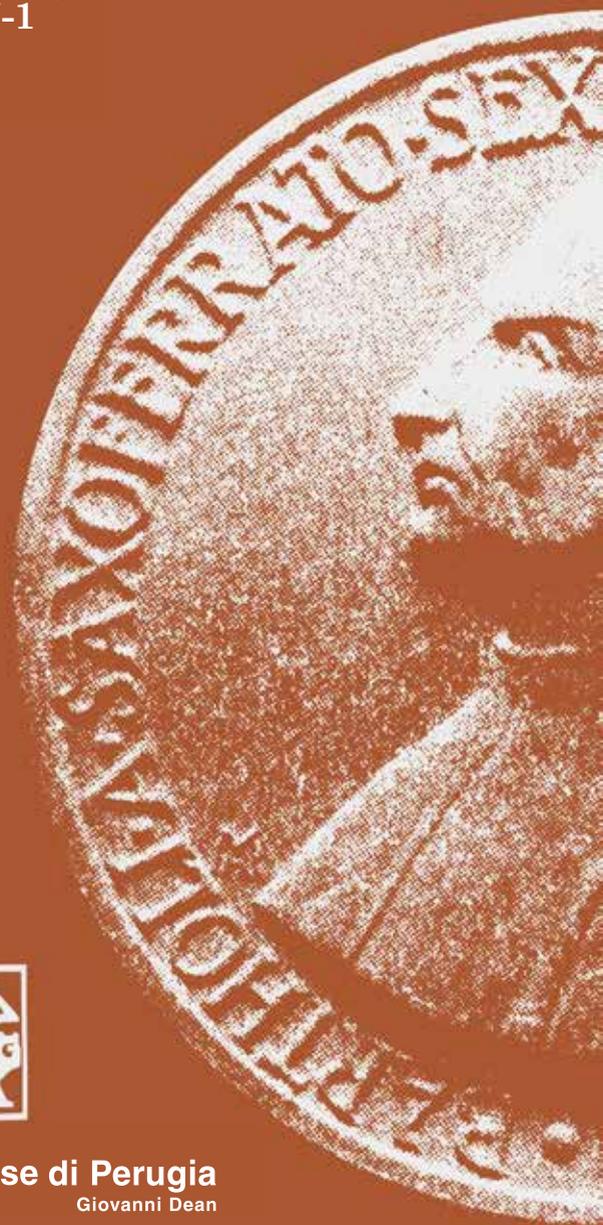
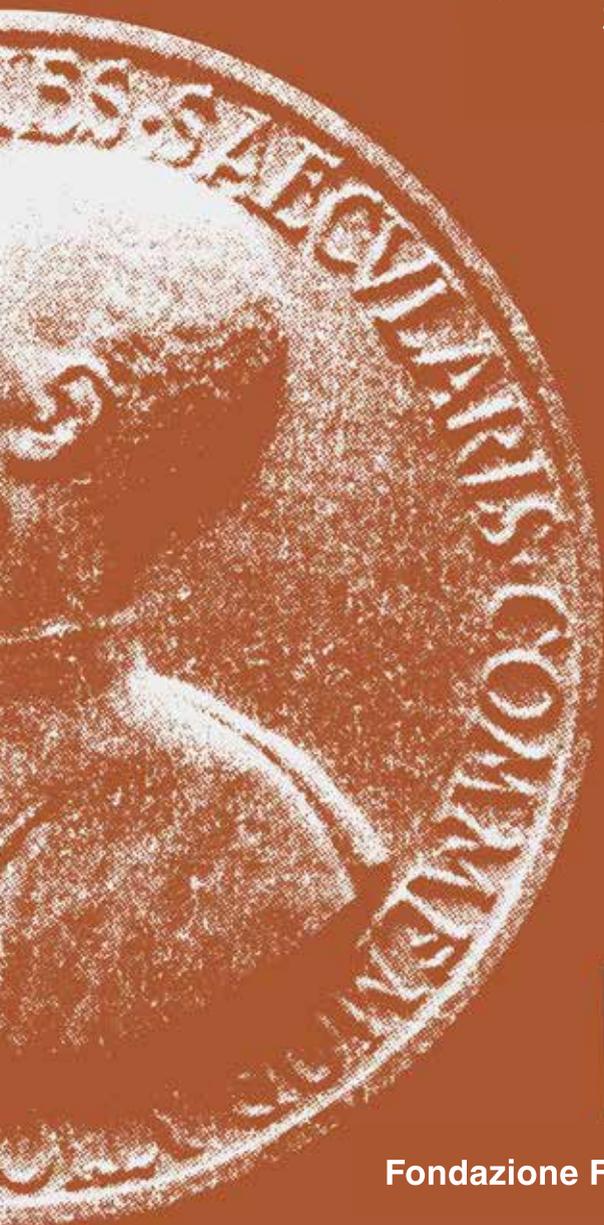


RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2007-1



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
<i>DIRITTO CIVILE</i>	
Corte d'appello di Perugia, 22 marzo 2007, con nota di RICCARDO CORNELI, <i>La responsabilità solidale del direttore dei lavori, del progettista e dell'impresa appaltatrice per i vizi dell'opera</i>	1
Tribunale per i minorenni di Perugia 2 febbraio 2007, con nota DI IRENE LONGO, <i>Vecchie e nuove problematiche dell'adozione internazionale</i>	10
Tribunale per i minorenni di Perugia, 9 marzo 2007, con nota di ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, <i>Il divieto di espatrio per il genitore non affidatario</i>	21
Tribunale di Perugia, 6 febbraio 2004, con nota di MAURIZIO NAPOLITANO, <i>Liticonsozio necessario e usucapione</i>	34
Tribunale di Perugia 22 marzo 2005, con nota di FEDERICO VERGONI, <i>Contatto sociale e responsabilità civile</i>	47
Tribunale di Perugia, Decreto 22 novembre 2006, con nota di PAOLO SPACCHETTI (con la collaborazione di SILVIA VINTI), <i>Alcune considerazioni in materia di concordato preventivo dopo la riforma del D.l.n° 35/2005 e la legge di conversione 80/2005.</i>	56
Tribunale di Perugia, 3 aprile 2007, con nota di MATTEO GIAMBARTOLOMEI, <i>Infermità mentale e interdizione</i>	71
Tribunale di Terni, 14 luglio 2006, con nota di FRANCESCO SCAGLIONE, <i>La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore</i>	78
Tribunale di Terni, 16 agosto 2006, con nota di ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, <i>La successione del figlio adottivo al padre biologico tra riconoscimento giudiziale di paternità post mortem e status di filiazione</i>	104
<i>DIRITTO PENALE</i>	
Corte d'Appello di Perugia, 7 febbraio 2006, R.A., con nota di GIUSEPPE MAGLIOCCA, <i>Tutela del minore e dinamiche estradizionali.</i>	119
Corte d'Appello di Perugia, 5 ottobre 2006, K. con nota di ALESSIO DAVID FORTUNA, <i>Meccanismi ostativi alla consegna in materia di estradizione passiva</i>	136

	Pag.
Corte d'Appello di Perugia, 15 dicembre 2006, L., con nota di ELENA MEZZABARBA, <i>Estradizione e diritti dell'imputato minorenni</i>	145
Corte di Assise di Perugia, 20 dicembre 2006, E.A. ed altri, con nota di DANIELA FALCINELLI, <i>La dimensione internazionale del terrorismo e dell'eversione dell'ordine democratico. Alea iacta est.</i>	160
Corte di Assise di Perugia, 3 gennaio 2007, M. con nota di SABRINA BONFIGLIO, <i>Brevi note in tema di premeditazione e di concedibilità delle attenuanti generiche</i>	199
G.U.P. presso il Tribunale di Perugia, 29 settembre 2006, E. con osservazioni di ALESSANDRO G. CANNEVALE	258
G.U.P. presso il Tribunale di Perugia, 12 aprile 2007, T. con nota di ALDO NATALINI, <i>Bonus bebè agli immigrati: una "beffa" all'italiana che (non doveva sussistere ma che alla fin fine) non costituisce reato</i>	269

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Umbria, 5 dicembre 2005, con nota di ANNA MARIA PICCHIAMI, <i>L'annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione provvisoria alla luce di un recentissimo reiverement di Palazzo Spada</i>	287
T.A.R. Umbria, 18 maggio 2006, con nota di ALESSIA BATTILANA, <i>Autorizzazione alla coltivazione di cava e partecipazione degli interessati tra la legislazione regionale e normativa generale sul procedimento.</i>	297
T.A.R. Umbria, 25 agosto 2006, con nota di GIORGIO VERCILLO, <i>Gli appalto c.d. sotto la soglia e a giurisdizione del giudice amministrativo: alcune riflessioni per definire una questione ancora aperta.</i>	321
T.A.R. Umbria, 3 ottobre 2006, con nota di SANDRO SABA, <i>Piano regolatore generale: scelte urbanistiche fra discrezionalità e partecipazione</i>	343
T.A.R. Umbria, 25 ottobre 2006, con nota di ANNALaura GIANNELLI, <i>Il contratto di global service: brevi riflessioni in tema di aggiudicazione del contratto misto</i>	368

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

ALESSANDRA LANCIOTTI, <i>Il richiamo del diritto straniero per la disciplina dei rapporti di famiglia nella giurisprudenza dei paesi di civil law</i>	401
VALENTINA FORTI, <i>L'esercizio della professione forense in Europa</i>	411
SERENA VERZERA, <i>Note a margine del libro verde sul diritto di accesso: standard di valutazione e interrogativi sul tappeto: il diritto di accesso è un diritto fondamentale?</i>	423

Pag.

