggi una tutela ampliata ai nuovi paesi che sono entrati nell'Unione europea. Per usufruire dell'estensione automatica della tutela bisogna rivendicare la priorità di una domanda di marchio depositata prima dell'allargamento. La priorità può essere rivendicata solo entro il termine di sei mesi dalla data del deposito della domanda di marchio anteriore. I diritti relativi ai marchi comunitari automaticamente estesi non hanno efficacia retroattiva nei territori dei nuovi Stati membri, ma solo a decorrere dalla data dell'allargamento. È opportuno notare che l'ampliamento della tutela territoriale dei marchi comunitari determinerà possibili conflitti con i titolari di diritti di marchio (o altri diritti). Tali conflitti sono sottoposti ad una diversa disciplina a seconda che la domanda di marchio comunitario sia stata presentata prima o dopo il 1° maggio 2004. Nel primo caso, i terzi titolari di marchi o altri diritti anteriori nei nuovi Stati membri potranno

proporre opposizione alla concessione del marchio comunitario, fatto salvo il diritto di trasformare il marchio comunitario in singoli depositi nazionali, pagando le relative tasse. Se, tuttavia, tale diritto di opposizione non viene esercitato nel termine di tre mesi dalla pubblicazione del marchio comunitario, non si potrà successivamente domandare la nullità dello stesso. Per le domande di marchio comunitario depositate dopo il 1° maggio 2004, il marchio comunitario è suscettibile di opposizione o di azione di nullità da parte dei titolari di diritti anteriori in ciascuno degli Stati dell'Unione europea, secondo la normale procedura prevista dal regolamento sul marchio comunitario.

Il deposito elettronico del marchio comunitario è un servizio offerto dall'UAMI per consentire agli utenti di depositare *on line* una domanda di marchio comunitario, così depositando con questa procedura si avranno alcuni vantaggi come: la riduzione della tassa di base per ciascun marchio individuale, possibilità di pagare la tassa mediante carta di credito, conferma immediata del numero del MC, possibilità di creare e stampare la ricevuta ufficiale, possibilità di verifica *on line* per evitare errori nell'inserimento dei dati della domanda ed assicurare una data di deposito, possibilità di salvaguardare in memoria e recuperare automaticamente i dati per il contatto dell'utente da utilizzare per le domande successive.

7. *Giurisprudenza sul marchio comunitario*

La Corte di giustizia si è soffermata sul problema della confondibilità [(31)] tra marchi europei e quindi l'esame sul conflitto tra due marchi si è fondato sulle componenti dominanti del segno, però la Corte per analizzare l'esistenza di un rischio di confusione, si è basata su un'analisi globale di tutti i fattori pertinenti del caso di specie. La Corte di giustizia ha dovuto a lungo porre l'attenzione sull'art. 8.1 lett. B) del Reg. CE n. 40/94. Molte sentenze hanno riguardato la problematica sull'esclusione dalla registrazione di un segno per il rischio di confusione per il pubblico a causa dell'identità o somiglianza con un marchio anteriore. Il concetto della funzione distintiva, vista come la funzione di indicazione di provenienza del prodotto o servizio da una determinata origine imprenditoriale, è alla base del sistema comunitario dei marchi [(32)]. Questo orientamento sostiene: " Il carattere distintivo del

---

[(31)] Corte di giustizia UE, 24 giugno 2010, causa C-51/09 P, Barbara Becker c. Harman International Industries, Inc, conf. Corte di giustizia CE, 12 giugno 2007, causa C-334/05 P, UAMI/Shaker, punto 33 e Corte di giustizia CE, 20 settembre 2007, causa C-193/06.

[(32)] In giurisprudenza si può vedere CGCE 11 novembre 1997, n. 251, C-251/97,

marchio deve essere accertato in primo luogo in riferimento ai prodotti/servizi per i quali è chiesta la registrazione ed in secondo luogo in riferimento alla loro percezione da parte del pubblico rilevante che consiste dei consumatori normalmente informati e ragionevolmente attenti ed avveduti" [33]. Il tribunale Generale [34] ha riversato l'attenzione sull'atteggiamento del consumatore: "…Sono segni considerati inidonei a svolgere la funzione sostanziale del marchio, cioè quella di identificare l'origine commerciale del prodotto o servizio, al fine di consentire così al consumatore che acquista il prodotto o il servizio designato dal marchio di fare, al momento di un successivo acquisto, la stessa scelta, qualora l'esperienza si riveli positiva, o di fare un'altra scelta, qualora essa risulti negativa". In questo modo si è spostato l'interesse verso il soggetto di riferimento del marchio che è il consumatore. Con l'affermarsi del potere dei media e delle nuove tecniche di comunicazione ci si è chiesti se non fosse utile rivedere la natura del marchio e delle sue funzioni e cioè: non vedere più la "funzione essenziale del marchio nel garantire al consumatore o all'utilizzatore finale l'identità di origine del prodotto o del servizio che costituisce l'oggetto del marchio, consentendo loro di distinguere senza confusione possibile questo prodotto o questo servizio da quelli di provenienza diversa" [35]. L'avvocato Generale Ruiz - Jarabo Colomer, nel caso Arsenal ed in particolare nelle conclusioni [36], aveva sottolineato "riduttivo e semplicistico limitare la funzione del marchio all'indicazione della provenienza imprenditoriale", mettendo in evidenza che "l'esperienza insegna che, nella maggior parte dei casi, l'utilizzatore ignora l'identità del produttore dei beni consumati", invece il marchio "acquista vita propria , esprime …la qualità, la reputazione ed anche, in certi casi, il *modus* vivendi". Considerando il "funzionamento attuale del mercato (e del) comportamento del consumatore medio" (punto 38) "non ravvis(ava) alcun motivo per cui queste altre funzioni del marchio non debbano anch'esse godere di tutela accanto alla funzione che indica l'origine

---

Sabel, in *Dir. ind.*, 1998, 132; CGCE 22 giugno 1999, n. 342, C-342/97, *Lloyd*, in *Dir. ind.*, 1999, 317 con nota di Foglia, CGCE, 29 settembre 1998, n. 39, C-39/97, *Canon*, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, 1461 ss., più recentemente Corte di giustizia CE, 12 gennaio 2006, causa C-173/04, Deutsche Sisi-Werke GmgH &Co. Betriebs vs. UAMI, punto 25.

[33] Corte di giustizia CE, 16 luglio 1998, causa C-210/96, EGGS, Gut Springenheide e Tusky, punti 30-32.

[34] Trib. gen., 9 giugno 2010, causa T-315/09, Oliver Hoelzer/UAMI, punto 14.

[35] Corte di giustizia CE, 29 settembre 1998, causa C-39/97, *Canon*, punto 28.

[36] Conclusioni del 19 gennaio 2006, causa C-259/04, definita con sentenza Corte di giustizia CE, 30 marzo 2006, Emanuel, punti 41-45.

imprenditoriale dei prodotti e dei servizi". Inoltre l'Avv. Generale Paolo Mengozzi ha percorso l'*iter* giurisprudenziale della funzione del marchio nel caso l'Oreal [37]. La questione che è stata posta all'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia riguarda l'uso del marchio altrui per prodotti identici in una pubblicità comparativa e l'indebito vantaggio tratto dalla notorietà del marchio, all'interno della Direttiva sulla pubblicità comparativa. L'avvocato generale mette in evidenza che né la direttiva di armonizzazione né la giurisprudenza della Corte forniscono una descrizione delle funzioni del marchio diverse da quella di garanzia di origine, però rammenta che sono possibili altre funzioni del marchio. L'avv. Generale Jacobs nel caso Christian Dior [38] stabilisce "la funzione del marchio in termini di qualità" cioè quella di "simbolo delle qualità associate dai consumatori a determinati beni o servizi" e di garanzia "che i beni e i servizi siano all'altezza delle aspettative", e funzioni in termini di "comunicazione", di investimenti o di pubblicità; queste "risulterebbero dal fatto che l'investimento destinato alla promozione di un prodotto si sviluppa intorno al marchio" e avrebbero quindi "un valore che va tutelato in quanto tale, a prescindere da un eventuale uso illecito derivante da una rappresentazione non veritiera sulla provenienza o sulla qualità". Si può concludere che, secondo questi orientamenti, la tutela apprestata al marchio si allarga al di là della necessità di tutelare la funzione di garanzia di origine del marchio e dell'esistenza di un rischio di confusione per quanto concerne l'origine dei prodotti o servizi: quindi si prospetta la tutela delle funzioni di comunicazione del marchio. La Corte di giustizia con molta prudenza ammette altre funzioni del marchio oltre a quella di indicazione d'origine, un'estensione però si ricava dallo stesso decimo "considerando" della Direttiva, secondo cui la tutela del marchio "mira in particolare a garantire la funzione d'origine del marchio di impresa". La sentenza Arsenal (punto 40) ha sostenuto che "il diritto esclusivo dalla Direttiva è stato concesso al fine di consentire al titolare del marchio d'impresa di tutelare i propri interessi specifici quale titolare di quest'ultimo, ossia garantire che il marchio possa adempiere le sue proprie funzioni" e che "(l') esercizio di tale diritto deve essere pertanto riservato ai casi in cui l'uso del segno da parte di un terzo pregiudichi o possa pregiudicare le funzioni del marchio e, in particolare, la sua funzione essenziale di garantire ai consumatori la provenienza del prodotto." Tutto ciò viene

---

[37] Conclusioni 12 marzo 2009, causa C-487/07, definita con sentenza Corte di giustizia CE, 18 giugno 2009, L'Oreal Sa, Lancôme parfums et beauté, CieLaboratoires Garnier & CIE,/Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd.

[38] Corte di giustizia CE, 23 aprile 2008, causa C-59/08, Copad SA v Christian Dior couture Sa, e altri.

ribadito nei casi Badweiser e Opel [39] in cui "il titolare non potrebbe vietare l'uso di un segno identico al marchio d'impresa per prodotti identici a quelli per i quali il marchio è stato registrato se tale uso non potesse pregiudicare i suoi interessi specifici in quanto titolare del marchio d'impresa, considerate le funzioni di quest'ultimo". La sentenza L'Oreal (punto 48) specifica che l'ordinamento ha interesse a tutelare anche le altre funzioni del marchio: l'esercizio del diritto di marchio "deve essere pertanto riservato ai casi in cui l'uso del segno da parte di un terzo pregiudichi o possa pregiudicare le funzioni del marchio" tra le quali "è da annoverare non solo la funzione essenziale del marchio consistente nel garantire al consumatore l'identità di origine del prodotto o del servizio, ma anche le altre funzioni del marchio, segnatamente quella di garantire la qualità del prodotto o del servizio di cui si tratti, o quelle di comunicazione, investimento o pubblicità". In questo senso è utile ricordare la recente sentenza Portakabin [40] che stabilisce: "il titolare del marchio non può opporsi a (tale) uso del segno identico al suo marchio se esso non è idoneo a compromettere alcuna delle funzioni del marchio stesso". La Corte di giustizia ha inserito all'interno del rischio di confusione ogni profilo di inganno del consumatore sull'origine dei prodotti o servizi. È stato visto il rischio di confusione sia quando il consumatore fosse stato convinto che i segni in conflitto fossero della stessa impresa ed anche quando il pubblico, pur accorgendosi che i segni in conflitto fossero di imprese diverse, fosse stato indotto a credere che tra di loro ci fossero importanti rapporti di tipo ad es. societario. La Corte di giustizia ha sempre sostenuto che, per quanto concerne il rischio di confusione, ci deve essere una valutazione completa dei segni e prodotti. È bene sottolineare che il raffronto verrà fatto tenendo sempre presente il consumatore medio della categoria dei prodotti o servizi per cui il marchio è registrato [41]. Nel caso "Limonchelo" [42] il Tribunale aveva deciso che un marchio complesso è simile ad un altro marchio, identico o simile ad una delle componenti del segno anteriore, solo se tale elemento rappresenta la parte dominante nell'impressione complessiva prodotta dal marchio complesso. Si approfondiva il discor-

---

[39] Corte di giustizia CE, 16 novembre 2004, causa C-245/02, Anheuser – Busch, punto 59, e 25 gennaio 2007, causa C-48/05, Adam Opel, punto 21.

[40] Corte di giustizia CE, 8 luglio 2010, causa C-558/08, Portakabin Ltd, Portakabin BV/Primakabin BV, punto 29 e 30, che richiama Arsenal, Anheuser e Adam Opel.

[41] Sandri, *Valutazione del momento percettivo del marchio*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 526 ss.

[42] Trib. CE, 15 giugno 2005, Shaker di Laudato c.to UAMI, in *Dir. ind.*, 2006, 2, 128 con nota di Sandri.

so sostenendo che ci poteva essere questo fenomeno quando la componente dominante, da sola, risaltasse nell'immagine di tale marchio in modo che il pubblico di riferimento la ricordasse, e quindi si potesse pensare che le altre componenti del marchio fossero poco importanti nell'immaginario complessivamente trasmesso. In quel frangente non venne ritenuta l'esistenza del rischio di confusione fra segni perché la rappresentazione figurativa era la componente predominate di un marchio complesso che però non era in comune con il marchio anteriore che era puramente verbale. Dopo, la Corte di giustizia annullò questa sentenza, perché la valutazione della sola parte figurativa con la raffigurazione di un piatto decorato con disegni di limoni non era sufficiente a determinare l'impressione collettiva. La Corte sottolineava che nel valutare i marchi complessi non possono essere preferiti solo gli elementi figurativi, perché visti come dominanti e non considerare dal confronto quelli denominativi. Nel caso Thomson Life [(43)] c'era l'interferenza tra i segni "Life" e "Thomson Life" registrati per prodotti identici. La Corte ha sostenuto che ci fosse un rischio di confusione, perché l'utilizzo del primo marchio all'interno del secondo segno aveva il potere di convincere il pubblico che i prodotti o servizi provenissero dalla stessa impresa. In una recente sentenza della Corte di giustizia [(44)], quest'ultima sottolineava che il marchio "La Espaňola" riproduceva in maniera esatta il messaggio ed il quadro d'insieme del marchio "Carbonell". In quest'ultima sentenza si afferma il concetto di pacifica coesistenza. Nel caso specifico la parte Aceites del Sur-Coosur Sa ha ritenuto, per convincere la Corte, che non ci fosse il rischio di confusione della propria registrazione del segno" La Espaňola" con il marchio "Carbonell", che cioè i segni in conflitto nel mercato di riferimento spagnolo erano compresenti da tanto tempo e che quindi i marchi coesistevano pacificamente. Sempre sulla confondibilità del marchio comunitario è interessante citare un recente provvedimento [(45)] che riprende le decisioni in precedenza [(46)] prese dal Tribunale di Prima Istanza e dalla Corte di giustizia. La decisione incomincia (i) con lo stabilire che la tutela del segno è legata al rischio di confusione (punto 23); (ii) per valutare il rischio di confusione

---

[(43)] Corte di giustizia CE, 6 ottobre 2005, n. 120 C-120/04, Medion AG c.to Thomson Multimedia, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 4-5, 270 con nota di P.A.E. Frassi*, Richiami sulla confondibilità fra marchi complessi nella giurisprudenza comunitaria.*

[(44)] Corte di giustizia CE, sez. I, 3 settembre 2009, causa C-498/07, in *Dir. ind.*, 2010, 348 ss. con nota di Sanseverino.

[(45)] Trib. di primo grado dell'Unione Europea, 25 novembre 2010, n. T-169/09, in *Il dir. ind.*, 2011, 33 ss. con nota di Martorana.

[(46)] Frassi, *Considerazioni sul giudizio di confondibilità fra segni composti di più elementi: esame sintetico o prospettiva analitica*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 241 ss.

è necessaria una valutazione globale (punto 25), (iii) inoltre quest'ultima riguarda una certa correlazione tra fattori tra cui la somiglianza dei marchi e quella dei prodotti o dei servizi designati (punto 25), (iv) si evidenzia che è molto importante la percezione dei marchi da parte del consumatore medio del prodotto (punto 28), (v) dopo questa premessa si passa alla confondibilità fra i prodotti, valutazione fatta in astratto, facendo riferimento alle classi di registrazione (punto 29) e poi una comparazione dei segni dal punto di vista fonetico, visivo e logico concettuale (dal punto 30 al punto 53). Al punto 30 della decisione il Tribunale di I Grado ribadisce: "che la valutazione globale del rischio di confusione deve fondarsi per quanto attiene alla somiglianza visiva, fonetica, o concettuale dei marchi in esame, sull'impressione complessiva prodotta dagli stessi, in considerazione, in particolare dei loro elementi distintivi e dominanti". La giurisprudenza comunitaria più volte ha ribadito questo concetto [47], però in questo modo potrebbe non esserci un criterio unitario sia per la valutazione complessiva dei marchi che per la considerazione dei singoli elementi di cui i segni sono costituiti.

È interessante occuparci di un altro caso famoso a causa della rinomanza del marchio: cioè il marchio comunitario Vuitton [48]. La sentenza del tribunale di Torino e quella dopo di Roma del 18 dicembre 2007 hanno stabilito due contraffazioni del monogramma LV della Vuitton, convenuta in riconvenzionale nel primo caso ed attrice nel secondo. La Vuitton ha messo in campo il marchio comunitario ed internazionale ed ha vinto perché è stata dichiarata la nullità del marchio registrato dalla controparte che è stata condannata per contraffazione e concorrenza sleale. Le due pronunce vertono sulla violazione del diritto di marchio comunitario: è da evidenziare la decisione di Torino perché è stata fatta non solo in veste di Sezione specializzata, ma anche di Tribunale Comunitario. Il provvedimento in questione evidenzia il ruolo dei Tribunali Comunitari, che è stato istituito grazie al Reg. n. 40/94 del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario. Le sezioni specializzate sono state istituite con il d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 ed il codice della Proprietà industriale all'art. 120, dopo gli interventi della Commissione dell'Unione Europea, ha fissato che per "Tribunali Comunitari" sono quelli indicati come Sezioni specializzate. La creazione dei TMC che si fonda sull'art. 91 RMC

---

[47] Sentenza 22 giugno 2000, causa C-425/98, Marca Mode, Racc. I-4861, punto 40, nonchè sull'art. 8, n. 1 lett. b), del Reg. (CE) n. 40/94 (ord.) 28 aprile 2004, causa C-3/03 P, Matratzen Concord/UAMI, Racc. pag. I-3657, punto 28.

[48] Trib. Torino, sez. spec. Proprietà industriale e intellettuale, 9 novembre 2007, in *Il dir. ind*., 2008, 445 ss. con nota di Sandri.

stabilisce che ogni stato membro abbia dei tribunali nazionali di prima e di seconda istanza chiamati "Tribunali dei marchi comunitari" e le loro funzioni sono stabilite all'interno del Reg. In Italia è stato emanato il d.lgs. 168/2003 che fissa per le sezioni specializzate la competenza per quanto riguarda le controversie riguardanti i marchi comunitari, in seguito il Codice della proprietà industriale all'art. 120 ha deciso che le sezioni specializzate in ambito di marchi comunitari giudichino in veste di tribunale dei marchi comunitari e non in veste di tribunali nazionali ordinari . La sentenza in esame incomincia con l'affrontare che i TMC hanno competenza esclusiva per quanto riguarda la minaccia di contraffazione, di contraffazione, di accertamento di non contraffazione di un marchio comunitario (vedi art. 92 lett. a) e b) RMC. I criteri attributivi della competenza sono da ricercare nella regolamentazione del RMC e devono essere informati al principio del carattere autonomo ed unitario del marchio comunitario. Il tribunale carpisce l'aspetto più importante della normativa comunitaria che "rende indispensabile che le decisioni sulla contraffazione dei MC abbiano effetto e si estendano all'insieme dell'Unione europea", infatti la concessa inibitoria ha efficacia in tutta l'Unione europea: le decisioni dei TMC si basano non sul diritto interno ma sulle disposizioni inserite nel RMC; ma, per quanto riguarda la regolamentazione strettamente procedurale, c'è la riserva nazionale. Dal 2000 il Tribunale di Prima istanza ha incominciato a decidere sugli appelli introdotti contro le decisioni delle Commissioni dell'UAMI e poi sono state soggette al controllo di legittimità della Corte di giustizia, la quale aveva già deciso indirettamente in ambito di marchio comunitario. Dal punto di vista giurisprudenziale del marchio comunitario, ci sono le decisioni amministrative dell'UAMI (Commissioni di ricorso) e le sentenze delle istanze giurisdizionali dell'UE.

Dopo aver trattato dell'organizzazione della giustizia per quanto riguarda il marchio comunitario è necessario ora soffermarci sulla registrabilità dei marchi costituiti dalle lettere dell'alfabeto. L'art. 4 RMC fissa che le lettere dell'alfabeto sono considerate come segni che possono essere rappresentati graficamente, possono essere registrati come marchi comunitari, ma questi segni devono essere adatti a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa rispetto a quelli di altre imprese. Quando i segni di comunicazione possono essere rappresentati graficamente e hanno la funzione distintiva possono essere marchi d'impresa [(49)]; in base a ciò anche l'UAMI ha cambiato indirizzo, precedentemente infatti aveva appoggiato un orientamento restrittivo che non prevedeva la registrabilità della singola lettera dell'alfabeto, vista come descritti-

[(49)] SANDRI, *I marchi non convenzionali*, in *Dir. ind*., 2007, 347 ss.

va e senza il carattere della distintività [50]. Inoltre il Tribunale rigetta la schematizzazione della dicotomia marchio debole-marchio forte dei marchi alfabetici, in quanto il giudice dovrà verificare caso per caso [51]; già il diritto comunitario ha fissato subito la graduazione del tasso di distintività del marchio, segnalando dei parametri di valutazione che conducono all'accertamento pragmatico del caso per caso. Inoltre il marchio può essere di rinomanza (art. 9 (2) RMC) e può essere protetto sia nel caso di prodotti/servizi non affini (art. 8 (5) RMC), che identici/affini. Il marchio di rinomanza è fattispecie autonoma e solo per questo è necessario verificare se ci sono tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (art. 8 (5) RMC). Non c'è da dimenticare che il marchio Vuitton è conosciuto dalla maggior parte della popolazione della Comunità e quindi bisogna applicare le regole di cui all'art. 9 par. 1 lett. c), ma c'è da sottolineare che la norma non spiega in maniera precisa che cosa si deve intendere per marchio che gode di notorietà. Un altro caso di marchio comunitario [52] costituito da lettera dell'alfabeto [53] è stato affrontato recentemente dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, conformandosi agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria [54], afferma che l'esame del carattere distintivo di questo tipo di marchio deve essere fatto in concreto, e non in via ipotetica, analizzando se il segno adottato come marchio, al di là di particolari aspetti grafici, può

---

[50] Cass. civ., sez. I., 16 marzo-25 giugno 2007, n. 14684, in *Guida dir*., 2007, n. 30, 30 ss., con nota di Barbuto, *La debolezza del carattere distintivo mette a rischio il diritto di difesa*.

[51] Così Cass. civ., sez. I, 21 settembre 2004, n. 18920, in *Dir. e giust*., 2004, fasc. 40, 29, con nota di L. Chimienti, *Nel giudizio sui casi di contraffazione l'unico arbitro resta il consumatore. Il marchio è illecito solo se è tale da ingannare l'utente*. Per quanto riguarda il ruolo del giudice v. Sassi, Il *ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, cit., in particolare 47.

[52] Sena, Il *diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

[53] Corte di giustizia, sez. I, 9 settembre 2010, causa C-265/09, UAMI c. BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG, in *Foro it*., 2011, IV, 82 ss. Nella fattispecie il marchio era costituto dalla lettera "I", riprodotta senza alterazioni di tipo grafico, che contraddistingueva bevande alcoliche, l'UAMI ha sostenuto che non sussisteva il carattere distintivo, perché i consumatori potevano percepire l'uso della lettera come riferimento alla qualità dei prodotti o come indicazione di grandezza.

[54] Cfr. Trib. I grado, 13 giugno 2007, causa T-441/05*,* in *Foro it*., 2008, IV, 46 ss., con nota di Di Paola, nel caso in specie riguardava il marchio costituito dalla lettera "I", riprodotta secondo lo stile grafico Times New Roman, che era finalizzato ad individuare servizi di costruzione, amministrazione e gestione di immobili. Per una specifica fattispecie concernente l'esame di marchi costituiti da lettere alfabetiche, per valutarne la confondibilità v. Trib. I grado, 13 luglio 2004, causa T-115/02, in *Foro it*., 2005, IV, 212, in questa decisione si affermò che una lettera isolata è potenzialmente sprovvista di carattere distintivo.

distinguere i servizi o prodotti contrassegnati da quelli di altre imprese. L'UAMI deve provare che non sussiste il carattere distintivo del marchio di cui è chiesta la registrazione, nel momento in cui l'ufficio ha evidenziato gli aspetti concreti su cui si basa il giudizio relativo all'assenza del carattere distintivo, il richiedente la registrazione ha l'onere di provare l'esistenza del carattere distintivo.

8. *Design comunitario registrato e non registrato in base al Regolamento n. 6/2002 CE*

Per quanto riguarda il *design* è necessario innanzitutto fare riferimento ad una recentissima decisione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'Anno europeo della creatività e dell'innovazione 2009 [(55)]: in cui nel considerando 1: "L'Europa deve rafforzare la sua capacità di creazione e di innovazione per ragioni sociali ed economiche allo scopo di dare una risposta efficace allo sviluppo della società della conoscenza. La capacità di innovazione è strettamente legata alla creatività in quanto dote personale, ma per valorizzarla appieno, deve essere largamente diffusa tra la popolazione. La direttiva 98/71 CE ha sostituito per quanto riguarda i vecchi modelli ornamentali il requisito dello speciale ornamento con quello del carattere individuale. L'ormai superato testo dell'art. 5 del r.d. n. 1411 del 1940 (c.d. l. Modelli) stabiliva che poteva costituire oggetto di brevetto per disegno o modello ornamentale "i nuovi modelli o disegni atti a dare a determinati prodotti industriali uno speciale ornamento, sia per la forma, sia per una particolare combinazione di linee, di colori o di altri elementi"; è stato poi sostituito dall'art. 31 c.p.i., in cui è fissato che possono costituire oggetto di registrazione i disegni o modelli che siano nuovi e abbiano carattere individuale.

Ora i disegni ed i modelli Comunitari [(56)] sono disciplinati dal Reg. (CE) n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001, in vigore per tutti i paesi dell'Unione europea dal 6 marzo 2002 e fissa "un regime unificato per la concessione di disegni o modelli" e c'è una protezione uniforme in tutta l'Unione Europea: si evince quindi un carattere unitario in base all'art. 1 R.D.M. Per mezzo del modello comunitario registrato non c'è

[(55)] Decisione n. 1350/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativa all'Anno europeo della creatività e dell'innovazione, in G.U.E. l. 348 del 24 dicembre 2008, 115-117.

[(56)] Terrano, *Brevi note sul design comunitario*, in *Il dir. ind*., 2004, 17 ss.; Cresti, *La protezione dell'industrial design tra tutela brevettuale e diritto d'autore*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, 189 ss.

il problema di fare le singole registrazioni nazionali, che oltre ad essere onerose, non davano protezione su tutto il territorio dell'Unione Europea anche perché ci sono diverse modalità di registrazione nei vari Stati membri. La direttiva 98/71 [57], che è stata recepita dagli Stati membri, ed in Italia con la l. n. 95 del 22 febbraio 2001, aveva solo lo scopo di armonizzare le condizioni di tutela dei disegni e modelli. Con il sistema delle singole registrazioni nazionali per le imprese, che lavorano in ambito europeo, c'era il rischio di avere per lo stesso disegno o modello protezioni che decorrono da date diverse o di proteggerlo solo per alcune caratteristiche. I titoli di privativa di ambito comunitario sono due: uno sul disegno o modello comunitario registrato, l'altro sul disegno o modello comunitario non registrato. Il diritto di esclusiva può essere acquisito attraverso la registrazione o al momento della divulgazione in caso di modello o disegno di fatto; il disegno o modello deve avere comunque i caratteri di novità e d'individualità [58]. L'art. 6 del Reg. comunitario 6/2002 stabilisce che si ritrova il carattere individuale quando "l'impressione generale che suscita nell'utilizzatore informato differisce in modo significativo dall'impressione generale suscitata in tale utilizzatore da qualsiasi disegno o modello che sia divulgato al pubblico". La tutela conferita dal disegno o modello non registrato realizza una forma di protezione non soggetta a formalità costitutive. Questa esclusiva nasce con la semplice divulgazione del *design* e ha lo stesso oggetto del titolo registrato. Le parole "in modo significativo" sono inserite nell'art. 25, comma 1, dell'accordo Trips [59] che, basandosi sul fatto che gli Stati

---

[57] Nel considerando n. 3 del Reg. 2002 n. 6, la Direttiva 98/71/CE anche se ha armonizzato le legislazioni nazionali per i punti essenziali del contenuto e della protezione dei disegni o modelli, non toglieva " le notevoli divergenze riscontrabili tra le legislazioni nazionali in materia di disegni e modelli che impediscono e falsano la concorrenza su scala comunitaria". Dal momento che nella Comunità europea "il commercio e la concorrenza dei prodotti in cui è attuato un disegno o modello risultano ostacolati e falsati dal grande numero di domande, uffici, procedure, leggi, diritti esclusivi con efficacia nazionale e dal cumulo delle spese amministrative, con la conseguenza che chi richiede la protezione deve far fronte a spese e costi elevati" il legislatore comunitario è intervenuto creando un disegno o modello comunitario che va oltre la protezione creata dall'istituzione del modello o disegno nazionale che dava, come esplicita il considerando n. 4 " una compartimentazione del mercato interno dei prodotti attuativi di un disegno o modello oggetto di diritti nazionali di cui sono titolari persone diverse, costituendo quindi un ostacolo alla libera circolazione delle merci".

[58] Mosole, *La tutela del design industriale: linee evolutive di una riforma,* in *Riv. di dir. ind*., 2009, parte II, 237, nota a commento dell'(ord.) del Trib. Bologna, sez. specializzata di dir. ind., 2 luglio 2008.