DOTTRINA

VITO RIZZO, <i>“Indennizzo diretto” tra obiettivi condivisi, profili di criticità e proposte di riforma</i>	435
LORENZO MEZZASOMA, <i>Risarcimento diretto e rapporti con l’art. 2054 del codice civile</i>	457
PIERLUIGI PANARIELLO, <i>L’ambito applicativo dell’interdizione e dell’inabilitazione a seguito dell’introduzione del nuovo istituto dell’amministrazione di sostegno</i>	469
STEFANIA TUCCANI, <i>Profili del rapporto tra privati e pubblica amministrazione</i> .	479
GIUSEPPE CAROZZA – MONICA CAPPELLI, <i>Le unioni di fatto e la loro evoluzione: da semplice fenomeno sociale a nuova realtà normativa della famiglia</i> ..	517
PAOLA VELLA, <i>Oggetto e limiti del giudizio di omologazione del concordato preventivo. Linee interpretative della giurisprudenza umbra</i>	555
GIOVANNI CERQUETTI, <i>Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari</i>	577
PIETRO CATALANI, <i>Riflessioni sulla causalità omissiva in merito alla sentenza “Franzese”</i>	599
ANTONIAETTA CONFALONIERI, <i>Legge stupefacenti: nuovi provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica, ma a discapito della libertà personale</i>	609

CORTE DI APPELLO DI PERUGIA – 22 marzo 2007 – Pres. MATTEINI
CHIARI – EST. ZANETTI – P.F. (avv. M. Brunelli; avv. M. Busiri Vici) c.
S.B. (avv. Biscarini); Impresa edile F.lli C. s.n.c.(avv. U. Minelli)

**Contratto di appalto - Vizi costruttivi - Responsabilità solidale -
Risarcimento danni** (c.c., 1655, 1669).

L'indagine sulla natura e consistenza del suolo sul quale deve essere realizzato un fabbricato non rientra nell'attività di direzione dei lavori, che consiste nella verifica – concretatesi in un'attività intellettuale esplicata mediante visite periodiche e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa e nella emanazione delle disposizioni necessarie alla esecuzione dell'opera – nella conformità dell'opera stessa al progetto e alle indicazioni del committente. La predetta indagine, implicante una specifica attività conoscitiva da svolgersi con l'uso di particolari mezzi tecnici, spetta all'appaltatore, quale soggetto obbligato a realizzare l'opera commessagli mettendo a disposizione la propria organizzazione, e che, pertanto, risponde dei vizi della costruzione dipendenti dal cedimento delle fondazioni dovuto alle caratteristiche geologiche del suolo. In solido con l'appaltatore risponderà, ove risulti che i predetti vizi dipendano da una progettazione inadeguata alle predette condizioni geologiche del terreno, anche il progettista (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 31/05/1989 la Sig.ra S.B. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Perugia l'Ing. F.P. e l'impresa edile F.lli C. s.n.c. per sentir dichiarare i medesimi responsabili dei gravi difetti della costruzione realizzata dall'impresa su progetto del P. e sotto la sua direzione e, per l'effetto, condannati in solido al pagamento della somma di £ 55.000.000 a titolo di risarcimento danni o nella misura determinata in corso di causa.

L'attrice esponeva di aver commissionato all'impresa edile F.lli C. i lavori di ristrutturazione e ampliamento della casa di abitazione sita in

Perugia ed i calcoli e la direzione dei lavori all'ing. F. P. . Narrava l'attrice che tra i lavori da eseguire era compresa la costruzione integrale di un corpo di scala in adiacenza ad una parete del vecchio edificio, nonché la formazione di due nuovi balconi ; e che nel dicembre 1987 aveva segnalato la presenza di una lesione nella scala, che l'impresa si era impegnata ad eliminare.

Rilevava l'attrice che l'opera dell'impresa per eliminare l'inconveniente riscontrato, consistita soltanto nell'esecuzione di un taglio, non era valsa a niente in quanto il fenomeno dello scivolamento del corpo del fabbricato continuava a persistere.

Ciò aveva spinto l'attrice a rivolgersi al geometra A. al fine di fargli accertare mediante perizia giurata i motivi del dissesto ed individuare i modi per eliminarlo.

Detto perito aveva rilevato che causa del cedimento fondale era il tipo di costruzione scelta ed aveva espresso l'opinione che per eliminare tale situazione era indispensabile demolire e ricostruire adottando un criterio diverso.

L'attrice osservava, quindi, che la responsabilità di quanto lamentato era da ascrivere all'appaltatore ed al progettista e direttore dei lavori.

Nel costituirsi in giudizio l'Ing. P. contestava integralmente ogni avversa domanda e ne chiedeva il rigetto.

Rilevava che i vizi lamentati dall'attrice rientravano in fenomeni fisiologici e come tali non attribuibili all'opera dello stesso. Osservava che sui vizi lamentati dall'attrice era già intervenuta la ditta esecutrice con opere non convenute e di conseguenza non poteva essere chiamato a rispondere; ed ancora che non poteva rispondere di fatti e/o inadempimenti e/o disattendimenti dalle istruzioni da parte della impresa che sulla base della sua esperienza e professionalità avrebbe dovuto essere in grado di riconoscere nel corso dell'esecuzione dell'opera eventuali problemi imprevedibili. (*Omissis*).

Nel costituirsi l'impresa edile F.lli C. contestava integralmente e recisamente quanto dedotto sia da parte attrice che dal convenuto Ing. P. Riferiva di aver eseguito a regola d'arte l'opera commissionata tant'è che la stessa, in sé e per sé, non presentava vizi e/o difetti e che nel caso di specie i lamentati difetti non potevano iscriversi all'impresa. Svolta l'istruttoria il Tribunale con sentenza del 5.4.2001 (depositata il 19.5.2001) , condannava l'Ing. P. al pagamento in favore della S. (*Omissis*). Respingeva, invece, la domanda proposta nei confronti dell'Impresa Edile F.lli C. dalla S. (*Omissis*).

Correttamente il Tribunale ha individuato il *dies a quo* per il computo del termine di decadenza dall'azione *ex art.* 1669 c.c. nella data di asseveramento della perizia eseguita su incarico della S. dal geometra

A. (13.5.1989) dal momento che soltanto in quel momento la S. ha preso conoscenza effettiva delle cause del dissesto e delle relative responsabilità. (*Omissis*).

Nel caso in esame proprio la gravità della situazione e la valutazione ponderata delle iniziative giudiziarie da intraprendere imponeva alla S. di attendere quanto meno l'esito della perizia stragiudiziale commissionata prima di agire nei confronti degli eventuali responsabili con un ragionevole grado di certezza circa la loro responsabilità (*Omissis*).

Il problema che si pone è, tuttavia, quello di stabilire se tale dissesto possa essere attribuito a fenomeni naturali del tutto imprevedibili, e, pertanto, non imputabili a negligenza o imperizia del progettista e direttore dei lavori (ed anche dell'impresa) oppure a fenomeni naturali che avrebbero potuto essere previsti ed evitati e, pertanto, imputabili a costoro (*Omissis*).

Nell'accertamento della responsabilità va osservato che, secondo consolidata giurisprudenza, la responsabilità prevista dall'art. 1669 c.c. è operante non soltanto nei confronti dell'appaltatore ma anche di tutti coloro che hanno collaborato nella realizzazione dell'edificio ed in particolare anche del progettista (*Omissis*). Da ciò consegue che, allorché l'attore esercita l'azione prevista dall'art. 1669 c.c. anche nei confronti del progettista, il regime circa l'onere della prova rimane quello elaborato dalla giurisprudenza soprattutto con riferimento alla posizione dell'appaltatore, trattandosi in entrambi i casi di responsabilità solidale di natura extracontrattuale. Ebbene, secondo consolidata giurisprudenza, la norma configura una presunzione, sia pure *juris tantum*, a carico dei convenuti, cosicché, una volta che l'attore abbia provato la sussistenza della rovina dell'edificio da loro realizzato, incombe su loro l'onere di provare la mancanza assoluta di responsabilità (*Omissis*).

Ne consegue che pur non configurandosi a carico del costruttore una ipotesi di responsabilità oggettiva, né una presunzione assoluta di colpa, grava pur sempre sul medesimo una presunzione "iuris tantum" di responsabilità, che può essere vinta non già attraverso la generica prova di aver usato, nell'esecuzione dell'opera, tutta la diligenza possibile, ma con la positiva e specifica dimostrazione della mancanza di responsabilità attraverso la allegazione di fatti positivi, precisi e concordanti, ed a prescindere dalle questioni sorte "inter partes" circa la eventuale nullità del rapporto negoziale (*Omissis*). Poiché nel caso in esame le condizioni geologiche erano certamente accertabili mediante quella indagine approfondita che è stata poi svolta in corso di causa, viene ad essere configurata la responsabilità dell'impresa appaltatrice in solido con quella del progettista, in conformità a quanto statuito dalla Suprema Corte con sentenza n. 11783 del 07/09/2000 (Rv. 540025): "L'indagine sulla natura e consistenza del suolo sul quale deve essere realizzato un fab-

bricato non rientra nell'attività di direzione dei lavori, che consiste nella verifica – concretatesi in un'attività intellettuale esplicata mediante visite periodiche e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa e nella emanazione delle disposizioni necessarie alla esecuzione dell'opera – nella conformità dell'opera stessa al progetto e alle indicazioni del committente. La predetta indagine, implicante una specifica attività conoscitiva da svolgersi con l'uso di particolari mezzi tecnici, spetta all'appaltatore, quale soggetto obbligato a realizzare l'opera commessagli mettendo a disposizione la propria organizzazione, e che, pertanto, risponde dei vizi della costruzione dipendenti dal cedimento delle fondazioni dovuto alle caratteristiche geologiche del suolo. In solido con l'appaltatore risponderà, ove risulti che i predetti vizi dipendano da una progettazione inadeguata alle predette condizioni geologiche del terreno, anche il progettista". (*Omissis*)

(1) La responsabilità solidale del direttore dei lavori, del progettista e dell'impresa appaltatrice per i vizi dell'opera.

L'appalto è inserito tradizionalmente nella categoria dei contratti di risultato, non ritenendosi interesse delle parti che ricorrano a tale strumento il mero svolgimento di un'attività intesa come semplice prestazione di una determinata quantità di lavoro. Ciò che rileva è dunque il prodotto del lavoro prestato.⁽¹⁾ Da ciò discende che l'appaltatore presta la propria opera senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente ed assume quindi su di sé il rischio della gestione, come affermato dall'art. 1655 c.c..

Si discute in dottrina se debba sussistere la qualifica di imprenditore in capo all'appaltatore, in modo da poter derivare da essa tutte le garanzie che l'ordinamento attribuisce ai terzi sulla base della determinazione del tipo di diligenza specifica prevista dal secondo comma dell'art. 1176 c.c.. A questo riguardo la Corte di Cassazione ha precisato che « A differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Pertanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione nego-

⁽¹⁾ D'AURIA, *Appalto*, in *Dei singoli contratti*, Milano 2002, 1.

ziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti, e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, qualunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto».⁽²⁾ Questa caratterizzazione della fattispecie condotta sulla osservazione diretta del rapporto giuridico che lega il committente all'appaltatore, aveva già spinto certa parte della dottrina ad elaborare la figura del c.d. "appalto occasionale" inteso come l'appalto esercitato dall'appaltatore non imprenditore; con ciò si sottolineava la possibilità che «l'organizzazione dei mezzi necessari» richiesta dal codice civile potesse anche non assumere carattere di impresa a causa dell'esercizio non professionale di tale attività.⁽³⁾ Il contratto in esame è in teoria utilizzabile anche da chi non è imprenditore, pur essendo questa una circostanza non molto frequente nella prassi degli affari immobiliari. La Suprema Corte affermando che «L'art. 1176 cod. civ. non è norma invocabile per identificare il contenuto di un'obbligazione, determinato invece dalla fonte che la costituisce, bensì per individuare gli accorgimenti ed i mezzi nell'adempimento di essa»⁽⁴⁾, non esita a ricordare che la prima fonte di diritto tra due parti che si sono vincolate contrattualmente è proprio il contratto, essendo tale valutazione tanto ovvia quanto indispensabile; nelle parole della Cassazione «L'identificazione dei soggetti che rivestono in un determinato rapporto contrattuale la qualifica di parti direttamente impegnate alle conseguenze giuridiche di un contratto costituisce indagine di merito che non è sindacabile in sede di legittimità ove sia sorretta da motivazione congrua e immune da vizi logici e giuridici».⁽⁵⁾

Se concentriamo la nostra attenzione sulla struttura generale dell'illecito aquiliano, non possiamo prescindere dal considerare come per il Diritto Civile l'aver cagionato ad altri un danno ingiusto, una volta verificato il nesso causale tra condotta ed illecito, costituisca una valutazione di merito che diviene valutazione di legittimità soltanto nei casi di più difficile discernimento. Sostiene a proposito la Corte che «La ricostruzione delle modalità del fatto generatore del danno, la valutazione della condotta dei soggetti che vi sono coinvolti e l'accertamento della esistenza o meno del rapporto di causalità tra i comportamenti accertati e l'evento si risolvono in altrettanti giudizi di merito sottratti, una volta che risultino congruamente motivati, al sindacato di legittimità».⁽⁶⁾

Nel contratto di appalto tale valutazione deve essere effettuata sul disposto dell'art. 1669 c.c.

Gli orientamenti più recenti non hanno mancato di considerare come la crescente complessità dei rapporti economici richieda oggi una sfera di re-

⁽²⁾ Cass., sentenza 10 dicembre 1979, n. 6416 (Rv. 403149).

⁽³⁾ STOLFI, voce *Appalto*, in *ED*, II, 1958.

⁽⁴⁾ Cass., sentenza 13 febbraio 1998, n.1560 (Rv. 512613).

⁽⁵⁾ Cass., sentenza 7 febbraio 1972, n. 283 (Rv. 356128).

⁽⁶⁾ Cass., 6 agosto 1987, n. 6759 (Rv. 454965).

sponsabilità che comprenda le nuove applicazioni che investono il contratto di appalto. Ad esempio, riguardo all'«organizzazione dei mezzi necessari» richiesta quale attività dell'appaltatore, è interessante osservare che «(...) non è indispensabile che l'appaltatore disponga direttamente di tutti i mezzi, ma è necessario che la combinazione degli stessi, la scelta e la responsabilità sulla loro utilizzazione sia, comunque, a lui imputabile. In quest'ottica, pertanto, il rischio della gestione dell'opera o del servizio dovrà essere inteso, non solo quale rischio economico di impresa in termini di risultato, ovvero il conseguimento dell'utile prefissato o realizzazione di una perdita dell'attività svolta, ma anche quale somma di tutte le conseguenze di ordine giuridico che possono derivare dall'organizzazione e dall'utilizzazione dei mezzi e delle risorse umane, impiegati dall'appaltatore nell'esecuzione dell'opera o del servizio».⁽⁷⁾

La nozione di appalto data dall'art. 1655 c.c. è la descrizione dell'attività di «una parte». L'esplicazione di questa qualifica è la capacità di assumere «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro». Se dunque l'appalto è attività dell'appaltatore, nel settore dell'edilizia, in cui assolutamente predominante è la figura dell'appaltatore quale impresa appaltatrice, l'organizzazione dei mezzi di produzione necessari a fornire l'opera o il servizio al committente, richiedono frequentemente l'apporto di differenti professionisti, chiamati a coadiuvare l'attività dell'imprenditore, affinché diversi saperi possano originare un'unica realtà.

La prassi riscontrabile sulla base di questa osservazione è stata tradizionalmente quella di notare che qualora un architetto, un ingegnere od un geometra, avessero redatto un progetto esecutivo edilizio affetto da errore o viziato da negligenza, oppure avessero negligenzemente diretto i lavori ad esso relativi la loro responsabilità civile trovasse un titolo diverso e distinto da quello dell'appaltatore. In particolare si è ritenuto che dovessero applicarsi le norme degli artt. 2229 ss. c.c. non potendosi richiamare le norme sull'appalto ed in particolare l'art. 1669 c.c. perché nelle professioni suddette manca il requisito della qualifica di imprenditore con la conseguente impossibilità di estensione dell'assunzione del rischio in capo a soggetti diversi dall'appaltatore. Perciò mentre l'appaltatore è obbligato a fornire il risultato contrattualmente stabilito, il libero professionista è tenuto solo a fornire la propria opera intellettuale in una tipica obbligazione di mezzi. I diversi titoli da cui discendono due tipologie diverse di responsabilità, verrebbero così ad escludere categoricamente la possibilità di configurare la responsabilità solidale dei predetti soggetti.⁽⁸⁾

⁽⁷⁾ BACCHINI, *Il contratto d'appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere la sicurezza sul lavoro*, Padova, 2001, 2.