[59] L'accordo T.R.I.P.s (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) è un allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del

contraenti devono proteggere solo i disegni nuovi o originali stabiliva che questi potevano richiedere, per l'accesso alla tutela, che disegni o modelli dovessero differire in "modo significativo" da quelli già noti. Il considerando 14 del Reg. fissa che il disegno o modello ha una sua individualità quando l'utilizzatore informato ha l'impressione, trasmessa dal disegno o modello, che "differisca nettamente da quella prodotta su detto utilizzatore dall'insieme dei segni e dei modelli già esistenti". In ambito comunitario c'è la tutela del disegno o modello quando si verifica "uno scostamento significativo" da quello che esiste. L'aspetto individuale sembra ricordare l'originalità del brevetto: "non merita il brevetto ciò che (non) è frutto di una idea che supera le normali prospettive di evoluzione del settore". Può accadere che il disegno meritevole di tutela secondo l'ordinamento italiano potrebbe non esserlo in ambito comunitario. Inoltre il modello o disegno di fatto è un istituto che non si conosce in ambito italiano ma è presente in quello comunitario. È importante soffermarci sull'art. 1, comma 2, lett. a), R.D.M. che fissa "un disegno o modello comunitario è protetto come disegno o modello comunitario non registrato se è stato divulgato al pubblico (nella Comunità) secondo le modalità contemplate dal presente Regolamento"; inoltre l'art. 11 R.D.M. stabilisce: "si ritiene che un disegno o modello sia stato divulgato al pubblico nella Comunità se è stato pubblicato, esposto, usato in commercio o altrimenti reso pubblico in modo tale che, nel corso della normale attività commerciale, tali fatti potevano essere ragionevolmente conosciuti dagli ambienti specializzati del settore interessato operanti nella Comunità". Sorgono anche problemi concernenti la portata del diritto di esclusiva. L'art. 19, comma 2, R.D.M. fissa che il titolare di un disegno o modello non registrato può vietare ai terzi sia la fabbricazione, l'offerta, la commercializzazione, l'importazione, l'esportazione o l'impiego di un prodotto solo se l'utilizzazione contestata deriva dalla copiatura di un disegno o modello protetto. Il secondo paragrafo del predetto comma fissa che "l'utilizzazione contestata non è considerata derivante dalla copiatura di un disegno

---

Commercio (OMC-WTO), vincolante per tutti gli Stati aderenti all'accordo principale. È stato sottoscritto il 14 aprile 1995 a Marrakech; tra gli Stati aderenti c'è anche l'Italia che ha dato ad esso attuazione con il d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198. Questo accordo ha l'intento di creare un regime internazionale della proprietà industriale, al fine di integrare il regime internazionale creato dalle convenzioni già esistenti. È previsto il principio di assimilazione per cui gli Stati aderenti devono accordare ai cittadini lo stesso trattamento in ambito di proprietà intellettuale, riservato ai propri cittadini. Inoltre c'è il principio della nazione più favorita in ambito di proprietà intellettuale, tutti i benefici fatti da uno Stato aderente ai cittadini di qualsiasi altro stato sono automaticamente estesi a qualunque altro Stato aderente.

o modello protetto se risulta da un'opera di creazione indipendente realizzata da un autore del quale si può ragionevolmente pensare che non conoscesse il disegno modello divulgato dal titolare". Per quanto concerne il problema della "copiatura" del disegno o modello di fatto ci sarà la tutela solo in casi di disegni o modelli identici a differenza, in effetti, di quello che stabilisce l'art. 10, comma 1 del regolamento: " la protezione conferita da un disegno o modello comunitario si estende a qualsiasi disegno o modello che non produca nell'utilizzatore informato un'impressione generale diversa". Non ci dovrebbe essere la tutela per quei disegni o modelli non identici che vengono individuati dall'utilizzatore informato come simili: il titolare non dovrebbe avere nessuna tutela; però bisogna ricordare il comma 2 dell'art. 19 R.D.M.: il disegno o modello non registrato conferisce al titolare il diritto di vietare le altrui utilizzazioni solo se quella contestata deriva dalla copiatura ed il considerando 21 del Reg. che recita: " La natura di diritto esclusivo conferita dal disegno o modello comunitario registrato è coerente con la maggiore certezza del diritto che ne deriva. La protezione del disegno o del modello comunitario non registrato dovrebbe tuttavia concretarsi unicamente nel diritto di vietare la riproduzione del disegno o modello. Pertanto la protezione non può estendersi a prodotti a cui sono applicati disegni o modelli che sono il risultato di un disegno o modello concepito in modo indipendente da un secondo disegnatore. Questo diritto dovrebbe estendersi anche al commercio dei prodotti a cui sono applicati disegni o modelli contraffatti". In conclusione per i modelli ed i disegni di fatto non c'è una pubblicità delle esclusive che possa segnalare ai terzi ciò che è lecito e ciò che non lo è. Inoltre il comma 3 dell'art. 19 fissa il medesimo regime del disegno o modello non registrato anche al disegno o modello comunitario registrato soggetto a differimento della pubblicazione "sino a quando i dati pertinenti iscritti nel registro non sono stati divulgati al pubblico".

La registrazione comunitaria dà al suo titolare il diritto esclusivo di usare il disegno e di vietare ai terzi l'utilizzazione senza il suo consenso, per una durata minima di cinque anni fino ad un massimo di venticinque, per quanto riguarda i disegni o modelli comunitari non registrati per tre anni a partire dalla prima divulgazione. Il Reg. del 2002 n. 6 del 12 dicembre 2001 e l'Italia con il d.lgs. n. 95 del 2001 tutelano il *design* quando ci sono due requisiti: novità e carattere individuale. La legge italiana fissa all'art. 5 *ter* la seconda condizione, allo stesso modo di quella inglese, tedesca, francese: "un disegno o modello ha carattere individuale se l'impressione generale che suscita nell'utilizzatore informato differisce dall'impressione generale suscitata in tale utilizzatore da qualsiasi disegno o modello che sia stato divulgato prima della data di presentazione della domanda di registrazione o, qualora si rivendichi

la priorità, prima della data di quest'ultima" [60]. In Italia per proteggere le opere di *design* venne alla luce nel 1993 un ente privato, il Giurì del *design*, che deve valutare se la commercializzazione di alcuni prodotti è sleale oppure no. Il giurì è costituito da 15 esperti (giuristi *designer*, esperti di *marketing*) e decide con un *quorum* di 15 membri. Le regole fondamentali sono: la definizione di *design* e l'altra la definizione di slealtà. L'art. 3 fissa: "disegno industriale " come "l'ideazione, la progettazione, la produzione e la commercializzazione di oggetti, strumenti, macchine, parti o accessori, disegni di superfici o altro, secondo forme esteticamente e funzionalmente coerenti". L'art. 4 stabilisce come sleale "l'imitazione o lo sfruttamento abusivo o senza causa del risultato del lavoro altrui". In particolare è considerata sleale "l'imitazione o lo sfruttamento abusivo o senza causa del risultato del lavoro altrui. In particolare è considerata sleale la ripresa di un'altrui prestazione, senza apporto originale o innovativo, con sfruttamento del risultato del lavoro altrui", una parte chiede: si dichiari "non è lecito", l'altra, se si presenta, controbatte: "è lecito". Il giurì si esprime con una decisione, che non ha valore legalmente vincolante ed è chiamata determinazione. Per capire al meglio l'istituto dei disegni o modelli comunitari è importante verificare come la giurisprudenza ha interpretato il Reg. del 2002 n. 6. In particolare c'è da evidenziare un provvedimento della Corte che deve risolvere una questione riguardante il disegno comunitario non registrato. La Feia che sta per Fundaciòn Espaňola para la Innovaciòn de la Artesanìa va contro delle società a causa della titolarità di disegni o modelli comunitari per orologi da parete. La Feia sosteneva che gli orologi a cucù rappresentassero una copia dei disegni e modelli comunitari non registrati che costituivano la collezione "santamaria", disegni e modelli di cui essa si reputava titolare come promotore e principale finanziatore del progetto Artes. La Feia quindi sosteneva di essere titolare di disegni e modelli comunitari non registrati riguardante gli orologi della collezione "Santamaria". La Feia ed il governo del Regno Unito pensavano che si dovesse applicare l'art. 14, n. 3 del Reg. anche ai *design* e modelli creati su commissione. L'art. 14, n. 3 del Reg. del 2002 n. 6 fissa che: "Qualora tuttavia un disegno o modello sia sviluppato da un dipendente, quando esegue le sue mansioni il diritto al disegno o modello spetta al datore di lavoro salvo patto contrario". La Corte sostiene che il disegno o modello comunitario spetta all'autore o ai suoi aventi causa, il legislatore comunitario ha voluto definire il regime speciale stabilito dall'art. 14, n. 3, attraverso un tipo specifico di rapporto contrattuale, il rapporto di

---

[60] Franzosi, *Design italiano e diritto italiano del design: una lezione per l'Europa?*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 79.

lavoro ed esclude l'applicabilità del n. 3 agli altri rapporti contrattuali come quello riguardante un disegno o modello creato su commissione [(61)]. Inoltre per quanto riguarda l'art. 14, n. 1 del Reg. del 2002 n. 6 la Corte fissa che il diritto a disegno o modello comunitario spetta all'autore, salvo che non lo abbia trasferito al suo avente causa a mezzo di un contratto. La Feia aveva inteso "avente diritto" come le diverse possibili modalità di acquisizione del diritto al disegno o modello. L'autore può quindi trasferire al suo avente causa il diritto al disegno o modello comunitario a mezzo di contratto, e per tutelare i disegni o modelli comunitari non registrati si deve far rispettare il diritto di vietare la riproduzione di questi disegni o modelli.

Interessante è un caso analizzato dal tribunale di Torino [(62)]: un'impresa storica di Biella, fondata nel 1825, dagli anni '80 si dedica anche alla produzione di vasi e fioriere, e, dopo aver premesso di utilizzare dei *designers* molto noti, deduceva, nell'atto di citazione, che la concorrente faceva e metteva sul mercato un vaso di plastica di *design* quasi uguale al proprio sia dal punto di vista estetico che sotto quello funzionale, andando contro le privative. Il tribunale fissava che l'opera di *design* della ricorrente si deve considerare tutelata dalle norme sul diritto d'autore, perché ha il requisito del carattere creativo e del valore artistico, inoltre ritiene che i diritti autoriali, pure quello di ottenere la protezione di cui all'art. 2 n. 10 della l. n. 633 del 1941, si devono considerare sussistenti in capo all'architetto progettista e non in capo all'azienda produttrice. Anche dal punto di vista dell'art. 2598 n. 1 c.c. la domanda della ricorrente deve essere accolta, dato che la società convenuta ha realizzato e messo in vendita un prodotto che è quasi identico nella forma e nel suo aspetto esteriore al vaso dell'attrice.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

[(61)] Corte, 2 luglio 2009, C-32/08.

[(62)] Trib. Torino, sez. specializzata per la proprietà industriale e intellettuale, 6 maggio 2009, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 521 ss. con nota di BOZZA.

LE INTERCETTAZIONI TELEFONICHE, TRA INVESTIGAZIONI E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Diritto e tecnologia* – 3. *Dimensioni e contenuto della vita privata. Profili evolutivi* – 4. *Invasività della riservatezza e tutele* – 5. *Diritto all'informazione e interessi in gioco* – 6. *Considerazioni conclusive*.

1. *Premessa*

Come è noto, le intercettazioni consistono nella acquisizione di conoscenza di comunicazioni [1] (attraverso il telefono o altre forme di trasmissione: informatiche o telematiche) [2] e di colloqui fra presenti,

---

[1] Cass., sez. IV, 27 febbraio 2002, n. 16130, F., in *www.leggiditalia.it* sostiene che «l'intercettazione, consiste, in un certo senso, nel sequestro di un bene immateriale: il contenuto di una comunicazione». Si consulti CADEMARTORI, *Comunicazioni*, in *Enc. dir*., VIII, Milano, 1961, 214, secondo cui per 'comunicazione' si intende la «trasmissione a distanza del pensiero umano», dovendosi riservare il termine 'conversazione' al colloquio tra persone presenti. Cfr. anche MANCINI, *Diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1947, 780. Come sottolinea MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, 22, la nozione empirica di 'comunicazione' presuppone la pluralità dei partecipanti e il fatto che la captazione sia eseguita da un terzo rispetto ai comunicanti. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 176 cita il caso di chi in perfetta solitudine si abbandoni ad una preghiera ad alta voce, oppure rivolga delle parole a un animale o a un oggetto inanimato ed osserva come «ovviamente il carattere 'comunicativo' dell'atto verbale indebitamente percepito debba essere valutato, a prescindere dalla condotta dell'ascoltatore clandestino». In caso contrario, «…se ne potrebbe arguire che, anche nelle ipotesi (di monologo) considerate, l'attività percettiva investa una 'comunicazione' protetta *ex* art. 15 Cost., dal momento che anche il *soliloquens* 'comunica' oggettivamente qualcosa al terzo segretamente in ascolto».

[2] Come sottolineano LUPÁRIA - ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, 165, dal 1993 ad oggi, l'evoluzione tecnologica ha fatto sì

all'insaputa [3] di almeno uno degli interessati (c.d. intercettazioni ambientali).

In questa sede, sia per esigenze di chiarezza concettuale, sia perché a tutt'oggi il telefono costituisce il 'luogo comunicativo' più diffuso, si è ritenuto di esaminare soltanto le problematiche relative all'ascolto [4] delle conversazioni telefoniche, riflettendo, ad ogni modo, sui rischi che lo sviluppo delle tecnologie produce per le libertà personali.

L'argomento di cui si tratta ha costituito motivo di interesse emergente anche nel settore cinematografico. A tale proposito, a mio modo di vedere, in particolare due films, "*La conversazione*" e "*Le vite degli altri*" rappresentano molto bene le problematiche legate all'uso di inter-

---

che l'iniziale distinzione tra sistemi telefonici e sistemi informatici-telematici sia venuta meno. Infatti la 'digitalizzazione' dei servizi di telefonia può paradossalmente far apparire la 'vecchia telefonata' come un semplice flusso informatico, giacché la piattaforma elettronica sta oggi diventando il canale della sua trasmissione. L'art. 266 *bis* c.p.p., il cui inserimento si deve alla l. 23 dicembre 1993, n. 547, contempla una ulteriore partizione nell'ambito delle telecomunicazioni, prevedendo le intercettazioni «del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, ovvero intercorrente tra più sistemi». Sebbene manchi una esplicita nozione normativa volta a chiarire che cosa debba intendersi per comunicazione telematica o informatica, una definizione è comunque enucleabile dal tenore letterale della nuova previsione e dai lavori preparatori. Si può, dunque, ritenere che la telematica si identifichi con la ricetrasmissione a distanza, in tempo reale, di dati attraverso la linea telefonica. Il flusso di comunicazioni relativo a uno o più sistemi informatici presuppone, invece, lo scambio di dati tra elaboratori elettronici, siano essi collegati via cavo, ad es. in intranet, modem, etere o altrimenti. In tal senso MARINELLI, *Intercettazioni processuali*, cit., 21.

[3] Il termine 'intercettare' dal latino *intercipio* significa per l'appunto sorprendere, cogliere inaspettatamente (v. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Torino, 1972, 1458). V. GOSSO, *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 890: «…Il vocabolo parrebbe corrispondere al significato assegnatogli dal linguaggio corrente, che all'atto dell'intercettare ricollega sia la presa di conoscenza di un colloquio, sia l'impedimento od il 'disturbo' arrecato al suo corso normale…».

[4] Per comprendere il significato del termine 'ascolto' è necessario analizzare tre verbi comunemente usati come sinonimi: udire, sentire, ascoltare. 1. udire (atto passivo di ricezione) *audīre*: apprendere qualche cosa con l'udito (*vocem audīre*, CIC.), in CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, cit., 302, *exaudīre*: udire distintamente; 2. sentire (concetto legato all'emozione, coinvolgimento emozionale) v. voce 'sentire' *percipĕre auribus*, CIC., apprendere attraverso i sensi, in BADELLINO, *Dizionario italiano-latino*, Torino, 1972, 2348; 3. ascoltare (atto volontario di percezione e interpretazione dei messaggi). Ascoltare anche nel senso di 'origliare'. L'ascolto può essere attivo (attento, concentrato sull'interlocutore) v. voce 'ascoltare': *auscultāre*, *aures erigĕre*, CIC., in BADELLINO, *Dizionario italiano-latino*, cit., 187, 188. L'ascolto può anche essere passivo (*aures alicui dedĕre*, CIC., in BADELLINO, *Dizionario italiano-latino*, cit., 188, ascolto acritico, non ci si chiede il motivo su che cosa l'interlocutore voglia dire).

cettazioni telefoniche. Il primo, *"La conversazione"* [5] è un film del 1974 diretto da Francis Ford Coppola, vincitore del Grand Prix per il miglior film al 27° festival di Cannes e candidato al premio Oscar per il miglior film nel 1975. In questo caso l'investigatore viene rappresentato come un individuo timoroso di 'entrare' nella vita degli altri, nello specifico, in quella vita che viene violata e che invece dovrebbe rimanere nascosta, tanto è vero che, in tale film, si preferisce parlare di 'tecnici dei servizi di vigilanza', anziché di 'spie telefoniche'.

"Le vite degli altri" [6], dal canto suo, è un film del 2006 (scritto e diretto da Florian Henckel von Donnersmarck, vincitore del premio Oscar per il miglior film straniero), in cui l'intercettatore si trasforma in un complice discreto della vita privata altrui. In realtà, in entrambi i films esaminati ciò che veramente conta è la capacità dell'investigatore di percepire i drammi privati delle persone intercettate.

Oggi non si utilizzano più apparati enormi come quelli di cui faceva uso Gene Hockmann nel magnifico film *'La conversazione'*. Attualmente infatti si possono registrare, immagazzinare e trascrivere innumerevoli

---

[5] Il protagonista, Gene Hockmann, interpreta la parte di Harry Caul, un investigatore privato che, con tutte le difficoltà che ne conseguono, deve intercettare la conversazione di una coppia che si muove in una piazza affollata. Caul, nonostante ostenti indifferenza per il contenuto della conversazione, rimane invece sempre più coinvolto dal contesto in cui si svolge e, in particolare, dalle vicende della coppia e del committente della registrazione. Infatti il protagonista in un primo tempo afferma: «Qualche volta uno si interessa a quello che dicono. …Io voglio solo una registrazione chiara. Devo solo intercettare, non capire i problemi privati dei clienti. Non so cosa sia la curiosità…la curiosità non fa parte del mio mestiere. …». Successivamente, mentre si confessa in chiesa, asserisce: «Mi sono trovato coinvolto in un lavoro che può fare del male a due giovani. Ma io non mi ritengo responsabile. …». Quando riesce a decifrare una frase fino ad allora incomprensibile: «Quello ci ammazza, se ne diamo l'occasione. …», decide di non consegnare i nastri registrati, i quali gli verranno successivamente rubati e il committente ne entrerà in possesso. Il colpo di scena finale consiste nel fatto che Caul, mentre cercherà di impedire una tragedia, scoprirà che l'epilogo non sarà quello che ha immaginato.

[6] È un film ambientato nella Berlino Est dell'anno 1984, controllata dalle spie del Ministero per la sicurezza di Stato (Stasi), dove il capitano Gerd Wiesler viene incaricato dal ministro della cultura Bruno Hempf di spiare Georg Dreyman, scrittore di teatro famoso e fedele al regime. L'intento del ministro è quello di trovare materiale compromettente sullo scrittore, per avere a tutti i costi la compagna di Dreyman, la bella attrice Crista-Maria Sieland. Il capitano, intercettando le telefonate dei due artisti, entra nella loro vita privata e il suo coinvolgimento sarà tale da prendersi a cuore il caso fino al punto di proteggere Dreyman, rinunciando così alla sua carriera. Dopo qualche anno, nell'ultima scena del film ambientata in una libreria, Wiesler, con un sorriso che gli illumina il volto, acquista il romanzo scritto da Dreyman, la cui intestazione reca la dedica 'a HGW XX/7, in riconoscenza', il nome in codice del capitano della Stasi che gli aveva salvato la vita.

quantità di conversazioni con apparecchiature tecnologicamente avanzate, che consentono controlli pressoché illimitati sul 'nuovo' modo di comunicare, costituito da *sms*, *e-mail,* telefonate effettuate e ricevute con il cellulare.

Le pagine che seguono hanno per oggetto l'esame della disciplina delle intercettazioni telefoniche, svolto sulla base di contributi forniti dalla dottrina italiana e straniera, oltre che dalla giurisprudenza comunitaria. Tale materia, sospesa in un certo senso tra finalità di contenimento della spesa pubblica e logiche investigative attente ai risultati e all'efficienza dell'autorità giudiziaria, costituisce, senza il minimo dubbio, uno degli ambiti in cui si evidenziano le problematiche del diritto processuale attuale. Verrà, altresì, esaminata la necessità di un bilanciamento tra i contrapposti interessi alla segretezza delle comunicazioni e alla repressione penale.

2. *Diritto e tecnologia*

È all'evidenza che la stagione legislativa dell'ultimo trentennio ha portato una consistente evoluzione delle risorse informatiche anche nella gestione delle informazioni di polizia.

Di conseguenza, il legislatore ha provveduto ad attribuire veste normativa a varie iniziative fornite dalla scienza dell'informatica per l'espletamento dei compiti di istituto affidati alle forze dell'ordine. A tale proposito, si segnala che, con legge 1° aprile 1981, n. 121 [(7)], avente ad oggetto la «ridefinizione dell'assetto organico e strutturale dell'amministrazione della Pubblica Sicurezza», è nato il Centro Elaborazione Dati, istituito presso il Ministero dell'Interno, che non è altro che un sistema integrato composto dai Centri Elaborazione Dati gestiti da ciascuna Forza di Polizia, destinati alla raccolta, elaborazione, conservazione e comunicazione delle informazioni e dei dati, secondo un concetto di condivisione di risorse informatiche. Si tratta in definitiva di un sistema informativo, nato per le tre Forze di Polizia, Carabinieri, Polizia di Stato, Guardia di Finanza (a cui si sono successivamente aggiunti la Polizia Penitenziaria e il Corpo Forestale), finalizzato alla «tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, prevenzione e repressione della criminalità, garantendo al tempo stesso la tutela dei diritti del cittadino» [(8)].

[(7)] In *G.U.*, 10 aprile 1981, n. 100, suppl. ord.

[(8)] Il d.p.r. 3 maggio 1982, n. 378 specifica nel dettaglio le procedure di raccolta, accesso, comunicazione, correzione, cancellazione e integrazione dei dati e delle informazioni registrate negli archivi magnetici del Centro Elaborazione Dati, di cui all'art. 8 della l. 121/81. V. Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6368, in *Cons.*

Sul punto rileva, altresì, la Convenzione di Strasburgo del 28 gennaio 1981, resa esecutiva in Italia dalla legge 21 febbraio 1989, n. 98, volta ad assicurare la «protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale», nonché l'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificato con legge 30 settembre 1993, n. 388, che disciplina la libera circolazione delle persone e delle merci per abolire i controlli frontalieri; ciò comporta la predisposizione di un sistema comune di informazione fra polizia, dogane e autorità giudiziarie dei paesi aderenti.

Dal canto suo, la *Raccomandazione dei Ministri del Consiglio d'Europa sui problemi di procedura penale in tema di tecnologia dell'informazione* del 1995, prevede specifiche misure tecniche di ricerca e di vigilanza, cooperazione internazionale tra gestori di rete e polizia, oltreché limitazioni all'uso della crittografia e sempre più estesa specializzazione delle forze investigative di polizia. La *Commissione europea nella Comunicazione al Parlamento per la creazione dell'informazione sicura* del 2001 (inserita nel programma pluriennale *E-Europe*) sottolinea non solo le opportunità, ma anche i rischi della società dell'informazione [(9)], volta anche a ravvicinare le normative penali dei paesi d'Europa e peraltro ad affrontare in modo organico il fenomeno nell'ambito dello spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia. Credo utile evidenziare che il 15 maggio 2007 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, 20 febbraio

---

Stato, 2004, 1, 2032 e in *D&G*, 2004, n. 43, 67, con nota di Giurdanella e Guarnaccia: «Per effetto del rinvio operato dall'art. 24, 5º comma, l. 7 agosto 1990 n. 241 all'art. 9 l. 1° aprile 1981 n. 121 e successive modificazioni, le informazioni, le notizie e i dati raccolti dal centro elaborazione dati presso il ministero dell'interno rientrano nell'ambito dei documenti esclusi dal diritto di accesso, trattandosi di elementi strumentali all'esclusivo esercizio della funzione di pubblica sicurezza, di prevenzione e repressione della criminalità, indipendentemente dal fatto che esse siano o meno, direttamente o indirettamente, incidenti sulla sicurezza pubblica o sull'attività di prevenzione e repressione della criminalità».

[(9)] Si consultino, *ex plurimis*, Cippitani, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in Palazzo - A. Sassi (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 165 ss.; Cippitani, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in Sediari (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 81 ss.; v. Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007, 113 ss., per un'analisi degli ambiti di competenza di Stato e Regioni entro cui ricondurre la disciplina giuridica del fenomeno 'società dell'informazione'; Pietrangelo, *Prime considerazioni sulla competenza legislativa regionale in materia di amministrazione elettronica e società dell'informazione*, in *Inf. Dir.*, 2002, 2, 7 ss.; v. altresì, Babucci, *Le situazioni giuridiche soggettive nella società dell'informazione e della conoscenza*, Perugia, 2008.

2007, in tema di *Interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni e pubblicità dell'attività negoziale*, al fine di «realizzare la piena cooperazione fra le amministrazioni mediante la condivisione degli archivi e delle informazioni, per ridurre i tempi e semplificare le procedure».

Al punto 3. di detta direttiva si legge che «Sebbene il Codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82) sia in vigore da tempo, le amministrazioni appaiono ancora in ritardo nel conformarsi alle prescrizioni dirette ad elevare il livello tecnologico delle prestazioni e, di conseguenza, ad incrementare l'interazione con i cittadini e le imprese». Infatti, come qualcuno ha sottolineato [(10)], le amministrazioni riformate e riorganizzate sul piano delle strutture, delle funzioni, delle risorse, spesso continuano a operare con le logiche consuete. C'è in questo una carenza di realismo, una pretesa di poggiare l'azione su un astratto dover essere, senza una sufficiente consapevolezza del grado di complessità della realtà che è oggetto di intervento.

Il più delle volte l'attivazione di strumenti del tutto nuovi per le pubbliche amministrazioni ha conosciuto ritardi, lentezze e inadempienze del resto prevedibili, data la naturale inerzia di organizzazioni da sempre improntate a ben altri criteri che quelli della trasparenza e del servizio pubblico [(11)]. Non a caso il 21 dicembre 1998 nel *Sole 24 ore* veniva riportata l'affermazione di Cassese, circa le "riforme all'italiana": «Un'importante caratteristica è che esse sono a decorso lungo e risultato incerto» [(12)].

Ad ogni modo, come sottolinea parte della dottrina [(13)], di fronte al consolidamento delle tecnologie, il diritto, anche per la legittimazione sociale che lo connota, appare il solo strumento, la sola tecnica (seppure

---

[(10)] Rebora, *Un decennio di riforme*, Milano 1999, 298.

[(11)] *Ibidem*, 56.

[(12)] Per le problematiche esposte si consultino Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 1996, 292 e Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 317.

[(13)] Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 61. Cfr. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; Frosoni, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 11 – 18.

Risulta, altresì, interessante sull'argomento Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 15, 16, che invita a riflettere su come il diritto dipenda direttamente dalla dimensione sociale che lo fonda e in proposito afferma: «La regola di diritto non vive indipendentemente dalla società che deve regolare. Anzi, non è neppure corretto dire che la regola di diritto dà ordine alla società; deve dirsi semmai che la società si esprime attraverso quella regola, perché questa altro non è che uno dei suoi significati». V. altresì, Oppo, *Scienza, diritto, vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, 11.

oggi in profonda crisi di valori, metodo e punti di riferimento) adatta, se non ad arginare, quantomeno a regolare tale dinamica, in particolare nei settori in cui viene in rilievo l'esigenza di tutelare gli interessi primari della comunità di cui esso è espressione. Così, l'uomo di diritto ha oggi il delicato compito di creare regole e principi in grado di perseguire i nuovi obiettivi fondamentali; compito questo reso più delicato dalla continua mutevolezza dei contesti di riferimento e dalla vastità delle competenze tecniche che per il suo assolvimento sono inevitabilmente richieste.

Spesso le risposte attese dal progresso della tecnologia sono complesse e, proprio per questo, i quadri normativi di riferimento necessitano di continui e tempestivi aggiornamenti. Allo stesso tempo, il rapido sviluppo della tecnica sta cambiando anche le abitudini di vita, con tutte le difficoltà che ne conseguono; basti vedere, ad esempio, come negli ultimi tempi, in numerosi Comuni italiani di dimensioni medio-grandi, sia invalso l'uso di apparecchiature omologate per il rilevamento automatico delle infrazioni del codice della strada (v. ad es. 'varchi elettronici' e *Photor&v*) [(14)].

[(14)] I 'varchi elettronici' sono apparecchiature che consentono di verificare, in tempo reale, se la targa del veicolo che transita in zona a traffico limitato e nel centro storico è autorizzata alla circolazione. A tale proposito l'art. 3, comma 1 del d.p.r. n. 250/1999 (regolamento recante norme per l'autorizzazione alla installazione e all'esercizio di impianti per la rilevazione degli accessi di veicoli ai centri storici e alle zone a traffico limitato, a norma dell'art. 7, comma 133 *bis* della l. 15 maggio 1997, n. 127) recita testualmente: «Gli impianti sono utilizzati per la rilevazione dei dati riguardanti il luogo, il tempo e l'identificazione dei veicoli che accedono al centro storico o nelle zone a traffico limitato. Gli impianti raccolgono dati sugli accessi, rilevando immagini solo in caso di infrazione». V. sull'argomento Tuccani, *Circolazione stradale e posizione dell'invalido civile, tra normativa nazionale e provvedimenti locali*, in *Rass. giur. umbra*, 2007, 733.

I *PhotoR&V* sono apparecchiature a posto fisso per il rilevamento automatico delle infrazioni a semaforo rosso, peraltro utilizzate in conformità a quanto previsto dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti; a tale riguardo, v. *ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, 11 gennaio 2008, n. 558, in *Foro it*., 2008, 6. Il dispositivo *PhotoR&V* è collegato con il regolatore semaforico che controlla la specifica area di intersezione e da cui riceve lo 'stato di rosso'. Premesso che non viene effettuata alcuna rilevazione quando il semaforo proietta luce gialla, il dispositivo scatta la prima fotografia solo ed esclusivamente quando il veicolo ha oltrepassato la striscia trasversale di arresto, dopo una fase temporale non inferiore ad un secondo dall'accensione della luce semaforica rossa. La seconda fotografia comprova la reale infrazione quando il veicolo ha oltrepassato l'area di intersezione o, perlomeno, lo ha impegnato creando una potenziale situazione di pericolo per la circolazione. V. sull'argomento Tuccani, *Problematiche relative all'omologazione e taratura dei dispositivi documentatori di infrazioni semaforiche*, in *Rass. giur. umbra*, 2008, 26. In virtù dell'art. 201, comma 1 *ter* c.str. – introdotto dall'art. 4 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 151, convertito nella l. 1° agosto 2003, n. 214 – non è neppure necessaria la presenza degli organi

Anche i sistemi di videosorveglianza sono in forte espansione, tanto è vero che, oltre ad essere installati in strutture pubbliche e private considerate a rischio, come banche, uffici postali, ecc., sono sempre più spesso utilizzati come strumento di vigilanza dei centri urbani [15].

Ad ogni modo, l'uso, così come l'abuso della tecnologia sono proiezione dell'azione umana e ogni comportamento umano dipende dalla piena comprensione degli strumenti tecnologici e delle responsabilità che implicano nei rapporti con gli altri. «Non è semplice invocare l'innovazione e capire l'implicazione di quanto è innovato, poiché ogni attività umana vede nelle tecnologie il rischio della sua crisi e potenzialmente della sua sostituzione…» [16].

Vi è stato chi ha rappresentato molto bene [17], a mio modo di vedere, il disagio del diritto nel processo di adeguamento alla dinamica sociale:

---

di polizia sul luogo dell'accertamento. Peraltro le amministrazioni che si avvalgono di tali apparecchiature, oltre a garantire che lo strumento utilizzato sia debitamente omologato a funzionare senza ausilio dell'accertatore, devono anche osservare tutte le condizioni previste dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, al fine di assicurarne l'esatto funzionamento. D'altra parte, la mancata osservanza delle prescrizioni relative alla corretta installazione dei predetti dispositivi condiziona la legittimità delle multe elevate. Peraltro l'utilizzo di tali apparecchiature all'uopo omologate richiede particolare scrupolo dal momento che le stesse sostituiscono l'accertatore e soprattutto la percezione che quest'ultimo avrebbe dovuto avere se fosse stato presente al fatto.

[15] Non a caso, il grado di sicurezza è diventato uno degli indicatori più importanti per definire la qualità della vita nei diversi contesti urbani. Recentemente è stato emanato il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38, ove all'art. 6, comma 7 e comma 8, sono previste per i comuni delle competenze specifiche nel campo della videosorveglianza: «…7. Per la tutela della sicurezza urbana, i comuni possono utilizzare sistemi di videosorveglianza in luoghi pubblici o aperti al pubblico. 8. La conservazione dei dati, delle informazioni e delle immagini raccolte mediante l'uso di sistemi di videosorveglianza è limitata ai sette giorni successivi alla rilevazione, fatte salve speciali esigenze di ulteriore conservazione». Prima dell'entrata in vigore della l. 23 aprile 2009, n. 38, la installazione dei sistemi di videosorveglianza per la tutela della sicurezza urbana doveva essere preceduta dalla stipulazione di un protocollo d'intesa tra sindaci e prefetti. A tale proposito, infatti, il Codice della *privacy*, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 18, comma 2, prevede che «Qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali»; di conseguenza, non rientrando la sicurezza pubblica nella funzione istituzionale dei comuni, si riteneva che fossero necessari dei protocolli d'intesa con il prefetto. V. sull'argomento Tagliolini, *Videocamere al test della riservatezza*, in *Sole 24 ore*, 20 aprile 2009.

[16] Si consulti sull'argomento Corasaniti, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, 79 - 104.

[17] Lucarelli, *Lo specchio, l'immagine, il diritto*, Napoli, 1998, 24.

«Si chiede oggi al diritto di divenire nuovamente specchio delle vicende socioeconomiche ed al giurista di tornare ad essere protagonista della realtà…In verità lo specchio-diritto sta progressivamente rilevando la sua caducità, nell'ambiguità dei riflessi, nella incertezza delle infrazioni, nell'inversione dei risultati-obiettivi, nel suo smarrimento alla ricerca della certezza perduta: le classiche istituzioni, i vecchi dogmi si appannano o vetrificano come antiche specchiere. Ma ciò avviene forse ineluttabilmente, poiché lo specchio come il diritto si sforza invano di trattenere una immagine per sua natura passeggera».

La stessa scienza forense, inevitabilmente, si è dovuta adeguare ai cambiamenti apportati dal nuovo mondo del computer e alle informazioni da esso generate.

Dato il contesto esaminato, è prevedibile che nel prossimo futuro qualsiasi tipo di fonte di prova diventerà digitale, in quanto il processo di informatizzazione e digitalizzazione della società finirà per condizionare direttamente il mondo giuridico e soprattutto il suo aspetto processuale [(18)].

Non vi è chi non veda come l'azione di ricerca e sviluppo di nuove tecnologie applicate al processo investigativo risulti fondamentale per la positiva riuscita di tutti i seguenti sviluppi dell'inchiesta o per ricostruire la dinamica dell'evento. È all'evidenza, infatti, come una buona capacità d'indagine costituisca requisito essenziale per portare a buon fine l'attività investigativa, che peraltro richiede attuazione di corrette modalità di acquisizione della prova, significando che la conoscenza del diritto processuale e sostanziale si deve unire alla conoscenza della psicologia giudiziaria e, nello specifico, dei comportamenti criminali [(19)].

Molto spesso le competenze di legali e di informatici si uniscono in maniera cooperativa; in alcuni casi, come nel settore dell'informatica giuridica, si fondono.

Dato il consistente incremento dei telefoni cellulari, oggi le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, tra i mezzi di ricerca della prova [(20)], hanno acquisito particolare valenza ai fini investigativi e pro-

---

[(18)] Si consulti Lupária - Ziccardi, *Investigazione penale*, cit., 9 ss.; v. altresì Balkin - Davis - Lemley - Lessig - Samuelson, *I diritti nell'era digitale*, Reggio Emilia, 2004.

[(19)] Risultano utili sull'argomento Fargnoli, *Manuale di psicologia investigativa*, Milano, 2005 e Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2000.

[(20)] Il libro III° del codice di procedura penale è dedicato nei suoi tre titoli rispettivamente alle prove in generale, ai mezzi di prova e ai mezzi di ricerca delle prove (*rectius*: delle fonti di prova). Come sottolinea Gosso, *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, cit., 890, «L'intercettazione telefonica non costituisce un vero e proprio mezzo di prova, poiché per sua natura essa tende a ricercare ed assicurare

batori, soprattutto nella lotta alla criminalità organizzata. La maggiore sicurezza fornita dal supporto elettronico e la consuetudine del nostro tempo di esaminare i fenomeni anche attraverso le conversazioni telefoniche e, d'altro canto, la maggiore possibilità di dettagli rimanda a una completezza dell'informazione altrimenti difficilmente raggiungibile.

Nell'ascolto la protezione dell'intimità del soggetto intercettato lascia spazio alla necessità di conoscere come si siano realmente svolti i fatti [21]. In buona sostanza, molteplici sono le situazioni che coinvolgono l'investigazione e che, comunque, vanno valutate nel rispetto della

---

elementi relativi ad un reato, cogliendoli durante il loro accadere...». In buona sostanza, per 'mezzo di ricerca della prova' si intende tutto ciò che venga eseguito dagli organi competenti per assicurare le fonti di prova, es. perquisizioni, ispezioni, intercettazioni telefoniche, ecc. Anche secondo ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 40, l'intercettazione dovrebbe ritenersi piuttosto «…un mezzo di ricerca della prova, sotto questo profilo assimilabile, se mai, alla perquisizione o all'ispezione». Preziosa è inoltre la valorizzazione, quali elementi discretivi, della partecipazione inconsapevole del soggetto e dell'attualità, dato che «l'intercettazione presuppone sempre un'attività della persona ad essa sottoposta e che la prova si formi nel momento stesso in cui ha luogo l'operazione». ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, 32, sostiene che, come recentemente osservato in giurisprudenza (Cass., sez. IV, 10 maggio 2007, n. 27751, in *www.leggiditalia.it*), mentre ha senso distinguere il mezzo di prova dal mezzo di ricerca della prova, quale è la perquisizione, l'ispezione o il sequestro, la separazione concettuale del mezzo di prova dalla fonte di prova non riveste effettiva utilità. Come sottolinea tale autore, «fonte di prova» sarebbe in particolare il soggetto o l'oggetto da cui la prova deriva: dunque la persona fisica del testimone, il documento o il reperto. Al mezzo di prova corrisponderebbe invece la specifica attività processuale di acquisizione di una determinata prova, quale la testimonianza, la perizia o la lettura del documento. In alcuni casi la giurisprudenza sembra seguire questa traccia, laddove, ad esempio, definisce come fonte di prova un'audiocassetta contenente la registrazione di conversazioni e dunque l'oggetto utile per la prova (v. Cass., sez. III, 9 febbraio 2006, n. 10970, Z., in *www.leggiditalia.it*). In altri casi qualifica come fonte di prova ciò che nella distinzione di cui sopra sarebbe ascrivibile invece alla categoria dei mezzi di prova; ciò che avviene quando le dichiarazioni della persona offesa, che sostanzialmente corrispondono allo strumento processuale della testimonianza, vengono espressamente denominate nella prima delle forme appena indicate (v. Cass., sez. IV, 13 novembre 2003, n. 16860, in *www.leggiditalia.it*).

[21] In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni assume rilevanza l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati. Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *www.leggiditalia.it*, sottolinea che «l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse. La qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di "interpretazione" delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere. In ogni caso risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso

persona umana accanto alla essenzialità dell'informazione [22]. Scopo dell'indagine giudiziaria risulta peraltro quello di raccogliere tutti gli elementi utili alla identificazione, al riconoscimento e alla cattura dell'autore del reato, riducendo la probabilità di errori nell'attribuzione di responsabilità.

Come ammonisce qualche autore [23], «non è possibile, almeno per i giuristi, i politici ed i tecnici sorprendersi o disconoscere gli eventuali pericoli insiti nelle nuove tecnologie. In passato, quando lo Stato pretendeva di violare l'intimità del cittadino, doveva adoperarsi ad intercettare, aprire con il vapore e leggere la corrispondenza o ascoltare, incidere e trascrivere le conversazioni telefoniche. Questo era come pescare con una canna un pesce alla volta. Al contrario i messaggi della posta elettronica sono più facili da intercettare, si possono acquistare in grande scala e catalogare rapidamente in base al loro contenuto, ovvero in base alle opinioni di chi li ha composti. Questo è come pescare con una rete migliaia di pesci per volta».

3. *Dimensioni e contenuto della vita privata. Profili evolutivi*

3.1. Come sottolinea Cataudella [24], si frappongono notevoli difficoltà alla delineazione tra la vita pubblica e la vita privata, date le strette connessioni tra di esse. Tuttavia, per attribuire fisionomia concreta alla tutela della vita privata, è necessario determinare la 'sfera privata', che segna l'ambito di tale tutela. In altre parole, la sfera privata varia di estensione in relazione al tipo di ingerenze, che su di essa possono interferire [25]. Sarebbe peraltro possibile parlare di diritto alla vita

---

di una conversazione. …». Secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, «l'interpretazione del linguaggio e del contenuto delle conversazioni costituisce una questione di fatto rimessa all'apprezzamento del giudice di merito e si sottrae al giudizio di legittimità se la valutazione risulta logica in rapporto alle massime di esperienza utilizzate» (v. ad es., in tal senso, Cass., sez. IV, 9 aprile 2009, n. 17047 e Cass., sez. III, 22 ottobre 2009, n. 42848, entrambe in *www.leggiditalia.it*).

[22] Si consulti Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, 7: «La *privacy* è anche questo: solo le informazioni essenziali, e sempre complete, per non travisare l'identità delle persone».

[23] Pérez Luño, *Saggi di informatica giuridica*, Milano, 1998, 149; v. altresì Lupária - Ziccardi, *Investigazione penale*, cit., 165.

[24] Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 83.

[25] *Ibidem*, 105: «È fuor di dubbio, ad esempio, che coloro che discutano ad alta voce in un locale pubblico non potranno lamentare una lesione della loro sfera privata se il colloquio sia da altri ascoltato, ciò però non significa senz'altro che le notizie risultanti dal colloquio esulino necessariamente dalla sfera privata. Le modalità di tempo e di luogo nelle quali il colloquio si svolge, se precludono la stessa configura-

privata, di diritto alla intimità personale, di diritto ad essere lasciati soli [26], per significare attraverso la varietà delle espressioni adottate, l'ambito della tutela e soprattutto per individuarne i contenuti, anche in relazione ai dati normativi disponibili [27].

A Cataudella [28], che asserisce di avere adottato la terminologia preferita da Carnelutti [29] e da Rescigno [30], è apparso preferibile parlare di tutela della «vita privata», piuttosto che, con espressione meno comprensiva, della «riservatezza» o, con terminologia ancora più restrittiva, della «propria sfera di segretezza».

Circa la complessa questione definitoria, vi è stato chi [31] ha osservato come i termini 'riservatezza' e '*privacy*', talora impiegati alla stregua di sinonimi, siano spesso invocati per esprimere concetti diversi, attinenti rispettivamente alla pretesa di impedire la divulgazione di informazioni sulla vita privata da parte di chi ne sia venuto in possesso legittimamente e alla protezione contro ingerenze indebite. Entrambi gli usi appaiono legittimi a condizione di precisare di volta in volta l'oggetto dell'analisi [32].

Vi è stato chi [33] ha distinto un complesso di "diritti di *privacy*" comprendente oltre alla inaccessibilità della sfera privata e l'interesse

---

bilità di un certo tipo di tutela, non escludono che una qualche tutela vi sia: tale da consentirne ancora l'inserimento nell'ambito della sfera privata». A tale proposito v. Cass., sez. un., 27 maggio 1929 (riportata da Lega, *Deontologia forense*, 1975), che ha precisato che non si può penetrare nell'intimità della vita domestica, a meno che i fatti si riverberino all'esterno, entrando sotto il controllo e l'apprendimento della collettività.

[26] Secondo la fortunata espressione formulata alla fine del XIX secolo da Warren - Brandeis, *The right to privacy*, in *Harward Law Review*, n. 4, 1890, 193 ss. L'obiettivo dei due citati avvocati di Boston non è solo di «impedire che della propria vita privata si offra un ritratto non veritiero, ma di impedire che questo ritratto sia in alcun modo eseguito» e, a tale proposito, insistono sulle «nuove esigenze della società che vanno di pari passo con il progresso tecnologico». Si consulti sull'argomento Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008, 3 ss.

[27] Giacobbe, *Diritto alla riservatezza*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1243; v. altresì Cataudella, *Riservatezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1965, 2; Cerri, *Riservatezza* (diritto alla), in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1991, 2 ss.; Busia, *Diritto alla riservatezza*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg. IV, Torino, 2000, 46.

[28] Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, cit., 5.

[29] Carnelutti, *Diritto alla vita privata*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, 1, Padova, 1958.

[30] Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penale*, Milano, 1970.

[31] Marinelli, *Intercettazioni processuali*, cit., 83.

[32] Per tutti Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 3.

[33] Caprioli, *Colloqui riservati*, cit., 16.

alla riservatezza in senso stretto, anche l'inviolabilità domiciliare e la protezione della segretezza delle comunicazioni, quali beni giuridici strumentali alla tutela del più generale valore della 'vita privata'.

3.2. Data la complessità dell'argomento, mi è parso utile esaminare alcuni frammenti storici di 'vita privata', per poi passare allo studio del sistema normativo che attualmente regola la materia. In altre parole, si è preferito esporre fatti e problematiche antiche per meglio comprendere concetti moderni.

Come è stato sottolineato in dottrina [34], nella società precivica, ovvero nella società gentilizia, l'individuo è soltanto, almeno in un primo tempo, *gentilis*, in quanto la sua attività si svolge ed esaurisce entro la *gens*; non vi è né la sfera del *populus*, né quella della *familia*. Una volta che si è affermata la *civitas*, ogni individuo, oltre ad avere nella *familia* a cui appartiene una certa posizione di potere o di dipendenza, fa parte anche della società cittadina, cioè di quella pluralità di individui che costituisce il *populus*, ossia la base sociale della *civitas*. Il *civis* viene pertanto ad avere una posizione bifronte, ovvero un doppio *status*: di diritto pubblico, in quanto componente del *populus* e di diritto privato, in quanto facente parte della *familia,* in qualità di persona. Al tempo della Repubblica la soggezione del cittadino romano allo Stato è assoluta [35]. La classe politica è chiusa e ristretta, in essa predominano poche grandi famiglie della *nobilitas* patrizio-plebea; le cariche pubbliche sono onorarie e gratuite.

Anche la vita privata del cittadino è sottoposta al controllo dello Stato e, proprio per esercitare questo controllo, sono istituiti i censori, tra cui si ricorda Catone (234-149 a. C.) il quale sosteneva che gli uomini grandi e illustri dovevano rendere conto sia della loro attività pubblica che di quella privata, sia del loro *negotium* che del loro *otium* [36]. In linea di principio anche il matrimonio è concepito esclusivamente in considerazione delle necessità dello Stato, cioè per mettere al mondo nuovi cittadini [37]. La libertà per il cittadino romano va intesa, così, come partecipazione alla vita dello Stato e, in quanto tale, essa costituisce il bene supremo. Non a caso Cicerone [38] rileva che se volessimo stabilire una gara e un confronto per giudicare nei riguardi di chi noi siamo più

---

[34] *Ex plurimis*, Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006, 246 ss.

[35] Si consulti sull'argomento Lana - Fellin, *Civiltà letteraria di Roma antica*, Firenze, 1971, 1, 19.

[36] V. Cicerone, *Pro Plancio*, XXVII, 66; cfr. Dionigi di Alicarnasso, *Antiquitates Romanae*, XX, 13, 3.

[37] In tal senso, v. Livio, *Periocha libri LVIIII*.

[38] Cicerone, *De officiis*, I, 17, 57.

debitori, al primo posto starebbe la patria e i genitori, subito dopo verrebbero i figli e la casa, poi i parenti con cui si va d'accordo [39].

Nei dodici anni che intercorrono tra la costituzione del secondo triunvirato (27 novembre 43) e la battaglia di Azio (2 settembre 31) si assistette alla nascita di un mondo nuovo: ai *nobiles* si andavano sostituendo giovani, avventurieri, personaggi che non avevano dietro di sé tradizioni familiari.

Come sottolinea Sallustio [40], che svolge la sua attività di storico proprio in questo dodicennio, …*Etiam homines novi, qui antea per virtutem soliti erant nobilitatem antevenire, furtim et per latrocinia potius quam bonis artibus ad imperia et honores nituntur*…(anche gli uomini nuovi, che prima erano soliti prevalere sui nobili con la virtù, mirano alle cariche civili e ai comandi militari con il furto e con il latrocinio, piuttosto che con mezzi onesti).

In realtà, in questo momento, molti uomini si orientavano verso la famiglia, gli affari, la letteratura, la filosofia, proprio perché nasceva in essi sfiducia nello Stato [41].

Orazio ha saputo rappresentare molto bene [42], a mio modo di vedere, questo stato d'animo largamente diffuso tra i Romani del tempo, tanto è vero che in una sua lettera indirizzata a un senatore scriveva: … *hoc ego commodius quam tu, preclare senator, milibus atque aliis vivo: quacumque libido est, incedo solus*…(per questo io vivo meglio di te, o famoso senatore, e di mille altri: da solo me ne vado dovunque mi piace) …*deinde eo dormitum, non sollicitus mihi quod cras surgendum sit mane, obeundus Marsya*…(poi vado a letto senza l'ansia di dovermi alzare presto l'indomani, di dovermi recare al Foro a trattar cause, presso la statua di Marsia). *Haec est vita solutorum misera ambitione gravique; his me consolor victurum suavius, ac si quaestor avus pater atque meus patruusque fuisset* (Questa è la vita di chi è libero dall'ambizione che pesa e rende infelici. Con questo modo di vivere mi consolo e penso che vivrò meglio che se mio nonno, mio padre e mio zio fossero stati questori). Mi sfugge se Orazio

---

[39] Per approfondire i temi trattati si legga: De Martino, *Storia della costituzione romana*, 1, Napoli, 1958; Grosso, *Storia del diritto romano*, Torino, 1960; Lana, *La libertà nel mondo antico*, in *Riv. filol. e istruz. class.*, 1955, 1-28; Wirszubski, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, trad. italiana, Bari, 1957; Aa.Vv., *La vita privata dall'Impero romano all'anno mille*, Roma-Bari, 1987.

[40] Sallustio (86 a.C. - 34 a.C.), *Bellum Iugurthinum*, IV, 7.

[41] V. Lana- Fellin, *Civiltà letteraria di Roma antica*, Messina-Firenze, 1973, 2, 268.

[42] Orazio (65 a.C.- 8 a.C.), *Sermones*, 1, 6, 106-127.

nutrisse invidia o solo disistima nei riguardi di coloro che rivestivano cariche pubbliche.

Nel principato la classe politica comprendeva anche l'ordine equestre e, dunque, ebbe un chiaro ampliamento rispetto al tempo della Repubblica. Ma il principato non assunse carattere più democratico, anzi, al contrario fagocitò la libertà politica tipica del passato. Nel tardo impero la formazione di una vasta burocrazia, gerarchicamente subordinata all'imperatore, fece sì che l'aristocrazia fosse continuamente alimentata da coloro che raggiungevano gradi elevati nel governo, nell'amministrazione e nell'esercito, sebbene molte volte questi stessi gradi fossero conferiti a persone appartenenti per nascita all'aristocrazia [43]. I legislatori del IV secolo sono più attenti alla tutela dell'interesse pubblico dell'impero che non alla tutela della persona. Pare cioè che in questo periodo la tutela della persona, in particolare dell'onore e della dignità dell'individuo, decada a pura eventualità, ritenuta necessaria solo quando concorrano interessi pubblici più direttamente tutelati [44].

Sul concetto di 'vita privata' nel medioevo vi è stato chi ha segnalato come nel periodo di riferimento vi fosse una sorta di «promiscuità gomito a gomito» [45]. Spesso infatti «si stava pigiati e all'interno delle grandi dimore non era mai previsto un posto per l'isolamento individuale…».

In questo periodo, come sottolinea G. Duby [46], «…Se vita privata significa segreto, questo segreto necessariamente condiviso da tutti i membri della famiglia, era fragile, facile da svelarsi; se vita privata significa indipendenza, anche questa indipendenza era collettiva». Il termine 'privato' evocava nel medioevo ciò che è familiare, ovvero riservato e peraltro sottratto alla conoscenza di tutti. La comunità rurale, il quartiere, la cittadina rappresentavano un ambiente all'interno del quale tutti si conoscevano e si spiavano [47]. In realtà, nel mondo medie-

---

[43] De Martino, *Storia della Costituzione romana*, V, Napoli, 1975, 373; risulta utile sull'argomento Cary - Scullard, *Storia di Roma, III, Il Principato e la crisi dell'impero*, Bologna, 1981, 338.

[44] Bassanelli Sommariva, *L'«iniuria» nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, in AARC, 8, Napoli, 1990, 651 ss.

[45] Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 13.

[46] Duby, *Situazione della solitudine, secoli XI-XIII*, in Ariès - Duby, *La vita privata*, Roma-Bari, 2001, 2, 427.

[47] Niger, *Le nuove dimensioni della privacy*, cit., 15; v. sull'argomento Rossiaud, *Il cittadino e la vita di città*, in Le Goff, *L'uomo medievale*, Roma-Bari, 1987, 177. Risulta altresì interessante Cortonesi, *Terre e signori nel Lazio medioevale. Un'economia rurale nei secoli XIII-XIV*, Napoli, 1988, che spaziando in una realtà locale di tipo regionale, ci offre un valido strumento su cui costruire una sintesi di

vale tutto assumeva una dimensione personale, fisica; è all'evidenza che il vassallaggio era fondato sul sistema secondo cui ogni individuo era 'l'uomo di un altro uomo', il servo era l'uomo del signore, il conte era l'uomo del re. Ciò che veramente contava in tale epoca era il rapporto di natura privata, fondato su reciproche promesse di fedeltà e protezione. D'altra parte, in un mondo con debolissimi poteri pubblici, diventare 'uomo di un altro uomo' rappresentava un contributo alla stabilità dell'ordine sociale e costituiva un passaggio fondamentale attraverso cui gli individui trovavano posizione nella gerarchia sociale [48].

Purtroppo, non si può fare a meno di osservare che la letteratura medievale di tutta Europa riflette il fenomeno molto diffuso dell'abbandono di bambini o la loro vendita [49]. Nella metà del XIII secolo, molti genitori che avevano in casa figli zoppi, ciechi, muti o provvisti di qualche difetto fisico, li offrivano ai monasteri con grande devozione, o per avarizia, o per creare vantaggio ad altri figli. *Il nome della rosa*, film del 1986, di Jean Jacques Annaud, tratto dall'omonimo libro di Umberto Eco del 1980, riflette uno 'spaccato' dei personaggi che affollavano i conventi medievali, dove accanto a dei sant'uomini vi era un concentrato di miserie umane.

Come correttamente evidenziato in dottrina [50], l'affermazione della *privacy* come esigenza bisognosa di autonoma tutela, si avvia con il disgregarsi della società feudale. La costruzione dello Stato nelle sue forme moderne non consentì soltanto la delimitazione di ciò che ormai non derivava più dal pubblico, ma apportò salvaguardia a un privato che si andava costruendo, soprattutto all'interno del nucleo familiare. Sull'argomento rileva il pensiero filosofico di Schopenhauer [51]. «Ogni comunità esige dei sacrifici, che risultano tanto più duri quanto più notevole è la propria individualità. Ciascuno quindi fuggirà, sopporterà, oppure amerà la solitudine, in una proporzione esatta con il valore della sua personalità. Nella solitudine infatti il miserabile sente tutta la sua

---

storia dell'economia agraria medioevale, tenendo presente il quadro materiale della vita e del lavoro degli uomini del tempo. Tale autore esamina la forma concreta di esercizio del potere nella società rurale laziale, ossia la signoria di castello, da lui analizzata soprattutto sotto il profilo dell'entità e della qualità. Emergono così, in primo piano, i grandi lignaggi signorili che agiscono pure da protagonisti nella scena politica e sociale di Roma.

[48] Si consulti sull'argomento, per l'analisi delle istituzioni feudali e delle loro origini, GANSHOF, *Qu'est-ce-que la féodalité*, Bruxelles, 1947; cfr. VILLARI, *Storia medievale*, Roma-Bari, 1973, 107 ss.

[49] GIAMBATTISTA, *Una sofferenza senza fine*, in *Historia*, 1992, n. 413, 99.

[50] NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy*, cit., 15.

[51] SCHOPENHAUER, *Parerga Paralipomena,* 566 ss.

miseria e il grande spirito tutta la sua grandezza, ciascuno in breve sente di essere ciò che è».

Freud [52], dal canto suo, ci fornisce una visione particolare, secondo cui l'uomo inserito nella società «…non è una creatura mansueta…è invero invece che occorre attribuire al suo corredo pulsionale anche una buona dose di aggressività…*Homo homini lupus*: chi ha il coraggio di contestare quest'affermazione dopo tutte le esperienze della vita e della storia?...Questa aggressività, di solito tenuta sotto controllo dalla società, può riemergere in situazioni particolari. D'altra parte, la repressione di tale impulso garantisce a ogni individuo una maggiore sicurezza, ma determina inevitabilmente la rinuncia, almeno parziale della felicità. .. Di fatto l'uomo primordiale stava meglio, poiché ignorava qualsiasi restrizione pulsionale. In compenso la sua sicurezza di godere a lungo di tale felicità era molto esigua. L'uomo civile ha barattato una parte della sua possibilità di felicità per un po' di sicurezza».

3.3. Il riconoscimento del diritto alla riservatezza, sancito dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675 [53] in materia di trattamento dei dati, ha seguito un *iter* molto travagliato. Prima della legge n. 675/96 [54],

---

[52] Freud, *Il disagio della civiltà*, in *Opere*, 10, 559 ss.

[53] Pubblicata in G.U. n. 5 dell'8 gennaio 1997, suppl. ord. n. 3, abrogata dal 1° gennaio 2004 *ex* d.lgs. 196/2003. Risulta interessante sull'argomento Rodotà, *Intervista su privacy*, cit., 46, il quale sostiene che dall'8 maggio 1997, giorno dell'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996 sulla protezione dei dati personali, ognuno di noi è diventato 'padrone' delle proprie informazioni e deve esser messo in condizione di regolarne la circolazione. Cfr., tra gli altri, Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla l. 675/1996*, in *Europa dir. priv*., 1998, 1049, nonché Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1998, 339. Si consulti sull'argomento *Garante protezione dati personali*, 19 dicembre 2001, in *Lavoro prev. oggi*, 2002, 174: «Per effetto dell'ampia definizione di dato personale introdotta dalla direttiva comunitaria n. 95/46/Ce e dall'art. 1, 2º comma, lett. c), l. n. 675/1996, quest'ultima legge è applicabile non solo ai dati personali di tipo oggettivo, ma anche ad informazioni personali contenute nell'ambito di valutazioni soggettive, riportate in supporti di vario tipo (sia cartaceo, sia automatizzato), conservate o meno in archivi strutturati».