⁽⁸⁾ Cfr. CATTANEO, *Responsabilità solidale del direttore lavori e del progettista con l'impresa appaltatrice per vizi dell'opera*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 9, 2005, 19.

Nella sentenza in commento il giudice ha però ritenuto di dover considerare come nell'ipotesi di insorgenza di un danno derivante sia da un errore progettuale che dalla mancata correzione di esso in sede esecutiva, derivi al committente un danno dal quale le diverse responsabilità non sono separabili in base ad un titolo diverso poiché cagionanti ai sensi dell'art. 1669 c.c. un danno unico, che richiede per essere scoperto in tempo utile, un grado di conoscenza dello stato della tecnica che è presente solo in chi ha progettato, diretto ed eseguito i lavori.

Infatti viene richiamata nella sentenza una pronuncia della Cassazione secondo cui «In tema di appalto, l'onere della denuncia del vizio dell'edificio appaltato sorge, a norma dell'art. 1669 cod. civ., non già per effetto della semplice manifestazione e percezione del difetto costruttivo, ma per effetto della riconducibilità del difetto alla fattispecie legale, e cioè per effetto della rilevanza del difetto stesso come segnale di rovina, di evidente pericolo di rovina o di gravi vizi dell'opera e, ancora dell'accertamento della sua dipendenza da insufficienza della attività di progettazione o di esecuzione del suo autore e della imputabilità a costui di tale insufficienza di attività. Non rileva, pertanto, che (come nella specie), taluni vizi siano espressamente denunciati solo con la domanda giudiziale, ed accertati, conseguentemente, nel corso del processo, dacché, qualora i relativi estremi possano con certezza emergere soltanto da una consulenza tecnica, è dal momento del deposito di quest'ultima che decorre il termine annuale per la denuncia».⁽⁹⁾

Tale orientamento è stato ribadito anche dalla Corte di Appello di Genova sul presupposto della solidarietà della responsabilità derivante dall'aver concorso a cagionare un danno inscindibile al committente. Quindi il comportamento del progettista-direttore dei lavori deve essere valutato non secondo il criterio della normale diligenza, ma secondo il principio della *diligentia quam in concreto*; è compito del professionista sia accertare la conformità dell'opera al progetto sia verificare la corrispondenza delle modalità di esecuzione al capitolato e/o alle regole della tecnica.⁽¹⁰⁾ Anche se quella del direttore dei lavori rimane pur sempre un'obbligazione di mezzi, essendo un'attività intellettuale, il professionista non è liberato da qualsiasi responsabilità se si limita a constatare che l'opera sia conforme al progetto da lui predisposto. Difatti, bisogna ritenere di più ampia portata la natura del suo obbligo, poiché egli deve avere un grado di diligenza volto «all'individuazione e alla correzione di eventuali carenze progettuali, che impediscano quella "buona riuscita" per la quale egli è tenuto ad adoperarsi».⁽¹¹⁾

Del resto la Corte di Appello di Perugia, nella sentenza in commento, ha

⁽⁹⁾ Cass. sentenza 17 dicembre 1999, n. 14218 (Rv. 532311).

⁽¹⁰⁾ Cfr. MALAGOLI, *Interpretazioni dell'obbligo di diligenza del progettista/direttore dei lavori*, in *Immobili & Diritto*, n. 4, 2005, 14.

⁽¹¹⁾ Cass., sentenza 30 maggio 2000, n. 7810 in MALAGOLI, *Interpretazioni dell'obbligo di diligenza del progettista/direttore dei lavori*, in *Immobili & Diritto*, n. 4, 2005, 16.

voluto fare propria la recente precisazione svolta in materia dalla Corte di Cassazione quando ha precisato che «L'ipotesi di responsabilità regolata dall'art. 1669 cod. civ. in tema di rovina e difetti di immobili ha natura extracontrattuale e, conseguentemente, trova un ambito di applicazione più ampio di quello risultante dal tenore letterale della disposizione – che fa riferimento soltanto all'appaltatore nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, perché operante anche a carico del progettista, del direttore dei lavori e dello stesso committente che abbia provveduto alla costruzione dell'immobile con propria gestione diretta, ovvero sorvegliando personalmente l'esecuzione dell'opera, si da rendere l'appaltatore un mero esecutore dei suoi ordini. Il suo presupposto risiede quindi, in ogni caso, nella partecipazione alla costruzione dell'immobile in posizione di "autonomia decisionale". (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, in cui era stata correttamente ravvisata una responsabilità del committente ex art. 1669 cod.civ. in quanto riferita ai lavori di completamento dell'immobile, previsti nel contratto preliminare come a carico della parte promettente venditrice, e da questa direttamente supervisionati, benché materialmente eseguiti da un'impresa terza)»⁽¹²⁾.

La Corte di Appello di Perugia giunge a questa osservazione sulla base di una sentenza precedente che afferma lo stesso principio in una diversa ottica:

«In tema di appalto ed in ipotesi di responsabilità ex art. 1669 cod. civ. per rovina o difetti dell'opera, la natura extracontrattuale di tale responsabilità trova applicazione anche a carico di coloro che abbiano collaborato nella costruzione, sia nella fase di progettazione o dei calcoli relativi alla statica dell'edificio, che in quella di direzione dell'esecuzione dell'opera, qualora detta rovina o detti difetti siano ricollegabili a fatto loro imputabile. Ne consegue che la chiamata in causa del progettista e/o direttore dei lavori da parte dell'appaltatore, convenuto in giudizio per rispondere, ai sensi dell'art. 1669 cod. civ., dell'esistenza di gravi difetti dell'opera, e la successiva chiamata in causa di chi ha effettuato i calcoli relativi alla struttura e statica dell'immobile da parte del progettista e/o direttore dei lavori effettuata non solo a fini di garanzia ma anche per rispondere della pretesa dell'attore, comporta, in virtù di quest'ultimo aspetto, che la domanda originaria, anche in mancanza di espressa istanza, si intende automaticamente estesa al terzo, trattandosi di individuare il responsabile nel quadro di un rapporto oggettivamente unico».⁽¹³⁾

La Corte di Appello di Perugia ha inteso altresì ribadire quanto la Corte di Cassazione ha esposto con dovizia di particolari circa la sussistenza di più responsabilità solidali anche se di natura diversa, accomunate dall'aver concorso a provocare un medesimo danno ai sensi dell'art. 1669 c.c. :

«Ai fini della costruzione di opere edilizie l'indagine sulla natura e consistenza del suolo edificatorio rientra, in mancanza di diversa previsione contrattuale, tra i compiti dell'appaltatore, trattandosi di indagine – impli-

⁽¹²⁾ Cass., sentenza 16 febbraio 2006, n. 3406 (Rv.586414).

⁽¹³⁾ Cass., sentenza 30 maggio 2003, n. 8811 (Rv.563824).

cante attività conoscitiva da svolgersi con l'uso di particolari mezzi tecnici – che al medesimo, quale soggetto obbligato a mantenere il comportamento diligente dovuto per la realizzazione dell'opera commessagli con conseguente obbligo di adottare tutte le misure e le cautele necessarie ed idonee per l'esecuzione della prestazione secondo il modello di precisione e di abilità tecnica nel caso concreto idoneo a soddisfare l'interesse creditorio, spetta assolvere mettendo a disposizione la propria organizzazione, atteso che lo specifico settore di competenza in cui rientra l'attività esercitata richiede la specifica conoscenza ed applicazione delle cognizioni tecniche che sono tipiche dell'attività necessaria per l'esecuzione dell'opera, sicché è onere del medesimo predisporre un'organizzazione della propria impresa che assicuri la presenza di tali competenze per poter adempiere l'obbligazione di eseguire l'opera immune da vizi e difformità. Ed atteso che l'esecuzione a regola d'arte di una costruzione dipende dall'adeguatezza del progetto alle caratteristiche geologiche del terreno su cui devono essere poste le relative fondazioni, e la validità di un progetto di una costruzione edilizia è condizionata dalla sua rispondenza alle caratteristiche geologiche del suolo su cui essa deve sorgere, il controllo da parte dell'appaltatore va esteso anche in ordine alla natura e consistenza del suolo edificatorio. Ne consegue che per i difetti della costruzione derivanti da vizi ed inidoneità del suolo – anche quando gli stessi sono ascrivibili alla imperfetta od erronea progettazione fornitagli dal committente – l'appaltatore risponde (in tal caso prospettandosi l'ipotesi della responsabilità solidale con il progettista, a sua volta responsabile nei confronti del committente per inadempimento del contratto d'opera professionale *ex art. 2235 c.c.*) nei limiti generali in tema di responsabilità contrattuale della colpa lieve, presupponente il difetto dell'ordinaria diligenza, potendo andare esente da responsabilità solamente laddove nel caso concreto le condizioni geologiche non risultino accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure»⁽¹⁴⁾.