[54] Come sottolinea Rodotà, *Intervista su privacy*, cit, 25-29, «Bisogna aspettare il maggio 1970, cioè lo Statuto dei lavoratori, con il suo famoso art. 8, che vieta la raccolta delle opinioni politiche, sindacali, religiose dei dipendenti. Quello è di fatto l'atto di nascita in Italia della protezione dei dati personali. E questo è un bel paradosso…Si attribuì una tutela forte ad alcuni aspetti della sfera privata per realizzare in realtà una protezione della sfera pubblica… Venne di fatto rafforzata la libertà di agire nella sfera pubblica…. La riservatezza valeva solo nei confronti del datore di lavoro. E su questa base costruivo la piena trasparenza della mia presenza sociale…». Cfr. Fioriglio, *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di*

la riservatezza è stata tutelata facendo sovente riferimento all'art. 2 Cost., ai sensi del quale «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». Proprio l'art. 2 Cost. interpretato, cogliendo quei mutamenti che inesorabilmente sono avvenuti e continuamente avvengono nella società, ha costituito la base per il riconoscimento di un diritto fondamentale della persona umana, quale la riservatezza [55]. Il profilo della protezione dei dati personali assume un'importanza fondamentale soprattutto negli ultimi anni, poiché le tecnologie di comunicazione, oggi utilizzate, amplificano le problematiche connesse alla tutela della *privacy*. Tanto più forte è la capacità comunicativa degli strumenti tecnologici disponibili, maggiore è il rischio che informazioni personali vengano diffuse, senza che il soggetto interessato possa esercitare una qualsiasi attività di controllo [56]. Come sottolinea

---

internet, Bologna 2008, 15. Sempre in materia di lavoro, V. *Garante per la protezione dei dati personali*, 1° marzo 2007, in *Foro it*., 2007, 3, 214: «Il datore di lavoro non può controllare la posta elettronica e la navigazione Internet dei dipendenti e/o effettuare controlli indiretti mediante tecnologia *software* o *hardware* se non in casi eccezionali e previa definizione delle modalità d'uso di tali strumenti nel rispetto dei diritti dei lavoratori e della disciplina in tema di relazioni sindacali…Il luogo di lavoro è una formazione sociale nella quale va assicurata la tutela dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità degli interessati garantendo che, in una cornice di reciproci diritti e doveri, sia assicurata l'esplicazione della personalità del lavoratore e una ragionevole protezione della sua sfera di riservatezza nelle relazioni personali e professionali (art. 2 e 41, 2° comma, Cost.; art. 2087 c.c.; cfr. altresì l'art. 2, 5° comma, cod. amministrazione digitale d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82), riguardo al diritto ad ottenere che il trattamento dei dati effettuato mediante l'uso di tecnologie telematiche sia conformato al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato…».

[55] V. Fioriglio, *Il diritto alla privacy*, cit., 16 ss.; v. altresì Losano, *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001. In realtà, il dettato della Costituzione del 1947 non parla affatto di riservatezza. Di insensibilità nei confronti del *Rigth of Privacy*, ritenuta «per altro classica libertà borghese» da parte dei costituenti, ragiona Barbera, in Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, *sub* art. 2, 55. V. sull'argomento anche Costanzo, *La dimensione costituzionale della privacy*, in *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, a cura di Ferrari, Milano, 2008, 49-54. Sul punto, ampiamente, cfr. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in Nania - Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, 1, Torino, 2001, 423; cfr. inoltre Cerri, *Riservatezza* (diritto alla), cit., 2.

[56] Fioriglio, *Il diritto alla privacy*, cit., 47. Rodotà, in diverse opere (*Privacy e costruzione della sfera privata* in *Politica del diritto*, 1991, 4, 521-546; *Tecnologie e diritti*, cit., 108; *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 4, 589) ha osservato che

autorevole dottrina [57], «nel linguaggio internazionale l'espressione più usata è ormai *data protection*, più che *privacy*, proprio per sottolineare che non si tratta soltanto di restare chiusi nel proprio mondo privato al riparo da sguardi indiscreti, ma anche di potersi proiettare liberamente nel mondo attraverso le proprie informazioni, mantenendo però sempre il controllo sul modo in cui queste circolano o vengono utilizzate da altri...». Strumenti come il telefono e il computer hanno fatto sì che chiunque sia sempre raggiungibile e tutto ciò che viene detto possa essere intercettato [58]. Nel contesto attuale, il diritto alla riservatezza, sempre più proclamato quale diritto fondamentale, in realtà è sempre più soggetto a violazioni. Come è stato osservato [59], si cerca di difendere 'un uomo trasparente ed oggetto degli indiscreti sguardi della società dell'informazione' e, allo stesso tempo, si assiste a una 'involuzione del diritto alla riservatezza'. A tale proposito, qualcuno ha sottolineato che il diritto risulta invadente in troppi settori e, tuttavia, assente, laddove se ne avvertirebbe il bisogno [60].

Ritornando alla legge 31 dicembre 1996, n. 675, c.d. legge sulla *privacy*, si segnala che la stessa è stata emanata in attuazione della direttiva comunitaria 95/46/Ce «relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati» [61] e ampiamente novellata dal d.lgs. n. 467 del

---

si è verificato un passaggio fondamentale per la società odierna «dalla *privacy* alla non discriminazione» e «dalla segretezza al controllo». Rodotà, *Elaboratori elettronici*, cit., 9 ss., parlando a tale proposito di «sindrome da elaboratore», ha definito la *privacy* come «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni». V., altresì, Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1993, 189, 190.

[57] Rodotà, *Intervista su privacy*, cit., 19.

[58] Vedi Levy, *Crypto. I ribelli del codice in difesa della privacy*, tr. it., Shake, Milano, 2002, 7; Lyon, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, tr. it., Milano, 2002, 41.

[59] Fioriglio, *Il diritto alla privacy*, cit., 6 s.

[60] Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9; Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 20, ci fornisce un giudizio complessivo (abbastanza efficace) sulla attuale politica disposta a produrre norme caotiche e occasionali, al fine di rispondere a una società che chiede sempre più 'diritti': «Qualche giudice, anziché ergersi a custode della legalità, preferisce sostituirla con una sua 'legalità' alternativa. *Plurimae leges* provocano confusione ed incertezza sul diritto vigente...». Allo stato attuale, si può tranquillamente affermare che in assenza di politica, i giudici stanno facendo politica. Inoltre assistiamo a una pluralità di fonti che si occupano dello stesso oggetto, cioè dei diritti fondamentali. Tale argomento è stato oggetto di dibattito nel Convegno organizzato, nei giorni 25 e 26 marzo 2011, dall'Università degli Studi di Perugia, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*.

[61] Pubblicata in *G.U.C.E*, L281 del 23 novembre 1995.

[62] pubblicato in *G.U.R.I.*, 29 luglio 2003, S.G. n. 174, *Suppl. ord.* n. 1,2,3/L.

28 dicembre 2001, poi è stata inglobata nel c.d. Codice della *privacy*, emanato con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 [62].

In realtà, il legislatore europeo ha prestato particolare attenzione alla riservatezza della vita privata e alla *privacy* sui dati personali nel settore dei nuovi media. Infatti, dopo aver emanato la già citata direttiva 95/46/Ce, è nuovamente intervenuto con una direttiva apposita, la 97/66/Ce [63] «relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni».

L'art. 5 della direttiva 97/66/Ce prescrive l'obbligo per gli Stati membri di garantire, mediante apposite normative, la riservatezza delle comunicazioni effettuate attraverso la rete pubblica di telecomunicazione e i relativi servizi offerti al pubblico, vietando in particolare «… l'ascolto, l'intercettazione, la memorizzazione o altri generi di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni ad opera di persone diverse dagli utenti, senza il consenso di questi ultimi, eccetto quando sia autorizzato legalmente a norma dell'art. 14, paragrafo 1» [64].

Dato lo sviluppo, dal 1998 ad oggi, delle reti telematiche e in particolare di Internet, si è reso necessario un ulteriore intervento normativo, volto a regolare la riservatezza e la *privacy* nel settore dei nuovi media. Così, il 12 luglio 2002, in sostituzione della direttiva 97/66/Ce è stata emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la direttiva 2002/58/Ce [65] «relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita

---

[63] Pubblicata in *G.U.C.E*. L24 del 30 gennaio 1998. La direttiva 97/66/Ce è stata attuata in Italia con il d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171, pubblicato in *G.U*., 3 giugno 1998, n. 127.

[64] Cfr. sull'argomento Gualandi, *La direttiva 97/66 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni*, in *Dir. un. eur*., 1998, 211 ss.; Pallaro, *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Milano, 2002, 4 - 12; Migliazza, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004 , 39 ss.; Colcelli, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'unione europea*, in Palazzo - Sassi (a cura di), *Diritto privato del mercato*, cit., 457-600; Tufarelli, *La tutela dell'interessato nel diritto alla riservatezza dei dati personali: conferme e novità presenti nel «Codice della privacy»*, in *Dir. fond*., 2005, 3, 394.

[65] Pubblicata in *G.U.C.E.*, L201 del 31 luglio 2002, 0037-0047, modificata a sua volta dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2006/24/Ce, pubblicata in *G.U.C.E*., L105 del 13 aprile 2006, riguardante la conservazione dei dati trattati nell'ambito della fornitura di servizi pubblici di comunicazione elettronica. Per un esame dettagliato di quest'ultima direttiva, cfr. Monteleone, *La tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche tra esigenze di Data Retention*, in Costanzo - De Minico - R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'Informazione*, Torino, 2006, 320, ss. Come sottolinea Fatta, *La tutela della privacy alla prova dell'obbligo di data retention e delle misure antiterrorismo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 3/2008, 408, nella direttiva del 2006, è il principio del «più

privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)».

Si segnala, da ultimo, la decisione della Commissione del 3 giugno 2008, 2008/597/CE [66], recante adozione di norme d'attuazione relative al responsabile della protezione dei dati ai sensi dell'art. 24, paragrafo 8 del regolamento CE n. 45/2001 del 18 dicembre 2000 [67], «concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati». Si osserva che le direttive 95/46 e 97/66, nonché il regolamento 45/2001, forniscono i principi per la elaborazione delle informazioni e dei dati, che sono destinati a creare la struttura di cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri organizzata in rete, che consenta anche un accesso alla giustizia effettivo per i soggetti privati, che si trovano ad affrontare controversie con implicazioni transfrontaliere.

Si osserva che la giurisprudenza, per lungo tempo, non ha accolto il diritto alla riservatezza come principio autonomo, proteggendo l'"aspirazione alla privatezza', solo qualora sfociasse nell'offesa all'onore, al decoro o alla reputazione [68].

Quando la questione sulla sussistenza e sui limiti del diritto alla riservatezza venne per la prima volta nel 1956 sottoposta al suo esame, la Suprema Corte osservò che nessuna disposizione di legge autorizzava a ritenere che fosse stato sancito, come principio generale [69], il rispetto assoluto all'intimità della vita privata, ma che fossero stati soltanto riconosciuti e tutelati, in modo diverso, singoli diritti soggettivi della persona.

La decisione della Cass., 20 aprile 1963, n. 990 [70], pur riconoscendo una tutela *erga omnes* del diritto alla libertà di autodeterminazione del singolo, ancora negava posto nell'ordinamento a un autonomo diritto alla riservatezza.

---

sicurezza e meno *privacy*» che sembra avere la meglio. Per il punto vedi, altresì, Cerqua, *Il difficile equilibrio tra la protezione dei dati personali e le indagini informatiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di Luparia, Milano, 2009; Forlani, *La conservazione preventiva di dati informatici per l'accertamento dei reati*, in *Diritto Internet*, 2008, 520 ss.

[66] Pubblicata nella *G.U.E.* del 22 luglio 2008, L. 193/7.

[67] Pubblicato in *GUCE*, L 8/1 del 12 gennaio 2001.

[68] Si consulti sull'argomento Diurni, *Gli stati di giustificazione nella responsabilità civile*, Torino, 2003, cit., 72; Morelli, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Milano, 2003, 113 ss.

[69] Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giust. civ.*, 1957, 1, 215.

[70] Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1963, n. 990, In *Giust. civ.*, 1963, I, 1280 (caso Petacci).

Anche in dottrina c'è stato chi [71], analizzando rigorosamente le norme contenute nel nostro sistema, ha negato che le stesse, direttamente o indirettamente, riconoscessero un diritto alla riservatezza, la cui tutela avrebbe richiesto una esplicita riforma legislativa.

Solo successivamente, la Suprema Corte, 27 maggio 1975, n. 2129 [72] arrivò a ritenere esistente un generale diritto della persona alla riservatezza, garantendo la tutela di tutte le situazioni strettamente personali prive per i terzi di un interesse socialmente apprezzabile. A tale proposito giova ricordare che gli orientamenti della Cassazione propensi a riconoscere un generale diritto alla tutela della riservatezza erano stati preceduti dalla sentenza della Corte costituzionale del 12 aprile 1973, n. 38 [73] in cui veniva affermato che, tra i diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 Cost., insieme al diritto all'onore, al decoro e alla reputazione, rientrasse anche il diritto all'intimità e alla riservatezza. Ritornando alla storica sentenza del 1975, il caso affrontato dalla Suprema Corte ebbe come protagonista la principessa Soraya, la quale aveva citato in giudizio alcuni giornali che avevano pubblicato fotografie ritraenti la principessa, all'interno della sua villa romana, in atteggiamenti intimi con un regista. Qualche autore ha fatto notare che, in questo caso, si intrecciano la tutela dell'immagine e della reputazione con la tutela della *privacy* [74]. Inoltre rileva il fatto che il diritto di cronaca si deve contemperare con i diritti della persona.

Come sottolinea parere autorevole [75], prima degli anni '70, quando si parlava di riservatezza, ci si riferiva solo alle intrusioni nella vita personale e familiare, poste in essere con metodi e strumenti semplici, quali macchine fotografiche o audiovisive, cannocchiali, pubblicazioni su giornali di notizie riservate. È all'evidenza che le definizioni elaborate in quegli anni, pur rivestendo notevole importanza, non appaiono più consone, però, a descrivere la nozione di *privacy* attuale. Infatti il diffondersi degli elaboratori elettronici ha imposto una svolta nella creazione e nella conservazione della raccolta dei dati, incidendo sulla completezza e sulla rapidità dell'informazione, che è sempre più informazione organizzata. Ne consegue che non è solo la sfera privata a essere modificata, ma anche i rapporti tra il cittadino e lo Stato, tra le imprese

---

[71] Pugliese, *Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1963.

[72] Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 970.

[73] In *R.U. sent. Ord. C.C.*, 1973, 277 ss. Si consulti sull'argomento Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, 71 ss.

[74] Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 232.

[75] Niger, *Le nuove dimensioni della privacy*, cit., 61.

e i consumatori [76]. A tale proposito, è il caso di affermare che il Garante per la protezione dei dati personali, nel corso del tempo, è intervenuto più volte per gestire e proteggere i dati personali contenuti nelle banche dati pubbliche e utilizzati da soggetti istituzionali, come magistrati e forze di polizia. Ricordiamo, ad esempio, per rimanere nell'ambito giudiziario, le indicazioni fornite con il provvedimento del 15 dicembre 2005 [77] ai gestori telefonici e, di riflesso ai tribunali, per raccogliere e trasferire in sicurezza il contenuto delle intercettazioni. Tra le principali regole prescritte, ci sono: designazione selettiva delle persone addette alle informazioni intercettate e monitoraggio dei loro accessi alla banca dati; protezione dei dati con moderni sistemi di cifratura; adozione di firma digitale e di posta elettronica certificata (che richiede la firma digitale) per cifrare i documenti da trasmettere all'autorità giudiziaria o, in caso di consegna manuale, tenuta di un registro delle consegne'.

Il presidente del Garante Francesco Pizzetti ha in più occasioni sottolineato i profili delicati dell'uso delle intercettazioni e ha commentato di recente che le regole esistenti in materia spesso vengono disattese dagli uffici giudiziari. Tra l'altro, le risorse risultano sempre più scarse e male impiegate anche per la incomunicabilità tra ministero che paga e toghe che spendono [78].

Probabilmente non ha tutti i torti chi [79] sostiene che questa è la

---

[76] *Ibidem*, 72; v. sull'argomento Rodotà, *Quel conflitto tra privacy e sicurezza*, in *Repubblica*, 10 giugno 2002.

[77] *Garante per la protezione dei dati personali*, 15 dicembre 2005, *in www.garanteprivacy.it*; con provvedimento del 20 settembre 2006, in *www.garanteprivacy.it*, il Garante rivolgeva un monito a tutti i fornitori di servizi di comunicazione elettronica operanti nell'ambito delle intercettazioni, imponendo loro di completare l'adeguamento entro 90 giorni, ciascuno secondo le indicazioni risultanti in appositi prospetti. Sull'argomento rileva, altresì, *Garante per la protezione dati personali*, 25 gennaio 2007, in *www.garanteprivacy.it*: «…Va disposto, nei confronti di un fornitore di servizi di comunicazione elettronica, il blocco della comunicazione di dati personali, da e verso gli uffici giudiziari, limitatamente a quelli trattati per attività giudiziarie in materia di intercettazioni mediante modalità non consentite, quali la posta elettronica non certificata e il telefax...».

[78] Mancini, *E nei tribunali sicurezza in Rete a corto di fondi*, in *Sole 24 ore*, 9 febbraio 2009, sottolinea che «Il problema è sempre di risorse e di tempi di reazione del ministero alle richieste delle sedi giudiziarie, certamente moltiplicate dall'informatizzazione e dalla razionalizzazione avviata. Quello che proprio non funziona è la stessa modalità di raccordo magistrati-ministero nell'impostazione dei sistemi informatici nella loro installazione, gestione, manutenzione, implementazione. La dicotomia d'origine è sempre la stessa: il ministero manovra le risorse e vuole decidere sulle infrastrutture che però la legge pone sotto la titolarità e responsabilità dei magistrati».

[79] Cherchi, *Archivi blindati solo sulla carta*, in *Sole 24 ore*, 9 febbraio 2009.

conseguenza che, per troppo tempo, la *privacy* sia stata considerata un lusso e non un aspetto fondamentale della società contemporanea.

4. *Invasività della riservatezza e tutele*

4.1. Come sottolinea autorevole dottrina [80], il pericolo di aggressioni e di invasioni nella sfera del riserbo individuale è pericolo antico quanto la curiosità dell'uomo. È all'evidenza che tutti i popoli fin dall'antichità, pur in assenza di tecnologie, ricorressero a vari sistemi, ovviamente nella disponibilità del periodo di riferimento, per l'acquisizione di informazioni. Spesso ci si serviva di notizie raccolte segretamente o confidenzialmente sul conto di qualcuno per punire o per creare danno. Ad esempio, da una lettera di Sidonio Apollinare [81] abbiamo avuto notizia del processo di Arvando, prefetto al pretorio delle Gallie, che nel 468 fu condannato a morte, essendo stata intercettata una sua missiva compromettente inviata ai Goti [82].

Un altro caso, alquanto insolito, di intercettazione si rinviene nel quarto libro dei *Dialoghi*, scritto tra il 590 e il 600, dove il papa Gregorio Magno [83] racconta la storia di un monaco (del monastero, di cui era stato abate a Roma), che sul letto di morte confessa ad un altro fratello

---

[80] Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, 212.

[81] Apollinare, *Ep*. I, 7,-13, ed. Loeb.

[82] Arvando, spogliato della propria carica, fu portato a Roma in catene, dove venne ospitato dal suo carceriere, il *comes sacrarum largitionum* Flavio Asello. Dalla Gallia vennero tre inviati dell'aristocrazia gallo romana, tra cui Tonanzio Ferreolo, i quali lo citarono in giudizio per tradimento. Durante il processo gli accusatori mostrarono una lettera che il segretario di Arvando (anche lui incarcerato) ammise di aver scritto sotto dettatura del suo prefetto, con la quale questi consigliava al re dei Visigoti, Enrico, di non riconoscere il nuovo imperatore, imposto dalla corte orientale, di attaccare i Bretoni sull'altra riva della Loira e di spartirsi la Gallia con i Burgundi (*…qui inter cetera quae sibi provinciales agenda mandaverant interceptas litteras deferebant, quas Arvandi scriba correptus dominum distasse profitebatur. haec ad regem Gothorum charta videbatur emitti, pacem cum Greco imperatore dissuadens, Britannos supra Ligerim sitos impugnari oportere demonstrans, cum Burgundionibus iure gentium Gallias dividi debere confirmans, et in hunc ferme modum plurima insana, quae iram regi feroci, placido verecundiam inferrent. hanc epistulam laesae maiestatis crimine ardere iurisconsulti interpretabantur…*). Il processo terminò con la condanna a morte dell'imputato, ma l'intercessione del suo amico, il poeta e *praefectus urbi* gallo-romano Sidonio Apollinare, fecero sì che l'imperatore convertisse la condanna a morte nella confisca dei beni e nell'esilio. V. sull'argomento Giglio, *Il tardo impero d'Occidente e il suo senato*, Napoli, 1990, 206–207; v. altresì Jones, *Il tardo impero romano*, 3, Milano, 1981, 1483, che si riferisce ad Arvando, quale traditore e, per questo, condannato dai senatori suoi colleghi.

[83] Magnus, *Dialogi*, a cura di U. Moricca, Roma, 1924, 4, 57.

di aver nascosto tre soldi d'oro, cosa formalmente vietata dalla regola che obbliga i frati a mettere tutto in comune [84]. Informato del fatto, Gregorio ordina che il moribondo venga lasciato spirare in solitudine senza una parola di conforto, affinché, terrorizzato, espii il suo peccato e la sua morte angosciosa valga d'esempio per gli altri monaci. Perché mai questo abate colto e istruito, quanto fosse possibile allora, non si è piuttosto recato al capezzale del peccatore moribondo, per offrirgli almeno la possibilità del pentimento? È all'evidenza come Gregorio Magno intenda far scontare il peccato commesso con segni esteriori, ovvero una morte e una sepoltura ignominiose [85]. La mentalità riguardo al castigo fisico è prevalsa sul sentimento umano e sul segreto della confessione.

Ricordiamo, rimanendo in tema, che l'invasività sulle persone, in determinati momenti storici, ha assunto forme, a dir poco, esasperate. Ad esempio, vi è stato chi ha osservato come durante il periodo fascista [86], nelle aziende, alle misure di ristrutturazione organizzativa, sia stato sostituito l'intervento sul 'fattore umano', allo scopo di aumentare il controllo disciplinare e la produttività. In molti stabilimenti un apparecchio radio-ricevitore, munito di un radiogrammofono e di un microfono per la trasmissione, era collocato negli uffici della direzione e collegato ad altoparlanti dislocati in punti-chiave della fabbrica; negli intervalli lavorativi si trasmetteva musica alternata a brevi comunicazioni su argomenti 'utili' e 'vitali'. Si osserva che la rivista dell'epoca fascista *OSL* (*Organizzazione Scientifica del lavoro*) annoverava tra i temi proposti 'la necessità della disciplina', 'l'uso del tu e del voi' e sottolineava che, abituando i lavoratori a parole che arrivavano dall'alto, si assolveva anche la funzione etica di far loro percepire fisicamente la costante presenza del dirigente all'interno del posto di lavoro, incoraggiamento e monito per diligenti e non. Si sottolinea che la Germania nazionalsocialista negli stessi anni aveva introdotto nelle proprie fabbriche metodi di vero e proprio terrorismo psicologico. Ad esempio, nel 1937, le officine

---

[84] *Quod nimirum fratribus non potuit celari, sed subtiliter indagantes, atque illius omnia medicamenta perscrutantes, eosdem tres aureos invenerunt absconsos in medicamine. Quod mox ut mihi nuntiatum est, tantum malum de fratre qui nobiscum communiter vixerat aequanimiter ferre non valui, quippe quia ejusdem nostri monasterii semper regula fuerat ut cuncti fratres ita communiter viverent, quatenus eis singulis nulla habere propria liceret*.

[85] Nel caso di specie il corpo del frate viene infatti gettato nel letamaio (*Cum vero mortuus fuerit, corpus illius cum fratrum corporibus non ponatur, sed quolibet in sterquilinio fossam facite*…).

[86] Luzzatto, *La guerra agli sprechi*, in *Storia dossier*, luglio/agosto, 1989, n. 31, 12-17. V. altresì sull'argomento Pedrocco, *Fascismo e nuove tecnologie. L'organizzazione industriale da Giolitti a Mussolini*, Bologna, 1980.

Junkers-Flugzeug und-motorenwerke A.G. lanciarono una campagna diretta all'aumento della produttività, il cui vero successo fu dovuto alla diffusione di figurine, allegate alle buste-paga, raffiguranti l'elefantino 'Jumbo, l'economo fedele', il quale «con i suoi occhi vede, e con le sue orecchie giganti ode tutto ciò che avviene nella fabbrica e con la sua grande proboscide prende per il collo chiunque non lavori con economia». La rivista *OSL* riportava che lo stesso personaggio sarebbe stato ancora il protagonista, l'anno successivo, di una seconda campagna diretta al controllo della qualità del prodotto; anche in questo caso l'inquietante elefantino faceva appello alle coscienze dei lavoratori, parlando dalla radio aziendale e denunciando, in tono burlesco, i comportamenti improduttivi rilevati nel corso dei suoi 'giri' per gli stabilimenti.

È all'evidenza che nel contesto storico politico esaminato, il controllo e la disciplina sono percepiti come elementi di prima necessità per razionalizzare il lavoro e nel contempo per garantire il mantenimento dell'equilibrio sociale, anche a partire dal nucleo familiare, inducendo forme di partecipazione quotidiana, a sostegno delle scelte politiche governative. D'altra parte, agli spiriti giovanili delusi dal dopoguerra, le parole d'ordine di Mussolini dovevano fare molta impressione. Erano anni sicuramente difficili: dopo la fine di una guerra spaventosa, si sentiva il bisogno di ristabilire l'ordine naturale delle cose e delle classi. Nel periodo fascista le stesse intercettazioni telefoniche costituivano un valido strumento fornito all'autorità giudiziaria, per salvaguardare la ragione di Stato.

In realtà, a tutt'oggi, è diffuso lo spionaggio sulle persone: ad esempio, lo scorso anno, si è scoperto che Hartmut Mehdorn, amministratore delegato di Deutsche Bahn, le ferrovie tedesche, faceva spiare i 173 mila dipendenti, al fine di individuare casi di corruzione nella catena delle forniture. Così pure, si è avuta notizia che la catena di supermercati Lidl aveva installato le telecamere per controllare quanto tempo impiegassero i dipendenti per andare al bagno [(87)]. Di recente, si è altresì appreso, dagli archivi della polizia segreta romena, che per anni Franz Thomas Schleich, scrittore al soldo della *Securitate*, fuggito negli anni '80 dalla Romania e, presentatosi nella Germania Ovest come un dissidente perseguitato dal regime di Ceausescu, spiò Herta Müller, romeno-tedesca, amica e collega di impegno letterario, peraltro vincitrice del premio Nobel 2009 per la Letteratura. Schleich indicò alla *Securitate* il carattere, a suo parere, sovversivo e antistatale del primo libro della scrittrice, il racconto *Niederungen* e, da allora, proseguì il lavoro di informatore [(88)].

[(87)] V. Taino, *Furto di codici e trappole ai manager l'estate delle spie per i big mondiali*, in *Corriere della sera*, 22 luglio 2009.

[(88)] V. Taino, *Il falso dissidente e finto amico che spiava la Müller*, in *Corriere della Sera*, 13 gennaio 2010.

4.2. L'istituto delle intercettazioni di conversazioni compare per la prima volta nel codice di rito del 1913 agli artt. 170 e 238, anche se, nei primi anni di vita dell'istituto, le tecniche ancora poco avanzate di comunicazione tra persone distanti tra loro hanno indotto la dottrina a mostrare poco interesse verso tale mezzo di ricerca della prova e, addirittura, a dubitare della sua effettiva utilità investigativa [(89)].

La pressoché totale assenza di regole e criteri puntuali, in ordine all'esecuzione delle intercettazioni, ha dato adito a molti abusi. A tale proposito, ad esempio, si osserva che un impiegato dei telefoni [(90)] ha raccolto numerose conversazioni telefoniche, che si sono protratte per circa un ventennio durante il fascismo, fornendoci la possibilità di conoscere ad esempio che l'identificazione degli interlocutori era cosa semplicissima, infatti, «Per essere collegato con un numero telefonico urbano, l'abbonato, dopo un giro di manovella doveva chiedere alla telefonista in centrale il numero dell'abbonato con il quale desiderava parlare. Quello del richiedente era già noto, trattandosi di un apparecchio tenuto regolarmente sotto controllo. Non appena l'abbonato aveva espresso intenzione di essere collegato con un determinato numero, sul quadro si abbassava il relativo sportellino lasciando libero il foro di inclusione per l'inserimento della spina di ascolto collegata a sua volta alla cuffia dell'intercettatore; lo stenografo poteva così seguire ugualmente la conversazione» [(91)].

[(89)] V. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 26.

[(90)] V. Guspini, *L'orecchio del regime, Milano*, 1973; interessante sull'argomento Messina, *Benito e Claretta: Bugie private, pubblici segreti*, in *Corriere della Sera*, 17 novembre 2009, 38, che in vista della pubblicazione (che doveva avvenire nel giorno successivo) del libro *Il Mussolini segreto* (contenente alcuni diari di Claretta Petacci dal 1932 al 1938), a cura di Suttora, segnala che è già cominciata la discussione sull'autenticità delle annotazioni che andrebbero peraltro confrontate con quelle dei diari di Giuseppe Bottai e Galeazzo Ciano. «Allo stesso modo il confronto andrà fatto con le affermazioni contenute nel libro *L'orecchio del regime*, in cui Guspini riportava le intercettazioni di conversazioni tra il dittatore e la sua amante, non sempre ritenute veritiere».

[(91)] V. Guspini, *L'orecchio del regime,* cit., 20-21; secondo quanto sostenuto da tale autore, Giovanni Giolitti, Presidente del Consiglio, nel 1903, redasse il vero e proprio atto di nascita del servizio, che è nato a seguito di un banalissimo incidente: un imprudente onorevole ministro, nella notte precedente a quella in cui doveva essere presentato al parlamento un decreto catenaccio, di cui era relatore, chiamò la moglie residente a Genova, avvertendola che il giorno successivo sarebbe stato approvato un provvedimento che avrebbe avuto enorme ripercussione in borsa. Durante la conversazione telefonica enumerò i titoli che avrebbero perso punti e quelli che ne avrebbero guadagnato. «Tu domattina dovresti vendere i titoli del primo gruppo e comprare il maggior numero possibile di quegli altri. Avverti tuo

Il codice Rocco, rispetto al codice del 1913, agli artt. 226, comma 3, c.p.p. [92] e 339 c.p.p. [93] di nuovo, essenzialmente, riconosceva la facoltà per il pubblico ministero di delegare l'attività di intercettazione a un ufficiale di polizia [94].

In realtà, la materia delle intercettazioni telefoniche è sempre stata di difficile elaborazione normativa, data la necessità di un bilanciamento tra i contrapposti interessi alla segretezza delle comunicazioni e alla repressione penale. A tale proposito, risulta interessante come nel 1932, rispecchiando il clima politico dell'epoca, autorevole dottrina [95] affrontasse la problematica del segreto telefonico: «…A parte che i discorsi compromettenti o delicati non si fanno di solito mediante il telefono, non si vede che danno possa derivare agli onesti (per i quali soltanto è disposta la tutela giuridica del segreto) dalla disposizione in esame e dal fatto che un pubblico ufficiale obbligato al segreto possa ascoltare quelle conversazioni, che sono o possono essere udite dal garrulo sciame delle telefoniste, le quali senza dubbio non rappresentano l'ideale della segretezza».