Questa interpretazione data dalla Corte di Appello di Perugia, viene condotta altresì tenendo presente i profili di specialità della norma contenuta nell'art. 1669 cod. civ. rispetto al disposto dell'art. 2043 cod.civ., secondo un principio riscontrabile anche in una precedente pronuncia della Cassazione secondo la quale «in tema di costruzione di edifici, deve applicarsi non l'art. 2043 cod. civ., ma l'art. 1669 cod. civ., che si riferisce sia alla responsabilità contrattuale sia quella extracontrattuale, a meno che non si ravvisi la sussistenza di un illecito che non consista nella costruzione non conforme a regola d'arte o che non tenga conto dei vizi del suolo». ⁽¹⁵⁾

RICCARDO CORNELI

⁽¹⁴⁾ Cass., sentenza 31 maggio 2006, n. 12995 (Rv. 591370).

⁽¹⁵⁾ Cass., sentenza 23 marzo 1977, n. 1136; Cfr. FINELLI, *Rovina e difetti di beni immobili: la responsabilità dell'appaltatore*, in *Immobili & Diritto*, n. 4, 2005, 123.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PERUGIA – 2 febbraio 2007 –
Pres. Est. CENCI.

Adozione - Idoneità all'adozione internazionale - Dichiarazione a favore di persone singole - Ammissibilità. (Convenzione dell'Aja 29 maggio 1993, l. 4 maggio 1983 n. 184, art. 29 bis, 31 c. 2, 44 lett. d).

L'adozione non legittimante ex art. 44 lett. d l. 4 maggio 1983 da parte di persone singole deve essere consentita anche a favore dei minori stranieri in quanto una diversa interpretazione contrasterebbe con il principio di uguaglianza sancito dalla nostra Costituzione, non essendo ammissibili la sottrazione del minore straniero alle tutele offerte al minore italiano e la sua discriminazione rispetto a quest'ultimo (1).

(*Omissis*). Con ricorso depositato in data 27 aprile 2006 B. A. esponeva di convivere in una villetta di sua proprietà unitamente alla madre vedova ed a P. L. (con il quale aveva contratto matrimonio religioso l'11 giugno 1983);

nell'ambito del progetto di assistenza internazionale attraverso l'associazione "Aiutiamoli a crescere" aveva ospitato il minore bielorusso M. V., nato il 15 marzo 1997, nei periodi 15 dicembre 2004 – 15 gennaio 2005, 30 giugno 2005 – 29 agosto 2005 e per le festività natalizie 2005-2006 sino al 15 gennaio 2006;

il bambino, mai conosciuto dal padre naturale ed abbandonato dalla madre, ormai irrimediabilmente collocato nell'istituto di Vileika, si era inserito con semplicità e naturalezza nel suo nucleo familiare, dal quale si era distaccato con profonda sofferenza.

Tutto ciò premesso l'istante chiedeva che venisse dichiarata l'idoneità all'adozione internazionale del detto minore (*Omissis*).

La domanda è fondata e va accolta. Va premesso che la Bielorussia richiede la dichiarazione di idoneità all'adozione della ricorrente, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1992, trattandosi di adozione che deve valere all'estero. Secondo l'ordinamento di quel paese, il decreto di adozione potrebbe essere emesso dal competente Tribunale bielorusso qualora non risultino pervenute domande di adozione del minore da parte di cittadini ed a condizione che gli aspiranti adottanti non richiedano la segretezza dell'adozione ed accettino gli eventuali contatti con i fratelli. In sostanza, l'adozione potrebbe avvenire in Bielorussia con le forme dell'adozione italiana in casi particolari, che non rompe i rapporti con la famiglia di origine ed esclude la segretezza.

Ritiene il Collegio (conformemente a quanto si evince dall'ordinanza 15-29 luglio 2005, n. 347, della Corte Costituzionale) che l'adozione non

legittimante ex art. 44 lett. d, l. 184/1983 debba ritenersi consentita – ferma restando in linea generale la preferenza del legislatore per le coppie sposate e stabili – anche alle persone singole, alla stregua delle considerazioni che seguono: secondo la Convenzione dell'Aja non vi è riserva assoluta dell'adozione per le persone sposate, come si evince dall'art. 2 che è così formulato “a seguito di adozione da parte di coniugi o di una persona; tale riserva è richiesta dall'art. 6 della succitata l. 184/1983, richiamato dal successivo art. 29 bis per la sola adozione legittimante, prevista dal titolo secondo, e non anche per l'adozione internazionale, regolata dal successivo titolo terzo;

la legge di ratifica della Convenzione (L. 31 dicembre 1998, n. 476) prevede espressamente una possibilità di adozione da parte del singolo, che è quella del parente entro il sesto grado ovvero persona che abbia avuto rapporti stabili e duraturi con il minore nell'ipotesi di orfanità di questi (art. 44 comma 1 lett. a e 3) l. 184/1983, ma non esclude altre ipotesi di adozione non legittimante;

una diversa interpretazione contrasterebbe, all'evidenza con l'art. 2 della Costituzione, non essendo ammissibili la sottrazione del minore straniero alle tutele offerte al minore italiano e la sua discriminazione rispetto a quest'ultimo; l'art. 3, essendo irragionevole la preclusione dell'adozione – sia pure nelle limitate ipotesi di cui all'art. 44 L. 184/1983 – da parte di bambini in stato di abbandono; e, ultimo ma non meno importante, l'art. 30 per violazione del diritto del minore, sia italiano che straniero in stato di abbandono, di essere allevato ed istruito in ambiente idoneo.

Ciò posto, ritiene il Tribunale che ricorrano tutte le condizioni stabilite dalla legge, e specificatamente: l'indubbia idoneità affettiva e capacità della B. di educare ed istruire il minore; l'intenso rapporto tra adottante ed adottato, la buona situazione personale ed economica dell'adottante, nonché la grande unità del nucleo familiare; la personalità del minore che nutre un forte sentimento filiale verso la donna ed i componenti il nucleo familiare di questa; la sperimentata possibilità di idonea convivenza, per più e significativi periodi di tempo sperimentata. In conclusione il ricorso merita accoglimento. (*Omissis*).

(1) Vecchie e nuove problematiche dell'adozione internazionale.

La pronuncia in epigrafe risulta di particolare interesse perché concerne l'istituto dell'adozione internazionale del quale si dibatte da tempo.

Prima di scendere nello specifico della questione che ci riguarda, è necessario fare alcune premesse per chiarire cosa è cambiato nella regolamentazione dell'istituto.

Le fonti normative cui riferirsi sono la legge n. 184 del 1983 "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori" (modificata dalla legge 28 marzo 2001 n. 149 "Diritto del minore ad una famiglia") ma soprattutto la Convenzione Aja del 29 maggio 1993 "Sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale" recepita nel nostro ordinamento con la legge 31 dicembre 1998 n. 476.

L'adozione internazionale è l'adozione di un minore straniero residente all'estero compiuta da persone residenti in Italia o da cittadini italiani residenti all'estero (o di un minore italiano da parte di stranieri). Al minore straniero residente in Italia non si applicano dunque le disposizioni concernenti l'adozione internazionale ma quelle che disciplinano l'adozione nazionale. Tra i soggetti adottanti sono comprese le persone residenti in Italia e non solo i cittadini italiani, ragione per cui i cittadini stranieri residenti in Italia, qualora intendessero adottare, avrebbero la facoltà di seguire tale procedura.

Il fenomeno dell'adozione internazionale si sviluppa dopo la seconda guerra mondiale quando in America nasce un movimento di opinione in aiuto degli orfani di guerra, tremilasettecento orfani italiani venivano infatti adottati negli Stati Uniti.

In Europa rimane sconosciuta fino alla metà degli anni sessanta.

Nel nostro ordinamento la prima legge sull'adozione "moderna", legittimante, è la legge del Canton del 5 giugno 1967, n. 431 che si limitava a precisare che il minore di cittadinanza straniera, legittimato per adozione da coniugi italiani, acquistava ipso iure la cittadinanza degli adottanti⁽¹⁾, la legge tuttavia lasciava irrisolte gravi e numerose questioni. Negli anni ottanta l'adozione diviene un fenomeno di massa⁽²⁾. In tale momento si inserisce la legge n. 184 del 1983 che ha disciplinato nel titolo III l'adozione internazionale, anteriormente non regolamentata.

La legge del 1983⁽³⁾ equiparava i requisiti degli adottanti di minore italiano a quelli di minore straniero, ammetteva però che gli aspiranti adottandi, una volta ottenuta la dichiarazione di idoneità all'adozione, potessero

⁽¹⁾ M. DOGLIOTTI, *Adozione internazionale, Ratifica della Convenzione dell'Aja e nuova disciplina*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 1999, 5 ss.

⁽²⁾ L. FATIGA, *L'adozione*, Bologna, 1999, 63 ss, "Nel 1982 le adozioni di bambini stranieri pronunciate dai tribunali per i minorenni furono in tutto meno di trecento. Due anni dopo, entrata in vigore la legge 4 maggio 1983 n. 184, gli stessi Tribunali dovettero occuparsi di circa mille bambini stranieri e di 2.300 domande di coppie intenzionate ad adottare all'estero... Tra le ragioni di un aumento così rapido va certamente messa la legge del 1983, che ha regolato un fenomeno privo in precedenza di confini giuridici precisi e limitato ad una ristretta cerchia di persone molto motivate. Ma le cause del boom sono molteplici. Tra le principali vanno ricordate, nei paesi socialmente avanzati, il calo degli abbandoni dell'infanzia e il problema della sterilità".

⁽³⁾ L. SACCHETTI, *Adozione internazionale sisma profondo*, in *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, 351.

gestire il resto della vicenda autonomamente⁽⁴⁾. Le coppie dunque si recavano nel paese prescelto e contattavano le famiglie o le istituzioni di assistenza, a volte a mezzo di intermediari⁽⁵⁾ assolutamente privi di scrupoli. Ne discendeva che sui minori stranieri il controllo pubblico si attenuava notevolmente e il problema centrale risultava essere quello dell'accertamento dell'effettiva situazione di abbandono dei bambini nei loro paesi di origine. La procedura suddetta purtroppo era spesso accompagnata dall'idea secondo la quale, sebbene sussistessero dubbi sullo stato di abbandono, il piccolo straniero sarebbe stato sicuramente più fortunato⁽⁶⁾ di tanti suoi coetanei potendo vivere in un paese ricco. Tutto ciò nell'ottica di una realizzazione dei bisogni degli adulti all'interno dei quali era lasciata al caso la soddisfazione degli interessi del bambino. V'è più, persino il giudice italiano, pur in situazioni di sospetto sulla reale condizione di abbandono del minore, diveniva impotente di fronte ad un provvedimento dello Stato di origine per di più formalmente ineccepibile.

In questa situazione permanevano gravi incertezze sulla salvaguardia dell'interesse del minore troppo spesso divenuto "merce di scambio" in paesi dove la miseria e l'incertezza rendono quanto mai potente il "mercato dei bambini"⁽⁷⁾. Qualcosa doveva cambiare e così, grazie all'impegno di alcuni Stati, nel 1988 si muoveva la conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁽⁸⁾ e si arrivava alla composizione della "*Convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption*" approvata il 29 maggio 1993⁽⁹⁾. I legislatori nazionali avevano individuato l'esigenza di fornire le pratiche di adozione internazionale di una precisa disciplina al fine di evitare pregiudizi per i minori, per le famiglie di origine e per quelle adottive. Per fare ciò erano quindi necessarie una maggiore armonizzazione delle regole e la conseguente cooperazione tra gli Stati coinvolti. Alla Convenzione vi apponeva la firma un elevato numero di paesi che si sono poi impegnati a recepirne il contenuto all'interno dei propri ordinamenti.

Il principio ispiratore di tanto impegno è stato quello del "superiore interesse del minore"⁽¹⁰⁾ che conforma il testo de quo allo spirito della Con-

⁽⁴⁾ Siamo di fronte al cosiddetto fenomeno del "fai da te".

⁽⁵⁾ L'art. 38 della legge 183 del 1984 rendeva facoltativo il ricorso ad enti autorizzati. Nel 1997 su duemila adozioni solo il 28% è stato effettuato tramite enti autorizzati.

⁽⁶⁾ In questa situazione ad un occhio attento non può sfuggire la problematica delle "adozioni non riuscite".

⁽⁷⁾ L. SACCHETTI, *Il nuovo sistema dell'adozione internazionale*, Rimini, 1999, 13 ss.

⁽⁸⁾ La Conferenza di diritto internazionale dell'Aja è uno strumento diplomatico creato per l'approvazione di accordi collettivi nel cui ambito collaborano esperti di diritto internazionale e della materia su cui si lavora.

⁽⁹⁾ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La riforma dell'adozione internazionale*, Torino, 1999.

⁽¹⁰⁾ A. C. MORO, *La Convenzione ONU a tutela dell'infanzia*, in *Bambino incompiuto*, 2, 1990, 17; M.R. SAULLE, *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento*

venzione ONU del 20 novembre 1989 sui “Diritti del fanciullo” ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la legge 176 del 1991. Sono principi che scaturiscono da una visione del bambino come persona⁽¹¹⁾, che nel percorso adottivo salvaguardano la sua specifica crescita personale e relazionale e che danno la possibilità al minore, naturalmente in rapporto all’età ed alla sua maturità, di partecipare attivamente alle decisioni che lo riguardano. Viene capovolta la concezione adultocentrica dell’adozione a favore di una concezione che tutela il diritto del minore alla famiglia in primo luogo alla propria⁽¹²⁾.

Principio cardine della nuova disciplina è quello della sussidiarietà secondo il quale l’adozione internazionale risulta essere residuale⁽¹³⁾, anzi doppiamente residuale, il minore ha il diritto di vivere nella propria famiglia⁽¹⁴⁾ e nel paese di nascita, solo quando ciò non si renda possibile interviene l’adozione internazionale. Nessun bambino deve lasciare il suo Stato di origine per essere adottato all’estero se prima le autorità del suo paese non abbiano accertato il suo reale stato di abbandono e che l’adozione da parte di connazionali non risulti realizzabile. Il tutto nel quadro del superiore interesse del minore il quale potrebbe trovare maggiori difficoltà di adattamento in ambienti culturalmente e socialmente diversi dal suo⁽¹⁵⁾. Alla luce della Convenzione diventa poi fondamentale l’intervento di due importanti soggetti sui quali tornerò più avanti: gli enti autorizzati, che svolgono tutte le pratiche di contatto con gli adottanti e i due stati interessati⁽¹⁶⁾, e l’Autorità Centrale (Commissione per le adozioni internazionali) che deve essere presente in ogni Stato.

italiano, Napoli, 1994; A.C.MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, 36 ss. V. POCAR- P. RONFANI, *Il giudice e i diritti dei minori*, Roma, 2004.

⁽¹¹⁾ A.M. DELL’ANTONIO, *Adozione internazionale e Convenzione dell’Aja*, Milano, 1997; A.PALAZZO, *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, 90 ss.

⁽¹²⁾ G. AUTORINO - P. STANZIONE, *Le adozioni nella nuova disciplina*, Milano, 2001, 2 ss.

⁽¹³⁾ G. CAMPANATO - V.ROSSI, *Manuale dell’adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, 440 ss.

⁽¹⁴⁾ Il principio è stato espressamente inserito nella legge 149 del 2001. L’art. 1 al comma 2 afferma che il diritto del minore alla propria famiglia non può trovare limitazioni, o ostacoli nella circostanza che la famiglia stessa versi in condizioni di indigenza, in tali casi infatti a favore della famiglia stessa sono disposti interventi di sostegno e di aiuto; il comma 4 dell’art.1 prevede che può farsi applicazione degli istituti di cui alla presente legge solo quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all’educazione del minore. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, 13 ss. M. G. RUO, *Il problema della tutela dei diritti nel procedimento per la dichiarazione di adattabilità*, in *Lessico di diritto di famiglia*, 2000, 4, 1. Vedasi anche Cass., 14 aprile 2006, n. 8877, in *Guida al diritto*, 2006, 22, 31.

⁽¹⁵⁾ G. CAMPANATO - V. ROSSI, *Manuale dell’adozione*, cit., 416 ss.

⁽¹⁶⁾ L. ROSSI CARLEO, *Adozione dei minori*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1997, 9. Gli enti curano la fase operativa dell’adozione che si svolge all’estero, devono concordare con l’autorità straniera circa la legittimazione dell’incontro tra la coppia e il minore.

Sebbene all'avanguardia in materia minorile, nel nostro ordinamento⁽¹⁷⁾ il percorso per l'adozione della legge n. 476 fu lungo e accompagnato da atteggiamenti contrastanti⁽¹⁸⁾.

La legge 31 dicembre 1998, n. 476, oltre ad autorizzare la ratifica e a dare piena esecuzione alla Convenzione, ha sostituito per intero con nuove norme le disposizioni concernenti l'adozione dei minori stranieri contenute nel capo I del titolo III "adozione internazionale" della l. 4 maggio 1983, n. 184 e modificato, della stessa legge, gli artt. 40, 41, 72 del capo II, relativi all'espatrio di minori a scopo di adozione.