Sull'argomento sono risultati utili anche i ricordi di mia madre [96],

---

padre, i miei famigliari e tutti i parenti in modo che facciano la stessa operazione». La conversazione, svoltasi durante le ore notturne, venne ascoltata casualmente sulla linea interurbana di Genova da un telefonista (studente universitario), il quale pensò bene di annotare gli estremi del colloquio. La mattina successiva, appena smontato dal turno, si recò a Palazzo Braschi, allora sede del Ministero dell'Interno e, dopo qualche ora, il Presidente del Consiglio Giolitti fu messo al corrente della conversazione e fece avvertire il telefonista di non riferire a nessuno di quanto aveva ascoltato. Alla Camera, lo stesso pomeriggio, Giolitti ammonì l'onorevole relatore, invitandolo a maggiore prudenza e onestà, avvertendo nel contempo, che il provvedimento che doveva essere approvato era rimandato. Dopo qualche giorno, il Servizio di intercettazione telefonica, sia pure ancora organizzato in maniera rudimentale, entrò ufficiosamente in funzione.

[92] «Gli ufficiali di polizia giudiziaria, per fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o impianti di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prendere cognizione o assumere altre informazioni».

[93] «Il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni o assumere cognizione. Può anche delegare un ufficiale di polizia giudiziaria».

[94] In base al vigente art. 267, comma 4 c.p.p. le intercettazioni sono compiute dal pubblico ministero personalmente o avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria. La normativa differenziata di cui all'art. 13, comma 3 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 1991, n. 203, ammette, inoltre, che questi soggetti (pubblico ministero e ufficiale di polizia giudiziaria) possano farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria.

[95] Manzini, *Diritto processuale penale italiano*, Torino, 1932, 559.

[96] Irene Frasca**,** telefonista dal 1949 al 1974, presso il posto telefonico pubblico di Acquasparta, in provincia di Terni.

che cominciò a lavorare come centralinista nel 1949 ed è peraltro in grado di riferire che, effettivamente, anche in quel periodo, era possibile l'ascolto delle telefonate, la cui segretezza, tuttavia, si fondava esclusivamente sul senso civico e sulla capacità di riserbo delle telefoniste. Si è così venuti a conoscenza che la durata (misurata con una clessidra e, solo successivamente, fu introdotto il sistema delle tariffe a contatore) della conversazione sulle linee interurbane era di 3 minuti e costituiva 1 'unità'. Si pensi che ogni comunicazione di regola non poteva protrarsi oltre 2 'unità' consecutive: dopo i primi 3 minuti, la centralinista interrompeva la comunicazione per chiedere all'utente se intendesse continuare la conversazione o terminarla lì. Le comunicazioni sulle reti urbane dovevano avere la durata massima di 5 minuti, oltre la quale, potevano essere interrotte d'ufficio.

A dire il vero, ci vollero alcuni decenni prima che il telefono entrasse nell'uso comune: in Italia ciò avvenne dopo il *boom* economico degli anni '60. Prima, soltanto gli uffici pubblici e le case più abbienti erano dotati di telefono [(97)]. Si diffusero però i posti telefonici pubblici [(98)], a

---

[(97)] In realtà, già agli inizi del '900, il telefono era considerato di primaria importanza nella vita degli italiani. A tale proposito, risulta interessante come Pret. Reggio Calabria, 2 febbraio 1913, in *Riv. comunicaz*., 1913, 652, risolvesse una controversia relativa alla posatura di fili telefonici rispetto a quelli elettrici, stabilendo, così, una sorta di gerarchia, in termini di utilità pubblica, tra i diversi servizi: «…Dato l'uso sovranamente pubblico e generale cui servono i telefoni e i telegrafi, non si può dubitare della loro preminenza di fronte a qualsiasi servizio privato, com'è quello dell'energia luce, che, quantunque sia nell'interesse di una collettività, ha pur sempre un'importanza più ristretta».

[(98)] Come sottolinea Teramo (Capo Sezione Ministero delle Poste e telecomunicazioni), *Diritto postale e delle telecomunicazioni*, Borgo S. Dalmazzo (CN), 1955, 46, il servizio telefonico diretto dello Stato era limitato in Italia alle linee interurbane nazionali non concesse all'industria privata, mentre per quanto riguarda i servizi telefonici urbani e circoscrizionali o interurbani di carattere locale, era gestito in concessione, da società private. La concessione del servizio telefonico ha origine nel r.d. 8 febbraio 1923, n. 399, il quale ha conferito al governo la facoltà di concedere ad enti pubblici, a società private, a privati l'esercizio di impianti telefonici dello Stato. Secondo Perris, *Telefono*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, questa legge «di fatto, ha abolito il monopolio statale sulle comunicazioni telefoniche ed ha creato il nuovo diritto telefonico italiano, basato sul sistema delle concessioni a società telefoniche, mediante apposite convenzioni che garantiscano l'interesse pubblico».

La SIP, società idroelettrica piemontese, che operava dal 1918 nel settore elettrico, nel 1924 aveva esteso i suoi interessi al settore telefonico. Il 1° luglio 1925 attraverso la riorganizzazione dell'intero sistema telefonico, il territorio nazionale viene suddiviso in 5 zone e dato in concessione alle società telefoniche STIPEL, TELVE, TIMO, TETI e SET, vincitrici della gara d'appalto indetta nel 1923 dal governo Mussolini. La TIMO, Telefoni Italia Medio Orientale SA, acquisita nel 1926 da SIP, era la società italiana telefonica che operava nel centro Italia.

dimostrazione dell'ormai irrinunciabile utilità del telefono: si chiamava il posto pubblico prescelto, chiedendo di parlare con una data persona, il gestore si recava a casa di quest'ultima, concordando a quale ora questa si sarebbe dovuta recare al posto pubblico e poi tornava a riferire a chi aveva inoltrato la richiesta. Essendoci più chiamate, si poteva verificare di dover trascorrere alcune ore al posto telefonico pubblico in attesa del proprio turno. Bisognerà aspettare gli anni '70 per la teleselezione**,** servizio telefonico automatico che ha consentito, mediante la composizione di un prefisso specifico, di effettuare chiamate interurbane ed estere senza la mediazione di un centralino.

Il codice di procedura penale del 1988 (come il precedente) non contiene una definizione di intercettazione, così come non indica i soggetti nei cui confronti è possibile effettuare le intercettazioni. Con poche disposizioni (artt. 266-271 c.p.p.) vengono disciplinate le «intercettazioni di conversazioni o comunicazioni» nel capo IV, titolo III, libro III c.p.c. dedicato ai mezzi di ricerca della prova. Esse, a differenza ad esempio dell'ispezione o della perquisizione personale, non integrano un mezzo di ricerca della prova di natura coercitiva, ma incidono in modo insidioso [(99)] sulla segretezza delle comunicazioni e talora sulla inviolabilità domiciliare. È all'evidenza la maggiore facilità con cui, di fatto, una qualsivoglia intercettazione possa essere compiuta dalla polizia, a differenza delle perquisizioni personali o domiciliari, nelle quali la stessa presenza fisica dell'interessato (e comunque la consapevolezza da parte dell'inquisito

---

[(99)] Cfr. MARINELLI, *Intercettazioni processuali*, cit., 13. Coerentemente deve ritenersi che si collochi al di fuori di tale ambito l'occulta apprensione *propria aure* di una conversazione altrui, v. ad esempio il caso ricorrente dell'ufficiale di polizia giudiziaria, che all'insaputa dei dialoganti ascolti con le sue orecchie una conversazione a carattere riservato. Come sottolinea ILLUMINATI, *La disciplina processuale*, cit., 37, «l'elemento maggiormente caratterizzante si direbbe rappresentato dallo svolgimento dell'operazione mediante dispositivi elettronici o simili. Senza l'utilizzazione di tali strumenti potranno aversi forme di interferenza nella conversazioni private, ma non propriamente intercettazioni (ascoltare una telefonata, origliando alla porta di uno degli interlocutori, non vuol dire intercettarla)». Dello stesso segno TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, 323. *Contra*, tra gli altri, FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazione*, Milano, 1997, 8, che ha rilevato che «per intercettare è sicuramente necessario qualche insidioso accorgimento atto a rendere possibile la captazione della comunicazione e tale artifizio può consistere nell'uso di congegni di percezione o amplificazione del suono, ma l'intercettazione può attuarsi con il solo mezzo delle comuni facoltà sensoriali, come avviene nell'origliamento», dovendosi anche in questo caso «…osservare la disciplina dettata dagli artt. 266-271 c.p.p. e in particolare impiegarsi strumenti di registrazione per documentare quanto percepito a orecchio nudo». MARINELLI, *Intercettazioni processuali*, cit., 16 sottolinea che si deve ritenere essenziale la simultaneità tra lo svolgimento della comunicazione e la relativa captazione.

della limitazione che sta subendo) costituisce, già di per sé, un limite psicologico all'attività di funzionari ed agenti di polizia [100].

L'art. 266 c.p.p., comma 1, oggi vigente indica il campo di operatività delle disposizioni in tema di intercettazioni, non solo avuto riguardo ai 'casi', ma anche con riferimento ai tipi di comunicazioni intercettabili. Al riguardo è necessaria l'assoluta consapevolezza che le intercettazioni colgono situazioni 'irripetibili', con la conseguenza che, qualora le operazioni siano eseguite violando le rigorose regole che presidiano la materia, si determinano vizi procedurali insanabili e conseguenti situazioni di perdita irrimediabile delle prove emergenti dalle stesse. L'art. 271 c.p.c., quale disposizione di chiusura, prevede una speciale inutilizzabilità, escludendo dal processo tutto il materiale probatorio illegittimamente acquisito. Ai sensi dell'art. 271, comma 1, c.p.p., sono inutilizzabili i risultati delle intercettazioni «eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 commi 1 e 3».

Lo stesso art. 271 c.p.p. sembrerebbe riaffermare la regola della segretezza delle comunicazioni, colpendo con l'inutilizzabilità i risultati di captazioni difformi dallo schema legale [101].

È all'evidenza che la *ratio* della normativa vigente è quella di limi-

---

[100] Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 827 descrive la differenza tra i diversi mezzi di ricerca della prova (ispezione, perquisizione, sequestri): «L'*inspiciens* e i perquisenti operano ingerenze coattive su persone o cose, mirando ai segni dell'accaduto: uno guarda, l'altro rovista; e scovato qualcosa, lo sequestra. Sono mezzi scopertamente diretti alla ricerca della prova. Non è tale il quarto (e ultimo: artt. 266-71): l'intrusione vi risulta inavvertita da chi la subisce o, almeno, vuol esserlo: sfuma l'effetto utile quando gli spiati sappiano».

[101] V. in tal senso Corte cost., 7 maggio 1975, n. 120, in *Giur. cost*., 1975, 1271, la quale affermò che «nessun effetto probatorio» può derivare da intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità delle relative prescrizioni, le quali «debbono ritenersi come inesistenti». Ancora Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81, in *Giur. cost*., 1993, 732 ss., ha ribadito che «non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino». Si consulti sull'argomento Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001; Aprile – Spiezia, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano, 2004; Di Martino – Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001.

Cfr. decreto sulle intercettazioni illecite, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche. Tale decreto ha avuto per oggetto esclusivo i risultati di captazioni illegali, ovvero effettuate senza l'autorizzazione dell'a.g. Nulla è stato innovato invece per le intercettazioni processuali, il cui legittimo impiego rimane soggetto al regime stabilito negli artt. 266 c.p.p. ss. V. Marinelli, *Intercettazioni processuali*, cit., 29.

tare il sacrificio della segretezza delle comunicazioni [102], permettendone una compressione per finalità investigative da parte dell'autorità giudiziaria.

In realtà, la collocazione delle disposizioni disciplinanti le intercettazioni di conversazioni telefoniche, impone all'interprete di inquadrare tale strumento investigativo nel contesto delle regole generali in materia di ascolto delle comunicazioni vocali, nonché di tenere in debito conto l'art. 15 Cost. [103] e l'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti

---

[102] Si consulti sull'argomento Cass., sez. un., 28 maggio 2003, S., in *Cass. pen.*, 2004, 2094, in cui, tra gli *essentialia* dell'atto investigativo, si fa esplicito riferimento a strumenti tecnici di percezione, tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione della riservatezza del colloquio. Cfr. MARINELLI, *Intercettazioni processuali*, cit., 35. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazion*i, cit., 73 chiarisce la distinzione della riservatezza da quella del segreto: «Mentre la prima sarebbe rivolta contro l'abuso conseguente ad una conoscenza avvenuta legittimamente, la seconda sarebbe indirizzata alla repressione della conoscenza illegittima da altri conseguita del contenuto della comunicazione». La Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost*., 1973, 316 ss. definendo le garanzie indispensabili per la legittimità costituzionale delle intercettazioni, ha affermato che la segretezza delle comunicazioni può essere sacrificata per la necessità di prevenire e reprimere i reati. Con tale sentenza la Corte ha rilevato che l'art. 15 Cost. intende proteggere 2 distinti interessi: quello inerente alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire inerente ad un bene anch'esso di protezione costituzionale. È «il giudice che deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali». Del corretto uso del potere attribuitogli il giudice deve dare concreta dimostrazione con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo. Tali principi sono stati ribaditi da Corte cost., 23 luglio 1991, n 366, in *Giur. cost*., 1991, 2914 e in *Cass. pen.*, 1991, 914. In questo modo sono state poste in risalto le garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazion*i, cit., 148 sottolinea che negli anni '70 venne avvertito con particolare sensibilità il problema delle intercettazioni gestite dalle forze di polizia, al di fuori della sfera di controllo dell'autorità giudiziaria. «È profondamente diverso intercettare le telefonate in un ufficio giudiziario con la presenza di un magistrato, dal fare in proprio le intercettazioni mandando al magistrato quello che si vuole, cancellando manipolando omettendo», così l'On. Pinto nell'intervento alla Camera in sede di approvazione dell'art. 226 *quater* c.p.p. abrogato, in *Atti Camera, VII legislatura*, seduta del 12 maggio 1978.

[103] Il primo vero passo verso una visione garantista dell'istituto si compie, appunto, nel 1948 con l'art. 15 Cost.: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla

dell'Uomo [104], norme sovraordinate di riferimento per qualsiasi attività

---

legge». Azzali, *Prove penali e segreti*, Milano 1967, 92 osserva che l'art. 15 Cost., in questa sua seconda parte, appare dettato essenzialmente nella prospettiva degli atti di polizia giudiziaria. In realtà, il principio di inviolabilità del segreto epistolare figura enunciato anche all'art. 38 del codice postale e delle telecomunicazioni, 27 febbraio 1936, n. 645, in vigore dal 1° luglio 1936. A loro volta, gli artt. 11 e 12 dello stesso codice enunciano rispettivamente il dovere di segretezza degli addetti ai servizi postali e di telecomunicazioni (v. art. 24 reg. 18 aprile 1940, n. 689) e il divieto per l'estraneo di prendere visione od ottenere copia dei telegrammi o di altra corrispondenza. Disposizioni analoghe sono contenute nell'art. 31 della legge telefonica, t.u. 1903, n. 196 e nel d.l. 8 febbraio 1923, n. 1067 sulle comunicazioni senza filo. In relazione alla nozione di 'comunicazioni', Italia, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 32 ss. nota che «l'ampiezza della dizione…impedisce ogni interpretazione restrittiva», dunque risultano tutelate tutte le comunicazioni «telegrafiche, telefoniche, radioelettriche ed ottiche». Sui requisiti affinché una specifica manifestazione di pensiero rientri nella tutela offerta dall'art. 15 Cost., si veda per tutti Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 262 ss.

[104] L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848, dispone che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della corrispondenza (*toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance*). Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Va considerato che l'art. 8 è alla base della Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 n. 108 (ratificata anche dall'Italia con l. 98/1989) sul trattamento dei dati personali e delle sue numerose raccomandazioni collegate. Come sottolineano Bartole - Conforti - Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 311 ss., la nozione di 'corrispondenza', contenuta nello stesso citato art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è stata interpretata in senso estensivo, siccome idonea a ricomprendere non solo le comunicazioni interpersonali su supporto cartaceo, ma anche attraverso mezzi diversi, tipicamente il telefono (Corte EDU, 25 febbraio 1992, *Andersson c. Svezia*, A 226-A, par. 71) anche se dirette o provenienti da luoghi diversi dal domicilio (Corte EDU, 25 giugno 1997 *Halford c. Regno Unito*, Raccolta, 1997, 1004, par. 44). Alla Corte sono state sottoposte numerose questioni connesse con la legittimità di procedure di intercettazione telefonica. Nel caso Malone (Corte EDU, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, A 82) la Corte ritenne in primo luogo che la normativa inglese allora vigente non fosse sufficientemente chiara in ordine ai casi in cui l'intercettazione era lecita e alle procedure da seguire ed in secondo luogo che l'acquisizione dell'operatore di telecomunicazioni di dati relativi ai numeri chiamati, senza il consenso dell'abbonato, fosse contrario all'art. 8. Le lacune dell'ordinamento francese sono anch'esse state giudicate come violazione in altri tre

ermeneutica del fenomeno captativo [105].

In merito la legge stabilisce sia le modalità che le circostanze per cui è possibile effettuare le intercettazioni telefoniche, anche se non prevede una graduazione del potere limitativo della segretezza delle comunicazioni in relazione alla gravità del caso e alle connesse necessità dell'accertamento. Infatti, l'art. 15 Cost., dopo aver imposto il dovere di non violare, ne consente una limitazione nei casi e nei modi stabiliti dalla legge e, a maggior ragione, tutte le volte che sia concorrente un interesse costituzionalmente garantito [106].

---

casi (v. ad es. Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia,* A 176-A), come pure quelle dell'ordinamento svizzero (Corte EDU, 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*). Riguardo al termine 'rispetto' (della sua vita privata e familiare…), di cui all'art. 8 di cui si tratta, come sottolinea Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, cit., 38, esso è atto a ricomprendere tutte le possibili violazioni della vita privata: consistano esse in attività volte ad apprendere notizie o a divulgarle o in comportamenti che comunque turbino la vita privata. A Cataudella, pertanto, non sembra convincente la proposta di leggere 'rispetto' come equivalente di 'non ingerenza', come qualche autore ha tentato di fare, vedi ad esempio Traverso, *Riservatezza e diritto al rispetto della vita privata*, in *Riv. dir. ind*., 1963, 2, 40. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, cit., 42 ss. sottolinea come, riconosciuta l'efficacia della tutela garantita dall'art. 8 della Convenzione anche nei rapporti interprivati, essa sia estesa, oltre la sfera individuale, alla sfera familiare, anche se a parere del citato autore, risulta difficile fornire una definizione di 'vita privata' e di 'vita familiare' e parimenti difficile redigere un 'catalogo' delle situazioni protette. «La nozione di vita privata comprende sicuramente il (ma non si limita al) diritto alla riservatezza, inteso come diritto a non vedere appresi e diffusi dati e notizie relativi alla propria sfera privata». È pacifico che essa si estenda anche alla vita di relazione (v. Corte EDU, 16 dicembre 1992, *Niemetz c.Germania*, A 251-B, par. 29; Corte EDU, 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, Raccolta, 1996, 915, par. 25). Cfr. S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, cit., 306 ss. Del resto la Corte, esaminando fatti e circostanze di causa, ha cercato di adattare le proprie decisioni ai mutamenti sociali e di sentimento collettivo. Secondo Cass., sez. V, 28 novembre 2007, n. 1766, in *www.leggiditalia.it*, «…è vita privata il sorseggiare un caffè in compagnia in casa propria, non meno che avervi rapporti sessuali».

[105] Si consulti sull'argomento Lupária - Ziccardi, *Investigazione penale*, cit., 162.

[106] In tal senso Cass., sez. un., 24 settembre 1998, n. 21, in *Arch. nuova proc. pen*., 1998, n. 4, 539. V. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazion*i, cit, 39 – 42. Come sottolinea Caprioli, *Le disposizioni in materia di intercettazioni e perquisizioni*, in Aa.Vv., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantism*i, Torino, 2003, 19, è opinione comune che la previsione di un'attività intercettiva *ante delictum* non sia di per sé inconciliabile con il disposto dell'art. 15 Cost., avendo la stessa Corte costituzionale precisato, sia pure *incidenter tantum*, che il diritto alla segretezza delle comunicazioni può essere legittimamente sacrificato anche all'esigenza di prevenire la commissione di reati (v. Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit., con nota di Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*).

È pur vero, come sottolinea dottrina autorevole [107], che tale disposizione tutela, oltre alla libertà della corrispondenza e delle comunicazioni, anche la loro segretezza [108] e inibisce ingerenze volte ad apprendere notizie affidate a un mezzo di comunicazione, quale che ne sia la natura.

Unitamente all'art. 15 Cost., gli artt. 13 e 14 Cost. tutelano anch'essi la sfera privata, difendendola da forme di ingerenza volte all'apprendimento di notizie e non alla loro diffusione [109]. L'art. 13 Cost., infatti, quando vieta ogni forma di «ispezione o perquisizione», impedisce anche intromissioni nella sfera fisica altrui, volte a procurarsi notizie. L'art. 14 Cost., tutelando il domicilio, assicura all'individuo un ambito spaziale sottratto alle ingerenze altrui e, pertanto, lo difende anche dalle intromissioni in quest'ambito, volte a conoscere aspetti della sua vita privata.

Quanto alle garanzie della riservatezza, esse sono universalmente contemplate nel principio di 'non interferenza' nella vita privata individuale, posto dall'art**.** 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, per cui «nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze

---

[107] Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, cit., 27.

[108] Cfr. Marinelli, *Intercettazioni processuali*, cit., 11. Si consulti sull'argomento Corte cost., 6 aprile 1993, n. 81, cit., che ha affermato: «…In forza dell'art. 15 della Carta fondamentale va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possono portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo e al luogo dell'intercorsa comunicazione». Con tale sentenza, infatti, in tema di tabulati telefonici e della idoneità degli stessi a costituire mezzo di prova del reato di molestie telefoniche, la Corte costituzionale includeva nell'ambito della garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. la segretezza dei dati esterni alla comunicazione, sostenendo in particolare che il requisito della confidenzialità della corrispondenza comprende "non solo la segretezza del contenuto, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa". A tale proposito si specifica che l'acquisizione dei tabulati, a lungo regolata da soluzioni giurisprudenziali, ha finalmente formato oggetto di una specifica disciplina contenuta nella l. 26 febbraio 2004, n. 45. L'art. 3 della novella, recante modifiche all'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003, prevede, nel comma 3, un'articolata previsione volta ad assicurare una maggiore tutela del diritto alla riservatezza dei diretti interessati e dei terzi, fissando precisi limiti temporali alla conservazione delle informazioni e regolandone l'afflusso nel procedimento, attraverso il provvedimento dell'autorità giudiziaria o le indagini difensive ai sensi dell'art. 391 *quater* c.p.p. In argomento v. Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, 594; Capoccia, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cass. pen.*, 2005, 1, 289; Aprile - Spiezia, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 139 ss.

[109] L'affermazione che le norme a difesa del domicilio tutelino anche la vita privata è corrente in dottrina, v. ad. es. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, cit., 89.

arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni» [110].

Degne di nota sono anche le analoghe tutele contenute nell'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici, predisposti dall'O.N.U. e reso esecutivo con la legge 25 ottobre 1977, n. 881. Più specificatamente gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), sottoscritta e proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, dispongono che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni» e che «ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

Ad ogni modo autorevole dottrina [111] sottolinea che il limite alla libertà e segretezza delle comunicazioni è giustificato con il richiamo alla tutela di superiori esigenze di giustizia allo scopo di assicurare l'esercizio dell'azione penale [112] e, cioè, proteggere un interesse di non minore rilevanza costituzionale [113]. È all'evidenza che un sano buon senso induce a ritenere che una totale compressione della libertà e segretezza di comunicazione può essere giustificata solo da esigenze di giustizia effettivamente 'superiori' [114].

Quanto al profilo dell'intenzione del legislatore (artt. 267, comma 4, e 271 c.p.p.), si potrebbe individuare nell'esigenza di reprimere eventuali abusi della polizia giudiziaria e della magistratura nell'impiego di tale strumento, piuttosto che nella finalità di neutralizzare, sul piano proces-

---

[110] Si consulti sull'argomento Corasaniti, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, cit., 93.

[111] Bevere - Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano 2006, 131 ss.

[112] L'art. 112 Cost. recita: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

[113] V. Cass., sez. VI, 8 maggio 1992, C., in *Cass. pen.*, 1994, n. 146.

[114] Ad esempio, il ricorso alle intercettazioni ambientali può rappresentare un ragionevole costo sociale per fronteggiare una feroce criminalità organizzata. Si consulti sull'argomento Bevere - Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, cit., 137. V. altresì Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it*., 1996, I, 1253 ('caso Re Cecconi').

suale, qualsiasi captazione non rispondente ai requisiti normativi. Del resto, al giudice non è consentita alcuna commisurazione del *quantum* di compressione di libertà in funzione della gravità del reato e delle esigenze investigative emerse nel procedimento, non essendo possibile circoscrivere l'impiego degli strumenti o delle modalità più invasive ai casi di maggior rilievo. A tale proposito, vi è stato chi ha osservato come [115], ripetutamente, la legge abbia sacrificato eccessivamente il diritto alla segretezza delle comunicazioni, laddove abbia esteso la sfera penalistica a fattispecie di scarsa gravità e limitato allarme sociale, come quelle di ingiuria, minaccia, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, ai sensi dell'art. 266, comma 1, lett. f) c.p.p.

Ad ogni modo, la legge attribuisce al pubblico ministero la scelta delle modalità esecutive delle intercettazioni (art. 267, comma 3, c.p.p.) [116]. Al fine di evitare che l'esecuzione delle operazioni si svolga senza il controllo dell'autorità giudiziaria, l'intercettazione delle conversazioni o comunicazioni, di regola, può essere compiuta esclusivamente per mezzo degli impianti installati presso la Procura della Repubblica. «Tuttavia, quando gli impianti risultano insufficienti o inidonei ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni, mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria (art. 268, comma 3 c.p.p.)» [117].

Ma vi è di più: l'art. 268, comma 3 *bis*, c.p.p., consente al pubblico ministero di disporre che le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati [118].

A tale proposito, come sottolinea autorevole dottrina [119], merita ricordare che, nonostante la previsione dell'art. 268, comma 3 *bis*, c.p.p., l'organo dell'accusa dovrà sempre e comunque motivare circa la inidoneità delle apparecchiature a sua disposizione, dando conto delle ragioni che costringono a ricorrere a una modalità operativa, quella dell'impiego di impianti privati, che rende più ragguardevole la lesione del diritto

---

[115] Marinelli, *Intercettazioni processuali*, cit., 71.

[116] A norma dell'art. 267, comma 4, c.p.p. il pubblico ministero dovrebbe, inoltre, sempre procedere direttamente alle operazioni, anche avvalendosi dell'opera di un ufficiale di polizia giudiziaria.

[117] Per Cass., sez. IV, 26 settembre 2002, n. 40790, D., in *CED Cass.*, *rv* 223087, il decreto con il quale il pubblico ministero dispone l'esecuzione delle intercettazioni non deve contenere l'indicazione nominativa dei soggetti che procederanno materialmente all'espletamento di tale attività.

[118] Introdotto dalla l., 23 dicembre 1993, n. 547.

[119] Luparia - Ziccardi, *Investigazione penale*, cit., 163 s.

costituzionalmente tutelato e più difficoltoso il controllo dell'autorità giudiziaria «volto ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e nei limiti dell'autorizzazione [120]».

In altri termini, la motivazione relativa alla insufficienza o alla inadeguatezza degli impianti della Procura della Repubblica non può limitarsi a dare atto semplicemente della necessità di procedere in tal senso, ma deve anche spiegare la ragione della insufficienza o della inidoneità, sia pure mediante una indicazione sintetica [121].

Per certo, il problema principale, come qualcuno ha sottolineato [122], è verificare se risultino concretamente rispettate le due fondamentali garanzie desumibili dalla norma costituzionale: previsione normativa dei casi, dei modi e delle garanzie che rendono legittima l'aggressione al diritto individuale; esistenza di un atto motivato dell'autorità giudiziaria.

5. *Diritto all'informazione e interessi in gioco*

L'art. 21, comma 1, Cost., afferma un pieno diritto soggettivo alla libera manifestazione del pensiero, con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

---

[120] Secondo il risalente, ma sempre attuale, insegnamento della Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

[121] Per Cass., sez. I, 18 giugno 2003, n. 27307, D., in *CED Cass.*, per impianto inidoneo, ai sensi dell'art. 268, comma 3, c.p.p., tale da giustificare l'utilizzo di impianti diversi da quelli esistenti presso la Procura della Repubblica, deve intendersi non solo quello che non funzioni materialmente, ma anche quello che, pur essendo disponibile e funzionante, non riesca a raggiungere nel caso concreto lo scopo a cui è preposto, in relazione al reato per cui si procede e alla tipologia di indagine necessaria per il suo accertamento. Risulta, altresì, interessante sull'argomento Cass., sez. II, 14 dicembre 2009, n. 47372, N., in *www.leggiditalia.it*, secondo cui la situazione di assoluta indisponibilità degli impianti attesta, di per sé, l'oggettiva sussistenza della causa impeditiva al loro uso, mentre una motivazione più ampia è necessaria quando si prospettino esigenze investigative in funzione delle quali si ponga piuttosto un problema di inidoneità tecnica degli impianti che può essere la conseguenza di una molteplicità di cause, richiedendosi allora una più completa motivazione, estesa anche alle valutazioni afferenti alla tipologia delle indagini.

[122] V. sull'argomento Caprioli, *Le disposizioni in materia di intercettazioni e perquisizioni*, cit., 18, il quale evidenzia che l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telematiche va eseguita mediante 'impianti installati presso la Procura della Repubblica o presso altre idonee strutture individuate dal procuratore che concede l'autorizzazione', in base a quanto stabilito dall'art. 5, comma 3, d.l. n. 374 del 2001, conv. in l. 15 dicembre 2001, n. 438, recante *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*. Secondo tale autore, nella sua laconica formulazione, la norma lascia intendere, in primo luogo, che l'individuazione delle strutture alternative potrà essere effettuata dal Pubblico Ministero, a prescindere

Vi è stato chi ha sottolineato che per il giornalista tale diritto di manifestare il proprio pensiero si esprime nel diritto di informare (è il suo ruolo) [123], che trova ragione d'essere nel diritto di essere informati da parte dei lettori.

Dall'altra parte esiste pure altro valore, anch'esso costituzionalmente protetto: quello dello svolgimento del processo e di assicurare i colpevoli alla giustizia (art. 111 Cost.). È allora dal bilanciamento di questi due valori che scaturirà quello che dovrà prevalere.

L'art. 2 della legge n. 69 del 1963 recita: «È diritto insopprimibile dei giornalisti la libertà di informazione e di critica, limitata dall'osservanza delle norme di legge dettate a tutela della personalità altrui ed è loro obbligo inderogabile il rispetto della verità sostanziale dei fatti, osservati sempre i doveri imposti dalla lealtà e dalla buona fede. Devono essere rettificate le notizie che risultino inesatte e riparati gli eventuali errori. Giornalisti e editori sono tenuti a rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie, quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse, e a promuovere lo spirito di collaborazione tra colleghi, la cooperazione fra giornalisti e editori, e la fiducia tra la stampa e i lettori». Se ne desume che il ruolo del giornalista è estremamente delicato, considerato che l'esercizio della libertà di espressione deve avvenire correttamente, evitando di compromettere il godimento di diritti altrui.

La stessa CEDU, all'art. 10 [124], nella sua concezione più ampia, che

---

sia dalla 'insufficienza' o 'inidoneità' degli impianti installati presso la Procura, sia dal ricorrere delle 'eccezionali ragioni d'urgenza' cui allude l'art. 268, comma 3, c.p.p., con la conseguenza che il provvedimento autorizzativo potrà essere sostanzialmente immotivato; in secondo luogo, che tali strutture alternative non dovranno necessariamente coincidere con gli impianti 'di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria' menzionati nella norma codicistica. All'origine di questa seconda scelta vi è forse la ritenuta inopportunità di coinvolgere le strutture operative della polizia giudiziaria in attività che sono - e devono restare - di polizia preventiva.

[123] *Ex plurimis*, cfr. Colarullo, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Torino, 2003, 8.

[124] Art. 10 CEDU: «Libertà di espressione. – 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

comprende anche la libertà di informazione, è indirizzata potenzialmente ad un numero indeterminato di soggetti attraverso i media e, nell'epoca attuale, anche tramite i mezzi telematici e multimediali, che utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La Corte EDU [125] afferma che: *Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment*, mettendo in rilievo un aspetto pubblico e un aspetto individuale della libertà di espressione.

Per quanto riguarda la pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni telefoniche [126] effettuate nel corso di indagini giudiziarie (argomento che interessa in questa sede), il Garante già nel 1997 [127] precisava,

---

[125] Corte EDU, 21 gennaio 1999, n. 25716/94, *Janowski v. Polonia*, in *Reports*, 1999-I, 199. Si consulti sull'argomento Migliazza, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, 74.

[126] La problematica relativa alla pubblicazione di intercettazioni telefoniche e, quindi, al rapporto tra diritto alla riservatezza e diritto all'informazione, è stata oggetto di varie pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, v. ad es. Corte EDU, 17 luglio 2003, in *Guida al dir*., 2003, n. 33, 108; in *D&G*, 2003, n. 33, 80; in *Rep. foro it*., 302, riguardante il caso della indebita divulgazione da parte della stampa nazionale di ampi estratti delle conversazioni di Craxi, di cui una buona parte aveva natura strettamente personale: «Devono essere predisposti idonei mezzi di tutela per impedire la divulgazione di informazioni di natura riservata, poiché ciò può contrastare con le garanzie previste dall'art. 8 della convenzione; inoltre, quando si verifica una simile diffusione, l'obbligo positivo connesso al rispetto effettivo della vita privata comporta l'obbligo di condurre indagini effettive (nella fattispecie, erano stati pubblicati su organi di stampa ampi brani di trascrizioni di intercettazioni telefoniche depositate dal p.m. nella propria segreteria e non acquisite al fascicolo per il dibattimento); la disapplicazione di un meccanismo processuale, in astratto idoneo a tutelare un diritto previsto dalla convenzione, senza che il giudice nazionale offra una pertinente spiegazione, comporta una violazione del diritto leso (nella fattispecie, la lettura in udienza di intercettazioni disposte «al fine di agevolare la ricerca del latitante», *ex* art. 295 c.p.p., non era stata preceduta dall'udienza di stralcio delle conversazioni non rilevanti di cui all'art. 268 c.p.p., benché la prima disposizione richiami la disciplina della seconda «ove possibile», senza che il tribunale motivasse sul punto)». V. altresì, sull'argomento, il caso *Dupuis c. Gov. Francia*, oggetto di Corte EDU, 7 giugno 2007, in *Dir. inf.*, 2007, 741: «La pubblicazione di atti e di intercettazioni telefoniche contenute in un fascicolo processuale coperto da segreto istruttorio non può essere considerata in modo automatico come commissione di un illecito; spetta allo stato individuare e provare in che modo la pubblicazione da parte di un giornalista di atti riservati lede il diritto al processo equo e alla presunzione di innocenza di un individuo citato in un articolo; un'ammenda pecuniaria, che il giornalista è tenuto a pagare a seguito di un'azione civile contro di lui, può costituire un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione anche qualora sia di modesta entità, perché può determinare un effetto dissuasivo su colui che fornisce notizie».

[127] *Autorità del Garante*, 16 ottobre 1997, in Bollettino n. 2/1997, 71. Si consulti sull'argomento Garante per la protezione dei dati personali, *Privacy e giornalismo*, a cura di Paissan, 153-156, in *www.garanteprivacy.it*.

in primo luogo, che il giornalista ha l'obbligo di acquisire lecitamente i documenti relativi alle trascrizioni delle intercettazioni, nonché di applicare il principio di pertinenza rispetto alle finalità perseguite e di essenzialità dell'informazione. Nel caso portato all'attenzione del Garante la ricorrente lamentava che varie testate giornalistiche avessero riportato ampi stralci di intercettazioni effettuate nel corso di un'indagine a carico di un congiunto, riferendo anche parti di conversazioni aventi carattere strettamente privato. Su quest'ultimo punto l'Autorità ha dato ragione alla ricorrente, riconoscendole una «legittima aspettativa al riserbo per ciò che riguarda quelle parti delle conversazioni che attengono a comportamenti strettamente personali non connessi al contesto giudiziario, o che possono riguardare, a maggior ragione, la sfera della vita sessuale».

In un caso diverso, affrontato nel 2002 [(128)], la segnalazione al Garante è provenuta da un giornalista, che lamentava la pubblicazione, da parte di una agenzia di stampa, di trascrizioni di intercettazioni, disposte sulla propria utenza nel corso di una indagine giudiziaria a suo carico, contenenti anche notizie su aspetti relativi alla vita privata. Anche in questo caso, il Garante ha ricordato che, in applicazione del principio di essenzialità dell'informazione, il giornalista deve effettuare un «attento vaglio sulle notizie acquisite e sulla liceità della loro raccolta, evitando di diffondere le informazioni che attengano a comportamenti strettamente personali non direttamente connessi all'inchiesta giudiziaria».

In realtà, come sottolinea qualche autore, questo è lo scenario [(129)]: ogni persona necessita di informazione, ognuno è libero di manifestare il proprio pensiero e quindi di informare la collettività, ogni soggetto merita di essere tutelato rispetto ad illegittime forme di invasione nei confronti del valore della sua personalità. Ogni libertà non ha una estensione assoluta: ad ogni libertà sono connaturati dei limiti. Così è anche per il diritto di cronaca; in suo nome, infatti, non è consentita qualsivoglia diffusione di notizie lesive dell'altrui onore, reputazione e riservatezza; esso va coordinato con altri principi di rango costituzionale, come quello che sancisce il rispetto dell'altrui personalità.

Ovviamente, nel momento in cui il diritto di cronaca è esercitato, si invade inevitabilmente la sfera privata e, in assenza di indicazioni sicure, il bilanciamento tra valori costituzionali risulta quanto mai incerto [(130)].

[(128)] *Autorità del Garante*, 11 aprile 2002, in Bollettino n. 27/2002, 6. Si consulti sull'argomento Garante per la protezione dei dati personali, *Privacy e giornalismo*, a cura di Paissan, 157-161, in *www.garanteprivacy.it*.

[(129)] V. ad es. Rizzo, *Stampa e diritto di cronaca nella giurisprudenza*, in Biscontini - Marucci, *Lealtà dell'informazione e diritto di cronaca*, Napoli, 2002, 98 s.

[(130)] Saccucci, *Diritto di essere informati e tutela della vita privata: un difficile (ma necessario) bilanciamento*, in *I diritti dell'uomo*, 1/10, 44 – 46.

Le difficoltà interpretative emergono, in modo tanto più evidente, laddove si ponga mente alla continua espansione ed evoluzione dei diritti fondamentali legata ai bisogni che la società manifesta in un determinato momento storico, ai progressi della tecnica e del sapere, cosicché valori e diritti, che un tempo non venivano riconosciuti, in epoche successive, risultano pacificamente approvati e tutelati. Lo stesso art. 2 Cost., concepito come fattispecie aperta, consente di riconoscere tra i diritti inviolabili, non solo i diritti e le libertà espressamente riconducibili al testo costituzionale, ma tutte le nuove domande di libertà, i 'nuovi diritti' che emergono dalla società odierna [131].

È all'evidenza che, ad ogni limitazione del diritto di cronaca, corrisponda una limitazione del diritto dei cittadini di essere informati. Al contempo, la stessa riformulazione dell'art. 111 Cost., operata a mezzo della l. cost. 2/1999, ha previsto al suo comma 3, che l'informativa, da dirigere alla persona «accusata di un reato», sia effettuata «riservatamente» [132].

Vi è stato chi ha osservato come [133], alla preoccupazione del legislatore di fissare modalità e limiti rigorosi per le operazioni di intercettazione, non abbia corrisposto altrettanta attenzione per la tutela della *privacy* delle persone (tanto più se estranee alla vicenda processuale) [134] sul versante della pubblicazione dei colloqui intercettati, soprattutto quando essi non siano pertinenti all'oggetto del procedimento. Spesso, infatti, capita che venga sacrificato pesantemente il diritto dei terzi alla riservatezza, a causa della inutile divulgazione di colloqui delicati, imbarazzanti o, comunque, riservati, poi soppressi per la loro irrilevanza o inutilità [135].

---

[131] Si consulti sull'argomento Gardini, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2005, 40.

[132] V., *ex plurimis*, Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, 58.

[133] V. Grevi, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in Aa.Vv., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 17 (già in Aa.Vv., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 255).

[134] Il Garante per la protezione dei dati personali, con il provvedimento del 21 giugno 2006, in *www.garanteprivacy.it*, è intervenuto in relazione alla pubblicazione di intercettazioni telefoniche da parte di numerose testate giornalistiche, per sottolineare come sia necessario, fermo restando il diritto all'informazione, assicurare la tutela dei diritti di soggetti coinvolti dalla pubblicazione di tali intercettazioni, ma estranei ai fatti in oggetto, persone lese dai fatti, o che non risultino, comunque, al momento della pubblicazione, indagati. Nello specifico, il provvedimento prescrive "ai titolari del trattamento in ambito giornalistico di conformare, con effetto immediato, i trattamenti di dati personali relativi alla pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni telefoniche a tutti i principi affermati dal medesimo Codice e dall'allegato codice di deontologia per l'attività giornalistica".

[135] V. sull'argomento Di Martino – Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 147 s.; in senso conforme D'Ajello, *Le intercettazioni di conversazioni o comu-*

Fermo restando che, sulla base delle risultanze a livello costituzionale, il diritto alla riservatezza si staglia quale 'diritto dell'uomo' «a sé stante» [136], tutelato in quanto tale dal sistema giuridico, che lo presuppone a se stesso, va valutata la necessità di apprestare una disciplina per garantire la privatezza degli interlocutori casualmente 'attinti' dalle intercettazioni, senza avere alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento.

È pur vero, come ha sottolineato autorevole dottrina [137], che oggi esistono strumenti tecnici in grado di riconoscere e selezionare la voce da intercettare e registrare e che, con l'ausilio di questi congegni, si può evitare il sacrificio per la *privacy* di persone estranee alle indagini, restando solo da selezionare, tra le comunicazioni della persona sottoposta alle indagini, quelle rilevanti per il procedimento. Ci si rende conto, infatti, che spesso il dialogo intercettato risulta 'tagliato' e il senso della comunicazione interrotto, laddove l'interlocutore sia persona estranea alle indagini, ma se anche costui assumesse la veste di persona sottoposta alle indagini, pure le sue comunicazioni potrebbero essere intercettate e il dialogo acquisterebbe pieno significato.

D'altra parte**,** numerosi possono essere i casi in cui si mostra necessario ricorrere alla intercettazione di soggetti estranei alle indagini, si pensi all'utilità di un'intercettazione telefonica disposta sull'utenza dei familiari del sequestrato a scopo di estorsione, per acquisire notizie circa le eventuali trattative per il pagamento del riscatto; si pensi, ancora, all'ipotesi in cui si possiedano gravi elementi per ritenere che taluno sia sottoposto a richieste estortive che non ha voluto denunciare [138]. A tale proposito, vi è stato chi ha osservato che escludere [139], in questi e simili casi, il ricorso all'intercettazione, significherebbe «limitare di molto le potenzialità del mezzo ed offrire un facile destro per eluderlo: non utilizzare la propria utenza telefonica, bensì quella di un amico ovvero un apparecchio pubblico».

6. *Considerazioni conclusive*

Non è facile porre le conclusioni su un problema così vasto e com-

---

nicazioni, in *Riv. pen. econ*., 1990, 112; Grevi, *Prove (Libro III)*, in Conso - Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, 285.

[136] Cfr. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1065.

[137] Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 54.

[138] Risulta interessante sull'argomento Gatti, *Il controllo del g.i.p. sull'attività di indagine del p.m.: incidenti probatori, intercettazioni telefoniche, misure cautelari reali*. *Quaderni C.S.M.*, n. 81, 1995, 230. V., altresì, Di Martino –Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, cit., 47.

[139] Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 121.

plesso, di cui si è voluto tracciare solo qualche linea guida di conoscenza e di riflessione.

È, comunque, all'evidenza che la disciplina delle intercettazioni telefoniche, inevitabilmente, finisca per incentrarsi su un problema di bilanciamento di valori, potenzialmente in conflitto tra loro, che dovrebbero, dunque, trovare un contemperamento accettabile.

La magistratura deve essere in grado di svolgere al meglio il suo lavoro e le intercettazioni sono uno strumento utile, a volte decisivo, per contrastare criminalità e corruzione. La Costituzione tutela la libertà d'espressione e afferma che «La stampa può essere soggetta ad autorizzazioni o censure». Tutti i cittadini hanno diritto ad essere informati, ma anche di parlare al telefono e va rispettato il diritto alla riservatezza delle persone.

Da un lato, ad ogni limitazione del diritto di cronaca, corrisponde una limitazione del diritto dei cittadini di essere informati; dall'altro, come sottolinea risalente dottrina autorevole quella protezione che il diritto istintivamente sente di dover conferire alla immagine individuale [(140)], non deve negarsi alla voce: «Ed invero, la personalità individuale non è impressa nella voce meno che nell'immagine… La persona vive moralmente attraverso le proprie opinioni e i propri sentimenti, e il riserbo su questi costituisce un bene strettamente personale».

Vi è stato chi, più di quarant'anni or sono, asseriva che la differente natura dell'interesse che si contrappone all'interesse alla prova non lascia adito a soluzioni di compromesso [(141)]: o l'uno o l'altro interesse, nella sua interezza, deve soccombere. Se la notizia che costituisce la prova si identifica con quella cui si riferisce il segreto, o la contiene, l'alternativa è ineluttabile: o si viola il segreto o si rinuncia allo strumento probatorio. Per certo, quanto asserito da tale autore non poteva essere riferito alle intercettazioni telefoniche, dato che nel periodo di cui si tratta non era ancora molto diffuso l'uso dei telefoni.

Di intercettazioni telefoniche, invece, si è parlato molto negli ultimi anni [(142)], sia a livello politico, sia a livello normativo ed è stata avvertita, con sempre maggiore urgenza, l'esigenza di una riforma organica della materia, di fronte al moltiplicarsi di continue e, a volte, illegittime interferenze nella vita privata dei cittadini e al dilagare di fenomeni di divulgazione incontrollata delle intercettazioni.

[(140)] De Cupis, *Il diritto all'onore e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1948, 73.

[(141)] Azzali, *Prove penali e segreti*, cit., 7 s.

[(142)] Tale tematica è stata oggetto, a Roma, il 31 marzo 2009, del convegno *Privacy ed intercettazioni. Non solo telefonate (un giusto equilibrio tra norme e tecnica)*, organizzato dalla rivista *Il nuovo diritto* e dall'associazione *Cittadini di internet*, che ha visto la partecipazione di qualificati studiosi della materia e una notevole affluenza di pubblico.

A tale proposito, tuttavia, vi è stato chi ha sottolineato che il modo di dire [143], invalso nell'uso comune, «Siamo tutti intercettati», non è altro che «una leggenda, alimentata da una bizzarra aritmetica "empirica", che galleggia su una illusione statistica», in quanto il numero dei decreti, con i quali i G.I.P. autorizzano le intercettazioni chieste dai P.M., non equivale al numero delle persone sottoposte ad intercettazione. Infatti 'telefoni intercettati' non significa 'persone intercettate', perché ci possono essere più utenze, peraltro il numero di autorizzazioni risente anche del numero di apparecchi o di schede usati dal medesimo indagato. Allo stesso modo, affermare che «Le intercettazioni siano uno spreco» è vero, ma falso, nel senso che è vero, non perché se ne facciano troppe, ma perché lo Stato affitta presso società private le apparecchiature usate dalla polizia. Prima di dire che le intercettazioni siano inutili, andrebbe bilanciato il loro costo con i risultati processuali propiziati, in altri termini, i costi andrebbero valutati anche in termini di benefici (v. ad es. confisca di patrimoni e via di seguito).

Certo, il costo dell'intercettazione, attualmente, varia da regione a regione, a seconda del relativo contesto. Pertanto, sarebbe necessario attivare nuove convenzioni con le compagnie telefoniche, aggiornando protocolli d'intesa, ormai fuori mercato, studiare soluzioni che consentano alle Procure della Repubblica di dotarsi di apparecchiature, attraverso forme contrattuali che garantiscano l'aggiornamento e la manutenzione delle stesse [144].

Il Governo sta cercando di modificare il regime delle intercettazioni telefoniche: il disegno di legge n. 1611 del 10 giugno 2010 [145], proposto dal ministro Alfano, in materia di intercettazioni, attualmente all'esame della Commissione Giustizia della Camera, delinea una nuova disciplina del divieto di pubblicazione degli atti di indagine, assai più drastica di quella oggi vigente.

I nuovi principi del disegno di legge, di cui si tratta, sono essenzialmente i seguenti: le intercettazioni scattano solo se ci sono «gravi indizi di colpevolezza»; la durata degli ascolti è di 30 giorni prorogabili di altri 15 e, se emergono elementi nuovi, di ulteriori 15; ad autorizzarle è un

---

[143] Ferrarella, *Leggende spacciate per verità*, in *Corriere della Sera*, 10 giugno 2008.

[144] È interessante sull'argomento Ferrarella –Guastella, *Intercettazioni, Milano taglia costi e durata*, in *Corriere della Sera*, 19 novembre 2010, in cui viene rappresentato il caso di un procuratore milanese che, con una circolare, ha fissato in € 10,00 più I.V.A., al giorno, il costo di ogni utenza intercettata (si consideri che Milano era uno degli uffici che spendeva di più (in media € 22,00 al giorno per utenza intercettata).

[145] In *www.altalex.it*.

Tribunale collegiale distrettuale; è previsto un tetto di spesa annuale ripartito, dal ministro, per ciascun distretto di Corte d'appello; i verbali delle intercettazioni sono conservati presso l'ufficio del P.M. ed è vietato allegare il fascicolo dell'indagine; la pubblicazione di conversazioni irrilevanti, di cui sia ordinata la distruzione, è punita con carcere fino a 3 anni; è reato pubblicare (anche per riassunto o nel contenuto) qualunque atto di indagine fino all'inizio del dibattimento.

Tale legge, è stato affermato, non serve a ricomporre un 'nuovo equilibrio virtuoso', pertanto si prospetta «come un coperchio mal messo su una pentola in ebollizione» [(146)].

Il problema, a dire di qualcuno, è quello di evitare abusi [(147)], creando le condizioni, affinché il G.I.P. non conceda l'autorizzazione in mancanza di presupposti previsti dal codice di procedura penale e, a maggior ragione, non conceda proroghe, se non adeguatamente motivate o con provvedimenti 'fotocopia' o contenenti mere formule di stile. La soluzione non sarebbe quella di mandare in carcere i giornalisti, come prevede il testo del governo e, allora, sarebbero possibili due soluzioni, tra loro non antitetiche: un maggiore controllo con conseguenti sanzioni disciplinari, da parte del consiglio dell'ordine dei giornalisti, che ha il dovere di far rispettare un codice deontologico o la previsione di una sanzione pecuniaria da parte del Garante della *privacy* per chi illecitamente pubblica atti processuali.

In realtà, si tratta solo di capire se le misure che il Governo intende adottare siano ragionevoli o meno e se siano in linea con le necessità investigative e con il diritto dei cittadini alla riservatezza.

Vi è stato chi [(148)] ha sottolineato che, se fosse stato approvato il disegno di legge, già all'esame della Commissione Giustizia della Camera, si sarebbe determinato nel sistema un vero e proprio «sbarramento» di tipo assoluto alla pubblicazione di qualunque notizia circa il contenuto degli atti di indagine «non delle sole intercettazioni, si badi, costituenti un capitolo a sé, ma anche di perquisizioni, sequestri, accertamenti tecnici, interrogatori, informazioni testimoniali..», pur trattandosi di atti non più coperti da segreto. Considerate le esigenze di una opinione pubblica sempre più desiderosa di conoscere gli aspetti rilevanti delle inchieste penali, c'è, allora, da domandarsi se non sia il caso di cambiare radicalmente l'impostazione del problema, partendo da una rigorosa definizione

---

[(146)] Gentili, *Il coperchio sull'informazione*, in *Sole 24 Ore*, 22 maggio 2010.

[(147)] Pisapia, *Necessità investigative e diritto alla privacy: prospettive e limiti delle intercettazioni*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1/10, 70 - 72.

[(148)] V. Grevi, *Intercettazioni, indagini e divieto di pubblicazione. Sos per la cronaca giudiziaria*, in *Corriere della Sera*, 16 febbraio 2009, 22.

dell'area di segretezza degli atti d'indagine e stabilendo che sia vietata, con adeguate sanzioni anche penali, la pubblicazione soltanto degli atti così individuati come segreti, mentre, per gli altri atti, la pubblicazione dovrebbe essere di regola consentita ed anzi, a certe condizioni, dovrebbe esserne consentita la conoscenza diretta anche ai giornalisti, in quanto atti processualmente rilevanti e non più segreti.

Nel chiudere queste mie note, mi sia consentito riflettere sul fatto che, data la lacunosità per alcuni versi della disciplina delle intercettazioni telefoniche, sia fisiologico che si possa incorrere in qualche perplessità.

Fermo restando che la riforma in atto dovrebbe avere una portata generale, onde evitare il pericolo di una disciplina parziale, tuttavia, allo stato attuale, a mio modo di vedere, il problema vero è che lo strumento d'indagine delle intercettazioni andrebbe utilizzato solo nei casi di stretta necessità e nel rispetto di quelle regole giuridiche, già ben definite dall'attuale normativa [(149)].

STEFANIA TUCCANI

[(149)] V. in senso conforme BONESCHI, *Intercettazioni telefoniche e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. cost*., 1982, 115, il quale ha sottolineato che l'intercettazione di conversazioni telefoniche deve avere carattere di eccezionalità e non deve essere utilizzata abitualmente o come misura esplorativa.

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

IL *WAQF* O FONDAZIONE A SCOPO PIO NEL DIRITTO MUSULMANO E NELLE ATTUALI LEGISLAZIONI DEI PAESI DELLA SPONDA SUD DEL MEDITERRANEO [*]

SOMMARIO: 1. La fondazione a scopo pio *(waqf o hubus)* quale istituto tipico del diritto musulmano. Il *waqf l*egittimo (*sarīt*) o anche di beneficenza (*khayrī*). – 2. L'istituto del *waqf* c.d. "di famiglia" (*waqf ahlī*), o consuetudinario (*waqf ādī*), o differito (*waqf mu'aqqab*) e la sua applicazione. – 3. (Segue) La questione della validità del *waqf* c.d. "di famiglia". – 4. Il *waqf* nelle legislazioni attualmente in vigore nei Paesi della sponda sud del Mediterraneo.

1. *La fondazione a scopo pio (waqf o hubus) quale istituto tipico del diritto musulmano. Il waqf legittimo (sarī't) o di beneficenza (khayrī).*

Il *waqf* è un istituto che ha conosciuto una larghissima diffusione e che, tuttora, riveste una grande importanza nel mondo islamico. Esso è stato paragonato alle fondazioni pie bizantine ed alle *charitable trust* della *common law* [1].

---

*Il presente commento è la rielaborazione della relazione tenuta nel marzo 2011 nell'ambito del corso di Diritto musulmano al Master internazionale post-universitario su "Internazionalizzazione e Comunicazione del sistema produttivo nell'area del Mediterraneo", dell'Università per Stranieri di Perugia, dove l'Autore è docente di Nozioni giuridiche di diritto musulmano e di obbligazioni e contratti di diritto musulmano.

[1] Si pensi che, tuttora, in alcuni paesi musulmani, vi è un Ministro del *waqf*. Sul *waqf* si vedano: CASTRO, *Diritto musulmano*, in *Dig. IV* (*disc. priv.*), Torino, 1990, 305. Ampiamente, D'EMILIA, *Per una comparazione tra le* piae causae *nel diritto canonico, il* charitable trust *nel diritto inglese e* il waqf khyrī *nel diritto musulmano*, in *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976, 237 e, dello stesso autore, *Il* Waqf Ahli, Milano, 1938, *passim*. In merito al funzionamento di istituti similari, nel sistema occidentale, si veda, PALAZZO, *Successione, Trust e fiducia*, in *Vita not*., 1998, 1, 770; e, di recente,

Il *waqf* consiste in un atto di liberalità con cui un soggetto vincola una parte dei propri beni per devolvere in elemosina i redditi da essi derivanti. Specificatamente, il *waqf* si concreta nella donazione a scopo pio delle utilità (*manf'a*) su di un bene, per tutta la durata di questo (in modo, quindi, permanente), ferma restando, in capo al donante o concedente, la sostanza della cosa (*raqaba*).

Attraverso il *waqf*, quindi, il concedente, mantenendo la nuda proprietà, costituisce un usufrutto perpetuo, a titolo gratuito, su dei propri beni, in favore di uno o più beneficiari, ai quali spetta il godimento dei redditi provenienti dai medesimi (tale è la concezione del *waqf* nel rito mālichita e shafita) [(2)].

Palazzo, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, 183. L'autore pone in evidenza come questi strumenti non debbano necessariamente essere pensati quali modi di perpetrare intenti elusivi, quanto, invece, quali efficaci sistemi volti a realizzare gli interessi patrimoniali ed assistenziali di soggetti particolarmente deboli, come gli incapaci, potendo sostituire, quindi (in particolare, il c.d. *family trust*), istituti ormai desueti, come il fedecommesso assistenziale (art. 692 c.c.), limitato quanto ad applicabilità (Palazzo, *Autonomia privata e trust protettivi*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, 2, 199).

[(2)] Le scuole musulmane di diritto, ad oggi, si distinguono principalmente in scuole sunnite ed in scuole sciite: le prime, le scuole sunnite, vengono anche definite "ortodosse" o "tradizionalistiche", in quanto sono legate alla *Sunna* (tradizione), da cui prendono il nome. Gli appartenenti a questa scuola si chiamano Sunniti, cioè coloro che sono legati alla tradizione. Tuttavia, non si può affermare che le scuole non sunnite non riconoscano valore alla *Sunna*. La distinzione, quindi, non opera tanto nel senso sopraddetto, fondandosi, invece, nel fatto che la maggior parte dei musulmani ha elaborato un particolare concetto di *Sunna*, diverso da quello elaborato dalle minoranze (sciiti e kharigiti), cosicché il termine sunniti viene attribuito a quei musulmani che, in ragione del loro numero di gran lunga superiore sugli altri, hanno fatto prevalere il proprio concetto di *Sunna*. Le scuole musulmane sunnite esistenti sono quattro: in ordine di tempo, la hanafita, la mālichita, la shafita e la hanbalita.

Diversamente dalle altre scuole, quella hanafita ritiene che la proprietà del bene concesso in *waqf*, le cui utilità sono state destinate allo scopo pio, venga ceduta a Dio, cosicché il costituente della fondazione pia si priverebbe totalmente del bene sia quanto al godimento, sia quanto alla proprietà. Di recente, sul punto, si è affermato: "*Il* waqf *pone un bene al di fuori della proprietà individuale, dandolo in proprietà a Dio. Una proprietà* waqf *non è un bene dello Stato e non è un bene individuale. Il* waqf *è permanente ed irrevocabile, da cui l'irreversibilità dell'atto di lascito. Con il passar del tempo le proprietà private si trasformano in proprietà* waqf*, mentre il contrario non è possibile. Essendo il* waqf *offerto dal ricco o dalla società in generale perché il povero ne tragga beneficio in particolare, le caratteristiche sopra menzionate svolgono la funzione di mitigare gli effetti dannosi dell'ineguaglianza nella distribuzione delle ricchezza e delle fonti di reddito. Contrariamente all'impatto a breve termine delle politiche finanziarie governative, l'istituzione di* waqf *si contrappone nel tempo alla tendenza verso la concentrazione delle ricchezze*" (Siddiqi, *Il ruolo del*

Il bene costituito in *waqf* viene "immobilizzato" [3] e, quindi, sottratto alla disponibilità del costituente ed al commercio in genere: non può essere alienato, né ipotecato, né su di esso può essere costituito alcun vincolo giuridico, né può essere oggetto di sequestri o azioni esecutive [4]. Diversamente, i redditi provenienti da esso sono destinati al soddisfacimento dello scopo per cui il *waqf* è stato creato, che deve consistere in uno scopo religioso o benefico (*qurbah*), un modo, cioè, di avvicinarsi a Dio (quale la costruzione di moschee, di fontane, strade, ospedali, scuole, ecc.). Invero: "*Quando taluno rinuncia,* solo intuitu Dei*, al godimento o alla rendite di una cosa che gli appartiene, dichiarando di volere che quel godimento sia devoluto ad uno scopo benefico o di pubblica utilità, da lui indicato, si costituisce ciò che si chiama* waqf *o* hubus *(fondazione pia o pia causa)*" [5].