Circa gli aspetti procedurali, la legge articola l'adozione in tre fasi. Il procedimento si apre con la presentazione da parte dei soggetti (che si trovano nelle condizioni prescritte dall'art. 6 l. 184/1983⁽¹⁹⁾) che intendono adottare un minore straniero residente all'estero, della dichiarazione di disponibilità all'adozione internazionale e della contestuale richiesta di dichiarazione di idoneità all'adozione stessa. La competenza è del Tribunale per i minorenni del distretto di residenza⁽²⁰⁾ degli adottanti. Il Tribunale che non ritiene di dovere immediatamente pronunciare il decreto di inidoneità per manifesta carenza dei requisiti di cui all'art. 6 della legge, avvia un'istruttoria trasmettendo copia della dichiarazione di disponibilità ai servizi degli enti locali affinché questi ultimi informino gli aspiranti genitori sull'adozione e sulle relative procedure, li preparino all'adozione internazionale e acquisiscano tutte le informazioni utili ai fini della valutazione da parte del Tribunale dell'idoneità della coppia all'adozione⁽²¹⁾. Entro quattro mesi dalla trasmissione della dichiarazione di disponibilità i servizi devono inviare al tribunale una relazione sugli aspiranti genitori adottivi. Entro i due mesi successivi, sentiti gli aspiranti adottanti e compiuti eventuali ulteriori approfondimenti, il Tribunale si pronuncia sulla dichiarazione di idoneità al-

⁽¹⁷⁾ L'Italia seppure promotrice della Convenzione, ratificava solo nel 1998, il Parlamento infatti rimaneva bloccato su due questioni, una fu quella del segreto sulle origini del minore, problema poi riaffrontato con la riforma del 2001, l'altra sulle funzioni da attribuire alle Autorità Centrali.

Sulla conoscenza delle origini, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni-Sclesinger*, Milano, 2007. M. PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano 2004.

⁽¹⁸⁾ L. FATIGA, *La necessità di politiche comuni nell'adozione internazionale*, in *Minori e giustizia*, 1994, n. 3, 13 ss. A. GERMANÒ, *L'adozione internazionale dalla legge 4 maggio 1983 n. 184 alla Convenzione de l'Aja del 29 maggio 1993*, in *Dir. fam.*, 1995, 1567.

⁽¹⁹⁾ Art. 6 l.184/1983 "L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere luogo negli ultimi tre anni separazione personale e neppure di fatto". T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2006.

⁽²⁰⁾ Art. 29 bis l. 184/1983.

⁽²¹⁾ R. CAFARI PANICO, *Adozione, Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2002, 3 ss.

l'adozione ed ove lo ritenga opportuno inserisce nel decreto di idoneità "indicazioni volte a favorire il migliore incontro" tra la coppia ed il minore da adottare⁽²²⁾.

Il decreto ha efficacia temporale di un anno dalla data di comunicazione, se gli interessati entro tale termine non abbiano provveduto ad incaricare uno degli enti autorizzati *ex art.* 39 *ter*⁽²³⁾, esso perde la sua efficacia che altrimenti conserva fino a quando la procedura di adozione non sia stata ultimata. Il decreto è trasmesso d'ufficio alla Commissione per le adozioni internazionali (CAI) che costituisce la nostra Autorità centrale e rappresenta la novità di maggiore rilievo introdotta dalla legge 476; la CAI è incaricata di svolgere funzioni di grande rilievo affidatele dall'art. 6 della Convenzione⁽²⁴⁾, tra le quali quelle di raccordo e coordinamento con le Autorità centrali degli

⁽²²⁾ È certamente da escludere che il decreto di idoneità possa contenere indicazioni circa i caratteri somatici, il colore della pelle o la razza del minore. Alcuni giudici viceversa hanno interpretato in maniera estensiva la facoltà di inserire indicazioni nel decreto. Vedasi Trib. Min. Ancona, 25 gennaio 2001: "Il Tribunale per i minorenni, nell'accertare l'idoneità all'adozione internazionale di una specifica coppia di coniugi, può limitarla ad un solo minore che non sia di colore e la cui differenza di età sia compresa tra i diciotto e i quaranta anni". Si veda anche Trib. Min. Firenze 20 aprile 2001.

Secondo uno studio dell'Istituto degli Innocenti di Firenze il 16% dei decreti di idoneità è "mirato" ossia contiene indicazioni specifiche.

⁽²³⁾ Gli enti esistevano già prima della nuova disciplina ma con compiti meno definiti e soprattutto il loro intervento era meramente facoltativo. Oggi è obbligatorio rivolgersi ad un ente ai fini del corretto espletamento della procedura di adozione. Attualmente gli enti autorizzati sono sessantotto. Il 31 ottobre 2000 veniva pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il primo albo degli enti autorizzati all'intermediazione. Gli enti devono avere caratteristiche tecnico professionali corrispondenti ai requisiti imposti dalla legge. Le competenze degli enti sono molteplici e vanno dalle attività inerenti il concreto svolgersi delle singole procedure di adozione internazionale, a quelle di sostegno agli adottanti, fino a compiti di certificazione. Secondo l'art. 11 l. 476/1998 l'ente "deve perseguire solo scopi non lucrativi nelle condizioni e nei limiti fissati dall'autorità competenti dello Stato che concede l'abilitazione". G. ASSANTE, P. GIANNINO, F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Roma, 2000, 135 ss.

⁽²⁴⁾ Art 6 l.476/1998: "Ogni Stato contraente designa un'Autorità centrale incaricata di svolgere i compiti che le sono imposti dalla Convenzione". Art. 7: "Le Autorità centrali debbono cooperare fra loro e promuovere la collaborazione fra le autorità competenti dei loro Stati per assicurare la protezione dei minori e per realizzare gli altri scopi della Convenzione". Art. 8: "Le Autorità centrali prendono, sia direttamente sia col concorso di pubbliche autorità, tutte le misure idonee a prevenire profitti materiali indebiti in occasione di un'adozione...". A tale ultimo fine è diretto anche il controllo effettuato sugli enti da parte della Commissione, sui requisiti e sulle modalità con cui essi operano. La Commissione è composta da 17 membri, si è insediata il 2 maggio 2000 presso il Dipartimento Affari sociali della Presidenza del Consiglio dei Ministri. I suoi compiti si possono dire "teorico-pratici". Tra questi c'è anche la promozione di accordi bilaterali con i paesi che non hanno partecipato alla Convenzione.

altri Stati. Il decreto è trasmesso altresì all'ente autorizzato cui gli aspiranti genitori abbiano già conferito l'incarico che curerà la procedura di adozione. Tale fase operativa, grazie all'intervento dell'Autorità centrale, che autorizzerà l'ingresso del minore nel paese di accoglienza, sfocerà in quella conclusiva relativa all'ordine di trascrizione, emesso dal giudice, del provvedimento di adozione.

Il decreto di idoneità può anche essere revocato per cause sopravvenute che incidano in modo rilevante sul giudizio di idoneità. I decreti di idoneità, inidoneità e revoca sono suscettibili di reclamo avanti alla Corte d'Appello da parte del Pubblico Ministero e degli interessati. Come detto sopra nella nuova procedura per l'adozione internazionale intervengono due importanti soggetti, gli enti autorizzati e l'Autorità centrale che costituiscono una forte garanzia ai fini del corretto espletamento dell'intero procedimento.

Tutto ciò, in estrema sintesi, per rammentare il percorso adottivo conforme alla nuova normativa.

La pronuncia in epigrafe dunque consente diverse riflessioni. Il piccolo bielorusso avevo soggiornato a più riprese⁽²⁵⁾, soprattutto nei periodi estivi e natalizi, presso la signora B. e con essa aveva instaurato un rapporto affettivo importante e rassicurante, sostitutivo di quello materno. Nel paese d'origine il piccolo era stato collocato in un istituto di assistenza che rendeva certamente insostituibile il calore di una famiglia. Il fenomeno degli affidamenti temporanei è stato molto frequente in Italia. Si fa riferimento a quelle forme di sostegno umanitario dell'infanzia e dell'adolescenza che consistono nell'ospitalità temporanea a favore minori stranieri in particolari condizioni. I bambini provengono da paesi in condizioni di particolari difficoltà⁽²⁶⁾, paesi devastati da guerre e carestie. Dati Censis relativi agli anni 1994 – 2002 evidenziano che sono giunti in Italia circa 40.000 bambini l'anno, il 53% dei quali dalla Bielorussia. In molti di questi casi, quei soggiorni per periodi determinati portavano a richieste di adozione anche da parte di chi non aveva i requisiti stabiliti dalla legge. Tale situazione purtroppo rendeva ancora più penosa la situazione del minore legato agli ospitanti ma in una condizione di "figlio a metà". Nella pronuncia de qua si parte da un affidamento di questo tipo, per poi giungere alla richiesta di adozione internazionale ex art. 44 l. 184/1983, nello specifico a favore di single. Nel nostro ordinamento l'adozione internazionale è consentita alle coppie coniugate secondo l'art. 29 bis della legge 184/1983 che rimanda all'art. 6 della stessa legge. La signora B. risultava coniugata ma solo religiosamente non potendo così accedere alle procedure di cui all'art. 29 *bis*. Per superare

⁽²⁵⁾ Secondo l'attuale normativa il soggiorno non può superare i novanta giorni annui prorogabili fino ad un massimo di centocinquanta con riferimento a progetti che comprendono periodi di attività scolastica o casi di forza maggiore.