Le origini storiche della fondazione pia o *waqf* sono incerte.

Secondo alcuni, l'istituto deriverebbe dal diritto romano e, precisamente, dalle regole che disciplinavano le *res sacrae* e le *aedes sacrae,* mentre, secondo altri, dal diritto romano bizantino e, in particolare, dalla legislazione che regolava le *piae causae* [6]. Tuttavia, i giuristi arabi rivendicano le origini del *waqf*, affermando che esso trova origine in numerosi *ḥadīth* [7].

---

volontariato nell'islam: inquadramento concettuale, in *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud-est asiatico*, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, 16). Si è affermato, tuttavia, che il riferimento al dominio divino sul bene possa essere inteso nel senso che Dio è proprietario del *waqf* esattamente come lo è di tutti i beni del creato (Bussi, *Principi di diritto musulmano* - ristampa anastatica dell'edizione del 1943-, Bari, 2004, 179).

[3] L'istituto prende il nome di *waqf* o *hubus* proprio in forza di tale caratteristica della "immobilizzazione" del bene. Infatti, sia il termine *waqafa* (da cui deriva *waqf*) sia il termine *habasa* (da cui deriva *hubus*) significano immobilizzare, arrestare, fermare.

[4] Bussi, *Principi di diritto musulmano*, cit., 177. Si veda, in merito, Neil Baillie, *Digest of Mohammadan Law Part I*, 1865, 459.

[5] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, Roma, 1938, 412.

[6] D'Emilia, *Per una comparazione tra le* piae causae *nel diritto canonico il* charitable trust *nel diritto inglese e il* waqf khyrī *nel diritto musulmano*, in *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976, *passim*.

[7] Gli *ḥadīth* sono delle fonti di cognizione del diritto musulmano e, specificatamente, della *Sunna* (la seconda fonte dopo il Corano), che si concreta nel comportamento tenuto dal Profeta nelle varie circostanze della vita e, pertanto, individua le sue norme di condotta, estrinsecatesi in parole, azioni, silenzi (quando questi potevano avere un significato di approvazione o, quanto meno, di assenza di una volontà di disapprovare), cui ciascun musulmano deve tendere, costituendo un'interpretazione autentica ed inderogabile del Corano (cfr. Ceppi, *Profili di diritto civile nei paesi della sponda sud del mediterraneo: tra* sharī'a *e codificazioni moderne*, in corso di stampa).

Uno dei soggetti del *waqf* è il costituente (*wāqif*), il quale deve avere la capacità di disporre liberamente dei beni da costituire in *waqf*. La volontà del costituente, purché non sia contraria alla legge, è preminente rispetto a quella di qualsiasi altro soggetto [8]. Infatti, la fondazione pia va amministrata in base alle disposizioni dettate dal proprio fondatore e, solo in mancanza di queste, secondo le consuetudini o secondo il prudente arbitrio del giudice.

L'oggetto del *waqf* può essere qualsiasi bene, sia mobile sia immobile (ed anche l'intero patrimonio del costituente), purché abbia alcuni requisiti di natura economica (quali l'utilità e la non consumabilità), di natura religiosa (quale la purezza), di natura giuridica (quale la disponibilità giuridica: infatti, si può costituire in *waqf* solo ciò di cui si ha la piena proprietà), di natura empirica (quale la disponibilità di fatto) [9].

Altro soggetto del *waqf* è il beneficiario o usufruttuario (*muhabbas ʻalayhi*), cioè colui al quale spetta il godimento del reddito (*manfʻa*) derivante dal bene, il cui valore capitale è reso *waqf*; tali soggetti sono liberamente individuati dal costituente e possono essere sia una persona, sia una collettività (ad esempio, i poveri di un dato luogo) [10]. I beneficiari del *waqf* sono parificati agli usufruttuari: essi, quindi, possono godere del bene e fare propri i frutti ed i prodotti derivanti dal bene, per quanto a loro occorra, senza, però, ledere i diritti dei successivi beneficiari e senza mutare la sostanza della cosa.

Per la perfezione del contratto si richiede, oltre alla dichiarazione del costituente, l'accettazione del destinatario (che è irrevocabile) ed il trasferimento del possesso sul bene. L'accettazione non è richiesta quando il destinatario sia un ente morale o una collettività.

Secondo un *ḥadīth*, ʻOmar, il secondo Califfo, ricevette un terreno al quale egli teneva moltissimo. Tuttavia, decise di farne un pio dono per uno scopo grato a Dio e chiese consiglio al Profeta. Costui "*rese* Waqf *il pezzo di terra, e stabilì che da allora in poi non potesse né alienarsi, né donarsi, né ereditarsi, e che il suo prodotto si dovesse destinare esclusivamente ai poveri e ai scopi religiosi*" (Juynboll, *Manuale di diritto musulmano, secondo la dottrina della scuola shafita*, Milano, 1916, 175).

Si è rilevato, tuttavia, che nessuna delle suddette tesi può essere accolta, dovendosi, invece, propendere per la considerazione del *waqf* come *"il prodotto della fusione di vari elementi, di provenienza diversa*". "*Non sembra che la storia confermi veruna di queste tesi esclusive; il* waqf*, come la maggior parte degli istituti islamici più importanti, è un incrocio, il prodotto della fusione di vari elementi, di provenienza diversa, che nel corso della vita storica dell'Islām si sono amalgamati nel potente crogiuolo della nuova fede. Non si può negare che il* "hubus" *abbia un addentellato sicuro nelle origini islamiche…*" (Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano,* II, cit., 415).

[8] D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, Roma, 1940, 267.

[9] D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 263.

[10] D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 264.

Di regola, viene nominato un amministratore (*mutawallī*), il quale agisce per conto del *waqf*; questi è parificato al tutore di un impubere o al curatore di un incapace e, al pari di questi, è sottoposto alla sorveglianza del giudice *(qāḍī)* [11], al quale deve rendere conto dell'amministrazione dei beni [12].

2. *L'istituto del waqf c.d. "di famiglia" (waqf ahlī), o consuetudinario (waqf ādī), o differito (waqf mu'aqqab) e la sua applicazione.*

Le ragioni della diffusione del *waqf* sono molteplici. In primo luogo, senz'altro, ricorre il motivo fondamentale per cui il *waqf* è sorto e, cioè, quello di destinare parte dei propri beni ad opere di beneficenza, a favore di categorie di bisognosi o ad opere di utilità pubblica (quali gli ospedali, le scuole, le moschee, le fontane).

Tuttavia, la ragione della costituzione di un *waqf* può essere anche quella di creare dei patrimoni autonomi di destinazione, che, in quanto tali, sono sottratti alle eventuali aggressioni pubbliche (ad esempio, confische) o private: invero, come già accennato, i beni che costituiscono la fondazione pia o *waqf* non possono essere, in alcun modo, aggrediti dai creditori tramite sequestri o azioni esecutive. In sostanza, così facendo, si costituisce un patrimonio intangibile "*sotto l'egida della religione*" [13].

Ulteriore ragione della enorme diffusione dell'istituto è che tramite il *waqf* si possono derogare, di fatto, le regole coraniche (o, attualmente, quelle previste da norme statali) in materia di diritti successori e, in particolare, quelle che impongono quali eredi necessarie le figlie femmine.

Tali regole trovano la loro fonte nel Corano, in cui si afferma te-

---

[11] Sul ruolo del giudice, D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 268, il quale scrive: "*Sul* waqf *è inoltre esercitato un potere del giudice (qāḍī) che è di contenuto vario e complesso seconda dei momenti in cui si trova il rapporto. Ad es. al momento della costituzione secondo alcune opinioni il qāḍī dovrebbe giudicare della validità dell'atto, secondo altre invece dovrebbe limitarsi a ricevere le dichiarazioni relative all'atto costitutivo; durante l'esistenza del rapporto il qāḍī è chiamato a decidere sui provvedimenti da prendere nell'interesse del* waqf *(ad es. riconoscere l'improduttività del bene ed autorizzarne la vendita con l'obbligo del reimpiego del prezzo); al momento della cessazione del rapporto deve, ad es., riconoscere l'impossibilità di raggiungere lo scopo al cui soddisfacimento il bene* waqf *era stato destinato, per decidere della sorte successiva di tale bene.*

La posizione del qāḍī in materia di waqf *è dunque assai complessa; particolare importanza assume il carattere di organo di tutela nell'interesse del* waqf*, specie negli eventuali conflitti di interessi con i terzi*".

[12] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 443.

[13] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 418.

stualmente: "*Agli uomini spetta una parte di quello che hanno lasciato genitori e parenti; anche alle donne spetta un parte di quello che hanno lasciato genitori e parenti stessi: piccola o grande che sia, un parte determinata*" [(14)]. Ed ancora: "*Ecco quello che Allah vi ordina a proposito dei vostri figli: al maschio la parte di due femmine. Se ci sono solo femmine e sono più di due, a loro i due terzi dell'eredità, e se è una figlia sola la metà. Ai genitori tocca un sesto, se ha lasciato un figlio. Se non ci sono figli e genitori eredi, alla madre tocca un terzo. Se ci sono fratelli, la madre avrà un sesto dopo i legati e i debiti. Voi non sapete se sono i vostri ascendenti e vostri discendenti ad esservi di maggior beneficio. Questo è il decreto di Allah. In verità Allah è saggio, sapiente*" [(15)].

Tuttavia, codesta regola successoria non sempre è stata rispettata, in quanto comporta la dispersione del patrimonio familiare al di fuori della linea di discendenza maschile. Ed è proprio attraverso la costituzione di un *waqf* che è possibile mantenere i propri beni nella linea maschile. Ciò in quanto lo scopo pio (fine ultimo di ogni fondazione pia o *waqf*) può anche essere raggiunto in via mediata: infatti, si possono indicare alcuni beneficiari, prevedendo che, solo alla morte di questi, si devolveranno i beni alla realizzazione dell'opera meritoria.

Quindi, costituendo parte o tutti i propri beni in fondazione pia ed indicando, ad esempio, quali primi beneficiari, i propri figli maschi, si giunge al suddetto risultato, escludendo, quindi, le figlie femmine dalla successione [(16)]. Tale tipo di *waqf*, con il quale il concedente indica quali beneficiari i propri discendenti, è stato chiamato *waqf* di famiglia.

Il *wafq* c.d. "di famiglia" ricorre, quindi, ogni volta che il concedente rimandi il soddisfacimento del fine benefico, indicando quali beneficiari diretti i propri discendenti [(17)].

Pertanto, con la costituzione dei beni in *waqf* è possibile raggiungere finalità ulteriori rispetto a quella originaria di beneficenza.

Si è di recente autorevolmente affermato che "*il waqf rende utili*

[(14)] Corano, *Sūra IV*, 7.

[(15)] Corano, *Sūra IV,* 11.

[(16)] D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 265, il quale afferma: "*la possibilità dell'elusione delle norme coraniche (che è dunque da considerare come la funzione caratterizzante di questo secondo tipo di* waqf*) fu subito notata dalla stessa dottrina musulmana. Si ebbe quindi una lotta tra la tendenza tradizionalista che negava la legittimità dell'istituto e quella innovatrice che l'affermava; quest'ultima finì per prevalere, poiché l'istituto soddisfaceva esigenze profondamente sentite nella società musulmana. Esso infatti permette di assicurare alla propria discendenza il godimento dei beni che si vogliono ad essa destinare e di impedire sia la possibilità di dissipazioni del capitale da parte degli eredi, sia lo spoglio da parte di autorità politiche in caso di rivolgimenti sociali*".

[(17)] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 435.

servigi all'autonomia privata, perché consente di rendere indisponibile un bene, di sottrarlo al regime ereditario e, quindi, di riservare le utilità contenute nel patrimonio del fondatore a persone diverse da quelle indicate dalla regola successoria" [18].

Nel diritto musulmano, quindi, sono ravvisabili più tipologie di *waqf*: il *waqf* legittimo (*sarī't*) o anche di beneficenza (*khayrī*), in cui il costituente si spoglia immediatamente del bene a favore dell'opera pia beneficata ed il cui unico scopo, pertanto, è l'effettuazione di un atto di liberalità; il *waqf* c.d. "di famiglia" (*waqf ahlī*), o consuetudinario *(waqf ādī*), o differito (*waqf mu'aqqab)*, in cui il concedente rimanda il soddisfacimento del fine benefico, indicando quali beneficiari diretti i propri discendenti [19]. Nel *waqf* c.d. "di famiglia" lo stesso scopo pio, elemento imprescindibile dell'istituto, può essere reso fittizio: infatti, se si indicano, come destinatari, tutti i propri discendenti, senza indicare l'ultimo, e si prevede che lo scopo pio si realizzi solo successivamente, si rinvia, di fatto, la realizzazione dell'opera meritoria all'infinito o, quantomeno, fino alla estinzione della propria stirpe [20]. Una formula in uso per la costituzione dello *waqf* ai fini sopraddetti è la seguente: "*Costituisco la mia casa a titolo di* waqf*, affinché le rendite siano impiegate a beneficio dei miei figli e dei miei discendenti, e quando i miei discendenti saranno estinti, voglio che le rendite siano distribuite tra i poveri della Mecca*" [21].

Un terzo tipo di *waqf* viene individuato da alcuni in un particolare *waqf* di famiglia, in cui il concedente nomina se stesso quale primo beneficiario, conservando, quindi, sia la nuda proprietà del bene, sia, allo stesso tempo, il godimento dello stesso [22].

3. *(segue) La questione della validità del waqf c.d. "di famiglia".*

Si è posto il problema della validità del *waqf* c.d. "di famiglia" [23]:

---

[18] Sacco, *Il diritto dei paesi islamici*, in *Tratt. dir. comparato*, diretto da Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, 482.

[19] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 435.

[20] Bussi, *Principi di diritto musulmano*, cit., 178; Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 418.

[21] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano,* II, cit., 418.

[22] D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 266, il quale afferma che le peculiarità di questo tipo di *waqf* sono tali da poter costituire un terzo tipo di *waqf* da aggiungersi agli altri due già esaminati.

[23] Esiste da sempre un vasto movimento, in molti paesi musulmani, tendente all'abolizione del *waqf* di famiglia. Si è rilevato che "*molti argomenti addotti a favore dell'abolizione di tale tipo di* waqf *sono analoghi a quelli che condussero all'abolizione dei fidecommessi di famiglia nel codice napoleonico e poi in quello nostro del 1865*" (così, D'Emilia, *Lezioni di diritto musulmano*, cit., 270).

invero, a fronte di un giudizio di meritevolezza, basato sul fatto che, con tale *waqf,* si persegue, comunque, uno scopo benefico, se pur in modo mediato ed indiretto [24], forti sono state le critiche nei suoi confronti. E gli usi distorti, a cui questo tipo di *waqf* può tendere, hanno convinto alcuni legislatori moderni a vietarlo [25], mentre altri l'hanno conservato e disciplinato.

Il problema consiste nella ammissibilità di un *waqf* dove il perseguimento dello scopo pio è rimandato ad un momento successivo alla morte del concedente od a quella di ulteriori eventuali beneficiari, vanificando, di fatto, lo scopo caritatevole e di beneficienza, che, invece, sottende l'istituto e ne costituisce la causa.

La questione riguarda soprattutto il *waqf* in cui il concedente nomina se stesso quale primo beneficiario.

In merito, i mālichiti ed gli shafiti ritengono che questo tipo di *waqf* sia inevitabilmente nullo. Infatti, in tal modo, il *waqf* viene a perdere ogni spirito di liberalità, in quanto il costituente continua a godere delle rendite del bene [26]. Pertanto, il costituente non subisce alcun reale sacrificio.

Al contrario, parte della dottrina hanafita propende per la sua validità [27]. Tale dottrina, però, ha trovato oppositori già all'interno della stessa scuola e, comunque, in tutte le altre scuole musulmane, le quali richiedono, quale elemento costitutivo del *waqf,* quantomeno, che il costituente si spogli del bene.

4. *Il* waqf *nelle legislazioni attualmente in vigore nei Paesi della sponda sud del Mediterraneo.*

L'istituto del *waqf* ha trovato fortuna alterna nelle recenti legislazioni dei paesi della sponda sud del Mediterraneo, in quanto, in alcuni di essi, è stato espressamente disciplinato, in altri, espressamente bandito, in altri non è stato regolato né in un senso, né nell'altro, rimanendo, quindi, in questi ultimi paesi, disciplinato dai princìpi di diritto islamico.

In Algeria, il *waqf* è regolato dalla Legge della famiglia, 9 giugno 1984, n. 84-11 [28]. In essa, all'art. 213, si afferma che il *waqf* consiste

---

[24] Cfr. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 434.

[25] Siddiqi, *Il ruolo del volontariato nell'islam: inquadramento concettuale*, in *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud-est asiatico*, cit., 16.

[26] Si veda, ampiamente, D'Emilia, *Il* waqf *secondo Abū Yūsuf*, Milano, 1938, *passim*.

[27] Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, II, cit., 435.

[28] Art. 213: *Il* waqf *consiste nell'immobilizzare un bene, sottraendolo ai diritti di chiunque per sempre ed a titolo di elemosina*. Art. 214: "*Il costituente può conservare*

nell'immobilizzare un bene, sottraendolo ai diritti di chiunque, per sempre ed a titolo di elemosina. Si prevede, espressamente, la possibilità per il costituente di conservare il godimento del bene per la durata della propria vita, purché, dopo la sua morte, i beni costituiti in *waqf* siano destinati ad un ente di beneficienza (art. 214).

In Egitto, il *waqf* trova la propria disciplina nell'ambito del codice civile agli artt. 628-634.

In Libia, diversamente dai paesi appena considerati, la legge n. 16/1973 proibisce la costituzione di nuovi *waqf* di famiglia e sopprime quelli esistenti. I beni costituiti in *waqf* tornano al costituente, se ancora in vita, oppure vengono divisi tra i beneficiari [29].

In Tunisia, dal 1956, è proibita la costituzione di *waqf*. Da quella data tutti i beni costituiti in *waqf* sono stati trasferiti allo Stato [30].

Ad oggi, il *waqf* rappresenta ancora un importantissimo istituto islamico per gestire i beni immobili donati o lasciati in eredità da filantropi musulmani, affinché i cespiti siano posti a vantaggio della Comunità, agendo, quindi, come una fondazione posta al servizio di essa, la cui essenza è data dall'impiegare i redditi di tali beni senza intaccare il capitale [31]. Si pensi che anche la famosa Università di al Azhar del Cairo, la quale offre l'istruzione gratuita (dalla scuola primaria fino ai corsi universitari), contribuendo in modo significativo anche alle attività missionarie in tutto il mondo, è finanziata interamente dalla proprietà *waqf*.

Attualmente la maggior parte delle proprietà *waqf* è costituita da

---

il godimento della cosa oggetto del waqf *per la durata della propria vita*, *a patto che in seguito il bene del* waqf *vada ad un ente di beneficienza"*. Art. 215*: " I requisiti richiesti per il costituente del* waqf *e per il suo oggetto sono gli stessi previsti per il donante…"*. Art. 216: "*Il bene costituito in* waqf *deve essere di proprietà del costituente, deve essere determinato e non oggetto di controversia, anche se indiviso"*. Art 217: "*Il* waqf *è costituito nella forma dell'atto di ultima volontà, secondo quanto disposto dall'art. 191 della presente legge"*. Art. 218: "*La condizione apposta dal costituente è efficace se non incompatibile con i princìpi legali del* waqf. *In caso contrario, la condizione è nulla e il* waqf *valido*". Art. 219: "*Tutte le costruzioni o piantagioni eseguite sul bene costituito in* waqf *dal beneficiario sono considerate parte del bene"*. Art. 220: "*Il* waqf *continua a sussistere anche se intervengono modificazioni che cambiano la natura della cosa che ne è oggetto. Se la modificazione comporta la sostituzione del bene, il* waqf *si trasferisce sul nuovo bene"*. Ampiamente, per riferimenti normativi sulla materia, Aluffi Back-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, *passim*).

[29] Aluffi Back-Peccoz, *op. cit.,* 21.

[30] Aluffi Back-Peccoz, *op. cit.,* 27.

[31] Ariff, *La raccolta del risparmio attraverso il volontariato islamico nel sud-est asiatico*, in *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud-est asiatico*, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, 33.

terreni, costruzioni residenziali e commerciali, capaci di dare reddito e di portare beneficio alla società, per la realizzazione di scopi assistenziali [32].

Il *waqf* rimane, quindi, una delle espressioni più alte di quei valori di solidarietà e fratellanza, che da sempre caratterizzano la religione islamica.

FABRIZIO CEPPI

[32] ALHABSHI, *La gestione del waqf in Malaysia*, in *Tasse religiose e filantropia nell'Islam del Sud-est asiatico*, Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, 93.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – 26 maggio 1994 – Keegan c. Irlande, *(Requête n. 16969/90)*

Vita Familiare – Famiglia naturale

Quando è stata stabilita l'esistenza di un legame familiare con un bambino, lo Stato deve agire affinché siano assicurate le condizioni anche giuridiche che permettano a partire dal momento della nascita l'integrazione del bambino nella sua famiglia. Un bambino ha infatti, per quanto possibile, il diritto di essere curato dal suo o da suoi genitori, come stabilito anche dall'articolo 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989. Il godimento reciproco da parte di genitore e bambino della propria reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale della vita familiare, anche quando il rapporto tra i genitori non esista più (1).

(1) *La definizione di famiglia nel diritto al rispetto della vita familiare*

1. Il Sig. Keegan, cittadino irlandese intratteneva una relazione amorosa con una giovane donna. Dalla relazione nacque una bambina. Con il ricorso introduttivo il Sig. Keegan lamentava la violazione da parte dello Stato irlandese del suo diritto al rispetto della vita familiare (*ex* art. 8 della Convenzione) in seguito al fatto che lo Stato convenuto – all'insaputa e senza il consenso del ricorrente – avesse facilitato l'affidamento segreto della propria bambina ad una coppia, in vista di un'adozione.

Nella specie, la relazione tra il sig. Keegan e la madre della bambina durò due anni, di cui uno con coabitazione. Il concepimento della loro figlia risultava una decisione condivisa da entrambi i componenti della coppia, che, tra l'altro, avevano progettato di sposarsi.

Nei propri scritti difensivi lo Stato irlandese sosteneva che la relazioni sporadica ed instabile tra il ricorrente e la madre della bambina si era concluse prima dell'evento nascita. Conseguentemente la situazione che si era venuta a creare non soddisfava il livello minimo di serietà, di

profondità e di impegno necessario a far ricadere quella relazione nata fuori dal matrimonio nella nozione di vita familiare di cui all'art. 8.

2. La Corte europea dei diritti dell'uomo, investita della questione, afferma, invece, che la nozione di «famiglia» contenuta nel suddetto articolo non si limita alle sole relazioni fondate sul matrimonio. Essa può inglobare altri legami "familiari" *de facto*. Di conseguenza un figlio nato da questo tipo di relazioni si inserisce a pieno diritto in una cellula "familiare" in quanto individuo nato ed avente, quindi, la medesima dignità di un figlio legittimo. Esisteva, dunque, tra la figlia ed i genitori del ricorso in esame un legame costitutivo di una vita familiare, anche se all'epoca della sua nascita i genitori già non vivevano più insieme o se la loro relazione era finita.

La Corte ritenne, quindi, di poter affermare che la relazione tra il ricorrente e la madre della bambina era qualificabile come espressione di vita familiare e che pertanto a tale situazione era estendibile la tutela approntata dall'art. 8. Il fatto che il rapporto affettivo della coppia si sia successivamente esaurito, non modifica affatto le conclusioni alle quali è giunta la Corte, la quale utilizza come termine di paragone la condizione di una coppia legalmente sposata e successivamente separata. Una situazione matrimoniale in questi termini è comparabile e paragonabile con la precedente. Conseguentemente alla nascita, e per il solo fatto della stessa, si è realizzato, tra la figlia e il padre/ricorrente un legame costitutivo di vita familiare.

3. La Corte intende, sotto il profilo giuridico-metodologico, che l'art. 8 sia dotato di un valore intrinseco, atto essenzialmente a premunire l'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri. La suddetta disposizione non si limita a fissare a carico dello Stato obblighi di non fare, ma genera anche un sovrappiù d'obbligazioni positive inerenti un «rispetto» effettivo della vita familiare.

Ogni qualvolta si rinvenga, sulla base delle circostanze di fatto, l'esistenza di un legame familiare tra un genitore e un figlio - anche se nato fuori dal matrimonio - lo Stato deve agire in maniera tale da permettere al suddetto legame di svilupparsi. Esso deve riconoscere agli individui coinvolti nel rapporto una protezione giuridica effettiva, rendendo possibile l'integrazione del figlio nella sua famiglia. Per un genitore e un figlio lo stare insieme realizza, infatti, uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare.

A suffragio delle sue affermazioni la Corte richiama quanto disposto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989, relativa ai diritti del bambino: il fanciullo ha invero il diritto, nella misura del possibile, di conoscere i suoi genitori e da questi essere

allevato. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare, anche quando la relazione tra i genitori si interrompe.

L'eventualità prevista dal diritto irlandese di procedere all'affidamento in segreto della bambina, in vista della sua adozione, all'insaputa e senza il consenso del padre – creando tra l'altro un legame tra la minore e i suoi potenziali adottanti – costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare dell'interessato. Una simile ingerenza non è tollerabile, tranne nei casi in cui (*ex* art. 8, comma 2) questa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui, che nel caso in esame non ricorrevano.

4. Il caso Keegan c. Irlanda si inserisce nel solco della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo alla nozione di famiglia naturale.

Essendo garantito nell'art. 8 C.E.D.U. il diritto al rispetto della vita familiare e presupponendo l'esistenza di una famiglia, la Corte si è storicamente adoperata nel definire le situazioni che in tale nozione rientrano [(1)]. Famiglia, così, finisce per riferirsi non solo alle relazioni esistenti nell'ambito di quella qualificata come legittima - fondata cioè sul matrimonio - ma anche alle relazioni esistenti fra i componenti il gruppo designato come famiglia naturale, o come unione di fatto. La nozione di famiglia sulla quale riposa la disposizione dell'art. 8 comprende anche, in assenza di coabitazione, il legame tra un individuo e suo figlio, legittimo o naturale [(2)].

Ciò non significa, tuttavia, che dalla giurisprudenza della Corte C.E.D.U. discenda l'esistenza di un obbligo per lo Stato di attribuire alle coppie non sposate uno statuto analogo a quello delle coppie sposate; così come che si possa esigere l'instaurazione di un regime speciale per una categoria particolare di coppie non sposate.

Quello che è certo, però, è che per la stessa giurisprudenza in tema di rispetto della vita familiare, afferma avere importanza la realtà biologica

---

[(1)] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Marckx v. Belgium, 13 giugno 1979, in *Racc.*,Serie A no. 31, 15, par. 31.

[(2)] Cartabia, *I diritti di azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Bologna, 2007; Bartole – Conforti – Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,* Padova, 2001.

e non le presunzioni legali [3]. Il rispetto della vita familiare esige che la realtà biologica e sociale prevalga su una presunzione legale contraria sia ai fatti accertati che agli auspici delle persone interessate, senza in realtà giovare a nessuno [4].

Uno degli aspetti centrali dell'interpretazione giudiziaria della nozione di vita familiare è rappresentato pertanto dalla relazione tra figli e genitori:"la nozione di famiglia sulla quale riposa l'art. 8 comporta che un bambino nato da (…) [un] unione si inserisca a pieno titolo in tale relazione; pertanto, dal momento e per il solo fatto della sua nascita esiste tra lui e i suoi genitori anche se questi non coabitano in quel momento, un legame costitutivo di una vita familiare" [5]. Lo Stato è chiamato ad agire in modo da permettere al legame tra genitore e figlio di svilupparsi. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme, infatti, realizza uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare. Numerose sono quindi gli interventi giurisprudenziali legati alla delicata problematica delle situazioni di rottura dell'unità familiare o di difficoltà del nucleo familiare, in special modo per quanto attiene all'affidamento dei minori. Innanzi alle richiamate situazioni di crisi la Corte afferma che l'ipotesi dell'affidamento di un bambino alla pubblica autorità non pone fine alle relazioni familiari naturali. Nel caso in cui, poi, lo Stato debba procedere ad una separazione tra il bambino e la famiglia di origine al fine di rendere possibile un migliore sviluppo fisico e psichico del minore stesso, allora, proprio il diritto al rispetto della vita familiare implica un preciso dovere per le autorità statali ad adottare le misure destinate a riunire il figlio ai genitori. L'interesse del minore, inoltre, prevale su quello del genitore: "la Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità interne per disciplinare la custodia di bambini da parte della pubblica amministrazione e i diritti dei genitori di tali bambini, bensì di valutare sotto il profilo della Convenzione le decisioni che hanno reso nell'esercizio del loro potere discrezionale (…). Il margine di discrezionalità così lasciato alle competenti autorità nazionali varierà secondo la natura delle questioni in causa e la gravità degli interessi in gioco (…)" [6]. Di conseguenza, i giudici di Strasburgo riconoscono alle autorità un ampio margine per valutare la necessità di prendere in custodia un bambino.

---

[3] Palazzo, *La filiazione*, in Cicu – Messineo (a cura di), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2007.

[4] Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon e altri / Olanda*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 384.

[5] Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 giugno 1988, *Berrehab / Olanda*, in *Riv. int. dir. uomo,* 1988, III, 146.

[6] Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen / Norvegia*, in *Riv. int. dir. uomo,* 1996, 675.

Occorre, però, esercitare un controllo rigoroso sia sulle ulteriori restrizioni, sia su quelle apportate dalle autorità ai diritti e alle visite dei genitori e sulle garanzie destinate ad assicurare l'effettiva protezione dei diritti di genitori e figli al rispetto della loro vita familiare.

L'immigrazione, poi, porta ulteriori problematiche al tema affrontato: le coppie miste e l'allontanamento dei cittadini stranieri che hanno legami familiari con il paese di residenza. Il rispetto della vita familiare non può essere interpretato in modo da imporre agli Stati un obbligo di rispettare la scelta della residenza comune da parte di coppie sposate e di permettere il ricongiungimento familiare sul suo territorio. A proposito dell'espulsione di uno straniero condannato per aver commesso dei reati con legami familiari nel paese di residenza, occorre determinare se il provvedimento di espulsione abbia rispettato un giusto equilibrio tra il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita privata e familiare e, dall'altro, la protezione dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati [(7)].

Analizzando, quindi, le numerose sentenze con oggetto il tema del rispetto della vita familiare, si deduce come la Corte – nel più assoluto rispetto dei valori di uguaglianza, solidarietà, pari dignità – ponga tutta la propria attenzione ai legami rinvenibili nelle relazioni tra i componenti l'organismo familiare per assicurare il miglior sviluppo della personalità dei soggetti coinvolti [(8)]. Soprattutto se questi sono minori. Afferma, infatti, la Corte, in pronuncia risalente, come l'art. 8 contenga una nozione ampia di famiglia, che va oltre la c.d. "famiglia nucleare" [(9)].

VALENTINA COLCELLI

[(7)] Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1997, *El Boujaïdi / Francia*, in *Riv. int. dir. uomo,* 1998, 221

[(8)] Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237, sul fatto che le convivenze *more uxorio*, in quanto fondate affezione che le saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, appaiono meritevoli di tutela nel tessuto delle realtà sociali odierne, "purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità"; Corte cost., 18 maggio 1989, n. 310, sulla riferibilità dell'art. 2 Cost. anche alle convivenze *more uxorio*; Cass. civ., 17 luglio 2009, n. 16796, in tema stato di abbandono di un minore e presenza di parenti.

[(9)] Corte Europea dei diritti dell'uomo *Mikulic c. Croatie*, 7 febbraio 2002, n. 53176/99, §§ 54 e 64; Corte Europea dei diritti dell'uomo *Johansen c. Norvegia,* 7 agosto 1996; Corte Europea dei diritti dell'uomo *Kroon e altri c. Olanda,* 27 ottobre 1994; Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Berrehab c. Pays-Bas* del 21 giugno 1988, serie A n° 138, 14, par. 21; Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Johnston e altri c. Irlande* del 18 dicembre 1986, serie A n° 112, 25, par. 55); Corte Europea dei diritti dell'Uomo *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984 , Serie a, n. 87, 13, § 33; *Marckx c. Belgique*, 13 giugno 1979, série A n. 31, 15, par. 31.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – 16 febbraio 2000 – Amann c. Svizzera *(Requête n. 27798/95)*

Protezione dei dati personali – Vita privata

La nozione di vita privata dell'art. 8 CEDU non può essere interpretata ristrettivamente: in particolare il rispetto per la vita privata comprende il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altre persone,per questa ragione non si può escludere ragionevolmente dalla nozione di vita privata le relazioni strette da un professionista o da un imprenditore nello svolgimentoi delle sue attività (1).

(1) ***Dati personali e tutela della vita privata***

1. Il sig. Hermann Amann, – uomo d'affari domiciliato in Svizzera – è ricorso alla Commissione europea dei Diritti dell'uomo (ricorso n° 27798/95 il 27 giugno 1995 ai sensi dell'allora vigente art. 25 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; il ricorso è stato successivamente trasferito alla Corte il 2 novembre 1998) ritenendo che l'intercettazione di una conversazione telefonica del 12 ottobre 1981 tra il ricorrente ed un dipendente dell'allora ambasciata sovietica a Berna, abbia comportato una violazione dell'art. 8 della Convenzione. Nella telefonata veniva ordinato un apparecchio depilatorio.

La conversazione telefonica era stata intercettata dal governo della Confederazione svizzera, che aveva anche richiesto al Servizio di ricerca di informazioni della polizia del cantone di Zurigo di indagare sul ricorrente e sulla merce che distribuiva. La conversazione, poi, era stata trascritta e conservata in un apposito schedario.

Il 12 settembre 1990 l'incaricato speciale ai documenti della Confederazione, preposto per assicurare la protezione dello Stato, aveva trasmesso al ricorrente dietro sua richiesta una copia della scheda.

Il sig. Hermann Amann riteneva di essere stato irregolarmente schedato dal Ministero e per tale ragione aveva promosso azione risarcitoria innanzi alle competenti Autorità svizzere – in particolare, il Dipartimento federale delle finanze e il Tribunale federale. Con i ricorsi il sig. Hermann Amann chiedeva anche il blocco della divulgazione di ogni informazione lui riferita e contenuta nella scheda. L'esito negativo dei procedimenti interni spinge Amann a rivolgersi agli organi di giustizia di Strasburgo.

2. Per la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo le conversazioni telefo-

niche ricevute in locali privati o professionali sono comprese nelle nozioni di «vita privata» e di «corrispondenza» di cui all'art. 8, par. 1 [1].

Nel caso di specie non c'è dubbio alcuno sul fatto che il Ministero svizzero abbia intercettato e registrato una conversazione telefonica ricevuta dal ricorrente. È innegabile pertanto l'avvenuta «ingerenza di un'autorità pubblica» - ai sensi dell'art. 8 par. 2 - nell'esercizio di un diritto garantito al ricorrente dal par. 1 art. cit. [2].

Una simile ingerenza è ammissibile solo se «prevista dalla legge» persegue dei fini legittimi (par. 2 dell'articolo citato) ed è inoltre «necessaria in una società democratica» per garantirne le finalità.

La Corte ricorda che per sua costante giurisprudenza, l'espressione «prevista dalla legge» impone non solo che la misura incriminata abbia una base legale nel diritto interno - ossia si fondi sul principio di legalità – ma che questa sia accessibile e prevedibile. Grava primariamente sulle Autorità nazionali, segnatamente ai singoli tribunali, l'onere di interpretare e applicare il diritto interno. Nella decisione del 14 settembre 1994 il Tribunale federale si limitava a ricordare l'ammissibilità della raccolta di informazioni per la prevenzione di infrazioni contro lo Stato e per assicurare la difesa nazionale, qualora elementi concreti facciano supporre che si stanno realizzando violazioni nel senso indicato.

La Corte Europea si era già pronunciata sul codice di procedura penale svizzero e sul fatto se esso costituisse una base legale sufficiente in materia di intercettazioni telefoniche [3]. Nel caso in esame, però, la Corte non riteneva necessario valutare se l'intercettazione della telefonata del 12 ottobre 1981 avesse o meno una base legale. Invero, anche a voler supporre la sussistenza della base legale, la prevedibilità dei fatti che potevano giustificare l'intervento non risultava comunque soddisfatta.

L'intercettazione di conversazioni telefoniche costituisce una violazione grave al rispetto della vita privata e della corrispondenza. Esse devono pertanto fondarsi su una «legge» di una particolare precisione. L'esistenza di regole chiare e dettagliate in materia è indispensabile. Per giurisprudenza costante della Corte una norma può dirsi «prevedibile» quando è redatta con sufficiente precisione sì da permettere ad ogni persona – facendo all'occorrenza ricorso al parere di consulenti esperti – di regolare la sua condotta [4].

---

[1] Corte Europea dei diritti dell'uomo, 25 giugno 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, in *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, 1016, § 44.

[2] Corte Europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1998, *Kopp c. Suisse,* in *Recueil* 1998-II, 540, § 53

[3] Corte Europea dei diritti dell'uomo, Kopp, cit., §§ 56 a 61

[4] Corte Europea dei diritti dell'uomo, 2 agosto 1984, *Malone c. Royaume-Uni,* in *Racc*., serie A n° 82, 31-32, § 66.

I Giudici di Strasburgo ritengono poco chiara e dettagliata la normativa svizzera che regola l'adozione di misure di sorveglianza adottate nell'ambito di inchieste per la sicurezza interna ed esterna della Confederazione. Questa non assicura protezione adeguata contro le ingerenze delle Autorità nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e della sua corrispondenza.

Il ricorrente inoltre non era la persona destinataria della misura oggetto di contestazione. Egli aveva partecipato solo casualmente ad una conversazione telefonica registrata nell'ambito di una misura di sorveglianza indirizzata contro un collaboratore dell'allora ambasciata sovietica.

3. La Corte conclude, quindi, affermando che l'ingerenza non può essere considerata come «prevista dalla legge» poiché il diritto svizzero non indica con abbastanza chiarezza l'estensione e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle Autorità nell'ambito considerato. Richiama nello specifico anche le disposizioni della legge federale sulla procedura penale (art. 66 par. 1 e 1 *bis* PPF) che, pur disciplinando la sorveglianza delle persone ritenute responsabili di un crimine e dei terzi che si presumono ricevere o trasmettere delle informazioni, non regolamentano in maniera dettagliata (e non precisano) le precauzioni da adottare nei confronti di interlocutori intercettati «per caso», in qualità di «partecipanti necessari» ad una conversazione telefonica registrata dalle Autorità in applicazione di dette disposizioni.

4. Non solo l'esecuzione dell'intercettazione, ma anche la creazione della scheda e la sua conservazione nello schedario della Confederazione per il ricorrente costituisce una seria violazione dell'art. 8 della Convenzione.

La Corte aveva già osservato che la memorizzazione dei dati relativi alla «vita privata» di un individuo entra nel campo di applicazione dell'art. 8 par. 1 [(5)].

La nozione di «vita privata» non deve essere interpretata in modo restrittivo. In particolare, il rispetto della vita privata ingloba il diritto per l'individuo di allacciare e sviluppare delle relazioni con i suoi simili. Tra l'altro nessuna ragione di principio permette di escludere le attività professionali o commerciali dalla nozione di «vita privata».

Tale interpretazione estensiva concorda con quella della Convenzione per la protezione delle persone con riferimento al trattamento

---

[(5)] Corte Europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1987, *Leander c. Suède*, in *Racc.*, serie A n° 116, 22, § 48.

automatizzato dei dati di carattere personale. La Convenzione è elaborata in seno al Consiglio d'Europa il 28 gennaio 1981 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1985. Il fine è quello «di garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica (…) il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e specialmente del suo diritto alla vita privata, riguardo al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale che la riguardano» (art. 1). Questi ultimi sono infatti definiti come «ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile» (art. 2).

Nel caso di specie, la Corte rileva che effettivamente era stata creata una scheda concernente il ricorrente, sulla quale quest'ultimo era descritto come un «contatto vicino all'ambasciata russa» che commerciava differenti generi di merci.

Per la Corte le suddette informazioni rappresentano, senza alcun dubbio, dei dati relativi alla «vita privata» del ricorrente e l'art. 8 trova, di conseguenza, applicazione. La memorizzazione da parte di un'Autorità pubblica di dati relativi alla vita privata di una persona costituisce un'ingerenza proprio ai sensi dell'art. 8 cit.

La sentenza in esame contiene anche un riferimento alle direttive del Consiglio federale del 16 marzo 1981 applicabili al trattamento dei dati personali nell'amministrazione federale. Tra principi generali contenuti nelle direttive richiamate è espressamente previsto che il «trattamento dei dati personali deve fondarsi su una base legale» (numero 411) e che i «dati personali non devono essere trattati che per scopi ben determinati» (numero 412). Le stesse norme non contengono alcuna indicazione appropriata sull'estensione e le modalità di esercizio del potere conferito al Ministero pubblico di ricevere, registrare e conservare delle informazioni. Non precisano, inoltre, le condizioni di creazione delle schede, le procedure da seguire, le informazioni che possono essere memorizzate e quelle eventualmente vietate.

Per tali ragioni, le direttive elvetiche non possono essere considerate come sufficientemente chiare e dettagliate nell'assicurare una protezione adeguata contro le ingerenze delle Autorità nel diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata.

La creazione della scheda riguardante il ricorrente non è, dunque, «prevista dalla legge» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Neppure la conservazione deve considerarsi come «prevista dalla legge», in quanto – nonostante l'ordinamento dello Stato convenuto preveda espressamente la distruzione dei dati non più «necessari» o «inutili» – le Autorità svizzere non hanno proceduto a distruggere le informazioni memorizzate, neppure nel momento in cui era stato accertato dai competenti organi giurisdizionali che nessuna infrazione era in corso di preparazione. I comportamenti delle Autorità dello Stato convenuto sono pertanto vio-

lazione del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata, come garantito dall'art. 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Dall'esame di alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo relative all'art. 8 della Convenzione, emerge in modo abbastanza chiaro l'intento dei Giudici di Strasburgo di fare della norma richiamata uno strumento di "profonda" tutela della vita privata quando essa è sinonimo di intimità.

Con il tempo la Corte ha ricompreso nella nozione di *privacy* anche la protezione dei dati personali ed il potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni.

La tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali inizia ad affermarsi in Europa proprio attraverso la lettura dell'art. 8 C.E.D.U. ad opera dei Giudici di Strasburgo. Ciò nonostante, detta disposizione non abbia un contenuto specificatamente dedicato ai menzionati aspetti.

I Giudici di Strasburgo si sono fatti portatori dell'esigenza di effettuare un "controllo successivo" e "di ultima istanza" (il ricorso individuale è, infatti, possibile, *ex* art. 35 della Convenzione, solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno), sul flusso delle informazioni in uscita dalla sfera privata dell'individuo verso l'esterno. Si sono poste così le basi per una positivizzazione del diritto al controllo consapevole su qualsiasi forma di circolazione delle proprie informazioni personali [(6)].

Gli iniziali interventi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo erano sostanzialmente diretti a valutare le misure adottate dagli Stati, chiamati a bilanciare con le loro azioni contemporaneamente l'interesse alla protezione della *privacy* con quello alla circolazione delle informazioni all'interno di strutture pubbliche. La Corte europea ha applicato a queste fattispecie la norma richiamata. L'attività interpretativa della Corte ha finito così per estendere la nozione tradizionale di *privacy* a quella di protezione di dati personali [(7)].

Rientra, pertanto, nell'ambito della nozione di "vita privata" anche la tutela dei dati personali [(8)]. La raccolta e la memorizzazione dei più

[(6)] Spatti, *Diritto alla riservatezza e trattamento dei dati personali*, in Parisi - Ronoldi, (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2004, 165.

[(7)] Ci sia consentito il rinvio Colcelli, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione Europea*, in Palazzo - Sassi (a cura di), *Diritto Privato del Mercato,* Perugia, 2007, 457 - 493. Si veda anche Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id. (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, 1, Milano, 2003, 10.

[(8)] Tiberi, *Riservatezza e protezione dei dati personali,* in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee,* Cartarba (a cura

disparati dati o fatti relativi ad una persona possono costituire, infatti, una vera e propria minaccia dei diritti individuali. Dati di per sé neutri possono, se aggregati ed incrociati - oggi anche per mezzo di moderne tecnologie - originare intromissioni illegittime ed indesiderate nella vita altrui [9].

Prima dell'avvento delle tecnologie, infatti, l'interesse degli individui era volto ad impedire la diffusione al pubblico di vicende personali. Oggi, invece, l'interesse di ciascuno è più articolato: comprende sia una dimensione diretta ad evitare la raccolta e la diffusione di informazioni senza il consenso del soggetto titolare, sia volta ad impedire il collegamento di informazioni diverse, anche se fornite dallo stesso interessato, al fine di scongiurare l'aggregazione di informazioni per scopi non voluti [10].

Tale evoluzione rappresenta il passaggio dal diritto alla «riservatezza» al «diritto alla protezione dei dati personali», ossia il diritto di controllare i dati e le informazioni relative alla propria persona considerata non più nel suo isolamento, ma nella sua attitudine ad entrare in relazione con il mondo esterno [11].

VALENTINA COLCELLI

---

di), 2007, 351 ss.; DE SIERVO, *La privacy,* in PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa,* Napoli, 2005, 356.

[9] ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informatica,* in *Studi in onore di Virga,* Milano, 1994, vol. I, 35 ss.

[10] Come esplicazione della evoluzione indicata sul piano interno si vedano: Corte cost., 12 aprile 1973 n. 38, per cui fra i diritti inviolabili dell'uomo, oltre quelli nell'art. 2, negli artt. 3 comma 2, 13 comma 1, rientrano quelli del proprio decoro, onore riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; Cass. civ., 25 giugno 2004, n. 11864 sull'ampiezza del significato di trattamento dei dati personali.

[11] Corte Europea dei diritti dell'uomo *Drozdowski c. Polonia*, 6 dicembre 2005, in *www.echr.coe.int/echr*; Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Wisse c. Francia,* 6 dicembre 2005, *ivi*; *Aliev e a. c. Ucraina,* 29 aprile 2003, *ivi*; Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Kopp c. Svizzera*, 25 marzo 1998, in *Racc.*, 1998-II, 540, § 53; Corte Europea dei diritti dell'uomo*, M.S. c. Svezia,* 27 agosto 1997, in *Eur. Court HR,* IV, 1997, 1437 ss.; *Halford c. Regno-Unito*, 25 giugno 1997, in Racc., 1997-III, 1016, § 44; *Niemetz c. Germania*, 16 dicembre 1992, in Racc., serie A, Vol. 251-B. 78; Corte Europea dei diritti dell'uomo *Gillov c. Regno Unito*, 14 settembre 1987, in Racc., serie A, n. 109; *Malone c. Regno Unito,* 2 agosto 1984, in *Eur. Court HR,* serie A, vol. 82, 1984, 7 ss.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – 27 gennaio 2009 – Tătar c. Romania *(Requête n° 67021/01)*

Informazione ambientale – Vita privata

L'obbligazione positiva di adottare tutte le misure ragionevoli e adeguate per proteggere il diritto delle persone alla tutela della vita privata e famigliare ai sensi del par. 1 dell'art. 8 CEDU, si caratterizza essenzialmente per lo Stato nel dovere primario di porre in essere una serie di norme di carattere legislativo ed amministrativo dirette a realizzare lo sviluppo delle conoscenze dei dommages dell'ambiente e della salute umana. In questo senso l'esistenza di un diritto pubblico all'informazione ambientale, si concretizza nella possibilità stessa di garantire l'accesso ad uno studio ambientale preliminare così come di ogni altra informazione che permetta di valutare i potenziali danni ai quali si può essere esposti (1).

(1) *Diritto all'informazione ambientale: un diritto procedurale come diritto fondamentale*

1. All'origine del caso in oggetto si trova il ricorso (n° 67021/01) di Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar, padre e figlio, promosso contro la Romania. I due cittadini rumeni hanno adito la Corte europea dei diritti dell'uomo il 17 luglio 2000.

I ricorrenti all'epoca dei fatti risiedevano a Baia Mare, in un quartiere situato in prossimità di uno sfruttamento minerario d'oro gestito dal 1998 dalla società «*Aurul*» Baia Mare S.A.

Invocando l'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i ricorrenti lamentavano che il procedimento tecnologico utilizzato dalla società *Aurul* fosse dannoso. Il procedimento di estrazione mineraria prevedeva l'impiego in grandi vasche di una sostanza – il cianuro di sodio – che a contatto con l'aria produce vapori di acido cianidrico altamente tossici. Denunciavano, inoltre, un atteggiamento passivo delle Autorità rumene di fronte alla situazione, ai numerosi reclami e ricorsi nei quali si evidenziavano i rischi alla salute cui erano stati sottoposti il sig. Vasile GheorgheTătar e la sua famiglia. In particolare le condizioni di salute del figlio, malato d'asma, erano peggiorate in seguito all'incidente ecologico del gennaio 2000, durante il quale l'apertura di una falla nell'impianto di trattamento aveva fatto confluire grandi quantità di sostanze tossiche nelle acque circostanti, giungendo fino al Mar Nero.

Due studi di impatto ambientale, uno precedente e l'altro successivo

alla catastrofe del 2000, avevano rilevato il superamento delle soglie di inquinamento ammesse a livello mondiale. Inoltre un Rapporto del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente – realizzato nel marzo 2000 sulle conseguenze dell'incidente – descriveva Baia Mare come un territorio inquinato in ragione di un'attività industriale intensa. Il Rapporto riportava anche le conclusioni di uno studio dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che considerava la predetta città come un «punto caldo» per l'inquinamento.

2. Nello specifico, i Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar ritengono che le Autorità nazionali – tenute a diffondere le informazioni idonee a permettere loro di valutare i rischi derivanti dal mantenimento del loro domicilio nelle vicinanze della miniera d'oro della società Aurul – avevano, in realtà, assunto a riguardo un atteggiamento passivo. Per le suddette ragioni, secondo la tesi dei sig.ri Tătar, lo Stato rumeno sarebbe responsabile di non aver adottato le precauzioni necessarie per proteggere la salute della popolazione e l'ambiente, obbligazione derivante dal dettato dell'art. 8 della Convenzione. Inoltre, le Autorità rumene non avrebbero garantito, nell'ambito del margine di discrezionalità di cui dispongono in materia, un giusto equilibrio tra l'interesse per il benessere economico della comunità e il godimento effettivo del diritto al rispetto del domicilio e della vita privata e familiare dei ricorrenti medesimi. In tal senso, invocano il caso *López Ostra c. Spagna* [(1)].

Gli interessati richiamano anche la giurisprudenza relativa al caso *Guerra e altre c. Italia* [(2)]. In particolare, il primo ricorrente ritiene di non disporre di alcuna possibilità di effettuare un ricorso effettivo contro la decisione con la quale le autorità rumene avevano autorizzato l'attività in questione e contro il funzionamento della miniera.

Il ricorrente afferma inoltre di non aver avuto alcuna informazione ufficiale concernente il grado di danno che il funzionamento dell'attività estrattiva implicava. Peraltro, gli attori del ricorso rimproverano alle autorità rumene una mancanza di vigilanza relativamente alla messa in opera, al funzionamento di questa attività, che era qualificata come dannosa da diversi rapporti ufficiali e studi realizzati ad iniziativa dell'ONU e dell'UE.

Per contro, per quanto riguarda il difetto di informazione, il Governo rumeno sosteneva che la presente controversia appare maggiormente

---

[(1)] Corte Europea dei diritti dell'uomo, *López Ostra c. Spagna,* 9 dicembre 1994, § 51, in *Racc.*, 1994, serie A, p. 303-C.

[(2)] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Guerra e altre c. Italia*, 19 febbraio 1998, *Racc.*, 1998-I, 223, § 58.

affine al caso *McGinley e Egan c. Regno* Unito [3] che al caso *Guerra* precisato. Come nel caso *McGinley*, i ricorrenti non avrebbero effettuato i procedimenti necessari in vista dell'ottenimento di informazioni concernenti i rischi che poteva presentare per la loro salute l'inquinamento prodotto. In virtù della legge rumena n. 137/1995, questi avrebbero potuto rivolgersi alle autorità amministrative o giudiziarie per lamentare un pregiudizio diretto o indiretto. Avrebbero, inoltre, potuto avvalersi della legge n. 544/2001 concernente l'accesso alle informazioni di interesse pubblico.

Il Governo richiama, altresì, che i ricorrenti non hanno partecipato alle discussioni pubbliche del 24 novembre e 3 dicembre 1999, all'interno delle quali avrebbero potuto esprimere ogni opinione concernente l'autorizzazione all'estrazione della società *Aurul*.

3. Nelle sue osservazioni preliminari, la Corte ritiene che l'obbligazione positiva di adottare tutte le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti spettanti ai ricorrenti, *ex* art. 8, comma 1, implica innanzitutto per lo Stato il dovere primario di realizzare un quadro legislativo ed amministrativo che miri ad una prevenzione efficace dei danni all'ambiente e alla salute umana [4] Nei casi in cui uno Stato deve trattare questioni complesse di politica ambientale ed economica e, nello specifico, allorché si tratti di attività dannose, è altrettanto necessario riservare un posto particolare ad una regolamentazione adatta alle specificità delle attività in gioco e, in particolar modo, ai livelli di rischio che ne potrebbero derivare. Questa obbligazione deve determinare l'autorizzazione, la messa in funzionamento, la gestione, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione.

È necessario sottolineare che il processo decisionale deve, tuttavia, comportare la realizzazione di inchieste e studi appropriati, in modo tale da prevenire e stimare l'avanzamento degli effetti delle attività che possono causare un attacco all'ambiente e ai diritti individuali, in modo tale da permettere di stabilire un giusto equilibrio tra i diversi interessi concorrenti in gioco. In particolare, occorre sottolineare a tal proposito che non vi è alcun dubbio in ordine al diritto di ciascun individuo di accedere alle conclusioni dei suddetti studi ed alle altre informazioni che permettano di valutare i pericoli derivanti dalle attività che hanno un impatto sull'ambiente.

La Corte ritiene che a differenza degli altri casi simili sottoposti alla

---

[3] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *McGinley e Egan c. Regno unito* (decisione del 9 giugno 1998, *Racc.,* 1998-III

[4] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *Budayeva c. Russia*, n. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, §§ 129-132, 20 marzo 2008.

sua attenzione nel caso di specie, si trova di fronte ad una difficoltà ulteriore, in ragione dell'assenza di qualunque decisione interna o di ogni altro documento ufficiale che indichi in modo sufficientemente chiaro il grado di danno che l'attività della società *Aurul* rappresenta per la salute umana e l'ambiente, stante l'inerzia delle competenti autorità rumene di fronte ai ripetuti reclami e ricorsi proposti dal primo ricorrente.

A causa di tali carenze, la Corte, prendendo in considerazione le conclusioni dei Rapporti ufficiali e degli studi di impatto ambientale su menzionati, ritiene che l'inquinamento generato dall'attività incriminata può causare un deterioramento della qualità della vita degli abitanti e, in particolare, ledere il benessere dei ricorrenti e privarli del godimento del loro domicilio in modo tale da danneggiare la loro vita privata e familiare *ex* art. 8.

4. Analizzando le conclusioni della Corte si evince che i ricorrenti non sono riusciti a provare il nesso causale tra l'esposizione al cianuro di sodio e l'aggravamento della patologia asmatica del secondo ricorrente, stante l'incertezza scientifica e la pluralità di cause generative delle malattie respiratorie. Tuttavia – basandosi sugli studi di impatto ambientale effettuati – la Corte rileva che il territorio di residenza dei ricorrenti era già un luogo molto inquinato in ragione dell'incidente ecologico del gennaio 2000 e di un'attività industriale intensa, specificamente nell'ambito minerario; conseguentemente, ritiene sussistente l'esistenza di un rischio serio e sostanziale per la salute e per il benessere dei ricorrenti che faceva ricadere sullo Stato un'obbligazione positiva di adottare delle misure ragionevoli e adeguate capaci di proteggere i diritti degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto.

La Corte conclude affermando che le Autorità rumene hanno fallito nell'adempimento della loro obbligazione di valutare preliminarmente in modo soddisfacente gli eventuali rischi dell'attività in questione e di adottare misure adeguate capaci di proteggere il diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente salubre e protetto.

Nel quadro delle obbligazioni positive derivanti dall'art. 8 della Convenzione, la Corte sottolinea l'importanza del diritto del pubblico all'informazione, come consacrato dalla sua giurisprudenza.

La Corte afferma che l'accesso all'informazione, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia in materia ambientale sono consacrati, a livello internazionale, dalla Convenzione d'Aarhus del 25 giugno 1998, ratificata dalla Romania il 22 maggio 2000, così come la Risoluzione n. 1430/2005 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio

d'Europa sui rischi industriali rafforza, tra gli altri, il dovere per gli Stati membri di migliorare la diffusione di informazioni in tale ambito.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché la Commissione prima di essa, riconosce l'esistenza di un diritto all'informazione ambientale, funzionale alla salvaguardia dell'ambiente. La Commissione nell'ordinanza *Guerra e altri/Italia* (Rapporto di ammissibilità della Commissione del 29 giugno 1999, richiesta n. 14967/89, *Guerra e altri/Italia)*, affermava l'esistenza e l'importanza "*dans les domaines interdépendants de la protection de l'environnement et de la santé et du bien-être des individus, revêt désormais l'information du public (…)*". L'informazione al pubblico permette infatti di ovviare, od anche prevenire, i danni che possono provenire dall'inquinamento. Nella lettura della Corte la riferita prevenzione è posta salvaguardia del benessere e della salute della persona, protetti dalla Convenzione e soprattutto garantiti dall'art 8 cit. La giurisprudenza, quindi, qualifica connotandolo il contenuto del diritto all'informazione ambientale.

La mancata comunicazione alle popolazioni interessate delle informazioni sui rischi legati alle attività industriali pericolose, alle misure di sicurezza adottate, ai piani d'emergenza preparati ed alla procedura da seguire in caso di incidente, comporta violazione dell'art. 8 della Convenzione.

L'esercizio di questo diritto impone agli Stati la predisposizione di una procedura semplificata e di facile accesso che consenta agli aventi diritto di avvicinarsi alle informazioni necessarie per la propria tutela [(5)].

Rendere effettivo il godimento del diritto alla riservatezza della vita familiare e privata attraverso la garanzia del diritto all'informazione costituisce un obbligo attivo a carico dello Stato. La Corte richiama, innanzi tutto, compiti attivi dello Stato volti a preservare la qualità dell'ambiente come necessario presupposto per il suo godimento effettivo. Il diritto all'informazione ambientale è strumentale alla realizzazione del diritto sostanziale all'ambiente salubre, quale necessario prolungamento del diritto garantito dall'articolo 8 C.E.D.U. [(6)].

Il diritto all'informazione ed alla partecipazione individuale o collettiva a procedimenti amministrativi in questo settore trovano la loro matrice, e la loro funzionalità, proprio nella tutela dell'ambiente [(7)].

[(5)] Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 9 giugno 1998, *L .C. B/Regno Unito*, in *Racc.*, 1998, III, 84.

[(6)] De Salvia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

[(7)] Recentemente TAR Calabria-Reggio Calabria, sentenza 20 maggio 2009 n. 343, sul significato di diritto all'accesso dell'informazione ambientale e applicazione del d.lgs. n. 195/2005 attuativo della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, nonché Tar Genova, I, 27 ottobre 2007 n. 1870.

Deve considerarsi, quindi, diritto fondamentale della persona non solo il diritto di accesso ad una informazione ambientale chiara ed esaustiva, ma anche il diritto di ricevere informazioni capaci di mettere in guardia rispetto a pericoli insiti in una attività inquinante [8]. In questi termini il diritto all'informazione ambientale è un diritto fondamentale [9].

La Corte europea realizza, così, la protezione dell'ambiente dando rilevanza giuridica a diritti procedurali e non sostanziali [10].

VALENTINA COLCELLI

---

[8] MAUER LIBORI, *Il diritto all'informazione ambientale in Europa,* in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 3/2001, 35;

[9] COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi della giurisprudenza*, in *Diritto gestione dell'ambiente*, n. 2/2001.

[10] Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, richiesta n. 14967/1989, in http://cmiskp.echr.coe.int/; Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, 19 febbraio 1998, *Racc.*, 1998-I, 223; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, *L.C. B/Regno Unito,* 9 giugno 1998, 14/1997/798/1001**,** in *Racc.*, 1998, III, 84.

Finito di stampare
nel mese di Settembre 2011
da Guerra Edizioni guru srl - Perugia