⁽²⁶⁾ Spesso si trattava di minori che portano le conseguenze del disastro di Chernobyl. L. FATIGA, *L'adozione*, cit.

tale difficoltà decide di chiedere direttamente in Italia l'adozione in casi particolari del piccolo bielorusso. L'istituto dell'adozione in casi particolari, ex art. 44 l. 184 del 1983 modificata dalla legge 149 del 2001, disciplina situazioni diverse creando un vincolo di filiazione giuridica che non va a sostituirsi a quello di filiazione di sangue e non produce effetti legittimanti. L'adozione così intesa riesce quindi a formalizzare un rapporto tra minore e nucleo familiare che si sta occupando di lui⁽²⁷⁾. Nelle situazioni indicate dalla lettere a, b, c, d dell'art. 44 i minori possono essere adottati anche a prescindere dalla dichiarazione di adottabilità. Il "caso particolare" della nostra pronuncia è quello della lettera d dell'art. 44 ossia quello della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo"⁽²⁸⁾. È l'ipotesi che si fonda sulla particolare condizione del minore che, pur trovandosi in stato di abbandono, non riesce ad essere affidato. Soprattutto in giurisprudenza si è sviluppato un vivace dibattito sull'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo"⁽²⁹⁾. La casistica è vasta, ma per quello che qui ci preme, una interpretazione ampia della lettera d dell'art. 44 ha considerato come impossibilità di affidamento preadottivo la situazione in cui risulta pregiudizievole sradicare il minore da un nucleo familiare con il quale ha intessuto profondi legami affettivi per inserirlo in un altro più rispondente ai requisiti dell'art. 6⁽³⁰⁾ della legge. Il compito per i giudici in questi casi è ancora più difficile, da un lato c'è la necessità di realizzare prima di tutto l'interesse del minore⁽³¹⁾, dall'altro a loro spetta il compito del rispetto della legalità, non mancano allora decisioni punitive⁽³²⁾ atte anche a scongiurare situazioni di aggiramento della legge. Ricordiamo il tristemente noto caso della piccola "Maria", nel quale complici anche gli stessi aspiranti genitori adottivi e il clamore mediatico di un caso diplomatico, risulta difficile intravedere la realizzazione del preminente interesse della minore.

La legislazione "nazionale" conosce poi l'adozione da parte dei single nei casi particolari di cui all'art. 44 l. 184/1983, ed anche nelle speciali circostanze

⁽²⁷⁾ C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia, le successioni*, Milano, 2001.

⁽²⁸⁾ L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e l'adozione in Trattato Rescigno*, IV, Torino, 1997, 462 ss.

⁽²⁹⁾ Corte Cost. 7 ottobre 1999 n. 383 in *Guida al dir.*, 1999, fasc. 41, 54, con nota di A. FINOCCHIARO. Trib. Min. Roma 20 luglio 2001, in *Giur. Merito*, 2003, 1123 con nota di D. ORLANDI.

⁽³⁰⁾ Abbiamo assistito a casi in cui il giudice ha pronunciato adozione in casi particolari anche in favore di soggetti colpevoli di aver introdotto illegalmente il bambino nella loro famiglia, ciò al fine di non sradicare il minore da un ambiente dove si era fortemente inserito.

⁽³¹⁾ L. n. 176/1991 art. 3 c. 1 "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

⁽³²⁾ N. GINZBURG, *Serena Cruz o la vera giustizia*, Milano, 1990.

di cui all'art. 25 c. 4 e 5 della stessa legge. Tali casi sono i soli nei quali il legislatore si è avvalso della facoltà rimessa agli Stati dall'art. 6 della "Convenzione europea in materia di adozioni dei minori", firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967⁽³³⁾ e ratificata in Italia con legge 357/1974, secondo il quale "La legge permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio, che esse adottano simultaneamente o successivamente, o da parte di un solo adottante". La Consulta ha affermato che la suddetta norma attribuisce al legislatore una mera facoltà di ammettere all'adozione di minori anche persone singole e non un vero obbligo in tal senso⁽³⁴⁾. Attualmente la realtà sociale offre una serie variegata di modelli familiari tra i quali la famiglia unipersonale, il fenomeno sta assumendo sempre maggiore rilevanza ma non si possono negare le difficoltà di voler oggettivare in senso unipersonale la famiglia che, anche etimologicamente, sta ad indicare un nucleo sociale comunque composto da due o più persone⁽³⁵⁾.

Per il caso che ci riguarda, il giudice si è ispirato ad una pronuncia della Corte Costituzionale⁽³⁶⁾ che ha chiarito il problema dell'adozione da parte dei single con riferimento ai minori stranieri. L'adozione in casi particolari infatti non presenta aspetti di particolare eccezionalità tali da impedirne l'estensione agli stranieri. L'art. 44 collocato nel titolo IV della legge non si occupa di adozione internazionale, presente nel titolo III, ma il silenzio della legge non si può interpretare come inammissibilità di adozione in casi particolari per gli stranieri, ed infatti nell'art. 31 c. 2 le due discipline si incrociano al fine di agevolare una procedura facilitata per l'adozione internazionale nell'ipotesi della lett. a art. 44 che rende sicuramente ammissibile il richiamo a tutte le situazioni dell'articolo medesimo. La Suprema Corte⁽³⁷⁾ ha anche ribadito, in una recente sentenza, che non può sussistere una generalizzata ammissibilità dell'adozione da parte di persona sin-

⁽³³⁾ Trib. Min. Roma, 24 marzo 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 234, si tratta del noto "caso Dalila Di Lazzaro", l'attrice non coniugata presentava domanda di adozione di un minore fondandosi sull'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 1967. Il tribunale dei minori di Roma dichiarava la domanda inammissibile per la tassatività delle ipotesi di adozione a favore di una persona singola. La Corte di appello investiva la consulta della questione di legittimità costituzionale della stessa norma per presunto contrasto di questa con gli artt. 3, 29, 30 Cost. nella parte in cui non poneva limiti all'adozione di un minore da parte di un single. Il giudizio incidentale di costituzionalità si concludeva con l'emanazione di una sentenza interpretativa di rigetto con la declaratoria di non fondatezza della questione per non avere l'art. 6 natura *self executing* (Corte Cost. 16 maggio 1994 n. 183). Il caso giungeva all'esame della Suprema Corte che riteneva che la norma patrizia non avesse una portata autoapplicativa. Esisteva esclusivamente la facoltà per gli stati di ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione (Cass. 21 luglio 1995 n. 7950).

⁽³⁴⁾ Corte Cost., 16 marzo 1994 n. 183.

⁽³⁵⁾ R. PANE, *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003, 82.

⁽³⁶⁾ Corte Cost., 29 luglio 2005 n. 347 in *Giust. Civ.*, 2005, 2596.

⁽³⁷⁾ Cass., 18 marzo 2006 n. 6078.

gola, infatti, l'adozione internazionale è consentita, al pari di quella nazionale legittimante, solo alle coppie di coniugi, e non alle persone singole le quali sono solo ammesse all'adozione "in casi particolari" di cui all'art. 44. l.184/1983 aventi effetti limitati. Tuttavia la Corte afferma anche che "il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze tipizzate dalla legge o rimesse di volta in volta al prudente apprezzamento del giudice, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di persona singola, anche qualificandola con gli effetti dell'adozione legittimante, ove tale soluzione sia giudicata più conveniente all'interesse del minore, salva la previsione di un criterio di preferenza dell'adozione da parte della coppia di coniugi, determinata dall'esigenza di assicurare al minore stesso la presenza di ambedue le figure genitoriali, e di inserirlo in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità".

Ritorna ancora una volta l'interesse superiore del minore⁽³⁸⁾, realizzarlo in questo caso significa concretizzare quella esigenza che la sorte gli ha negato al di là degli effetti legittimanti o meno dell'istituto. Il minore, come affermato dalla novella del 2001, ha diritto ad una famiglia ed il nostro ordinamento, anche alla luce della legge n. 54 del 2006 (riforma dell'affidamento condiviso), considera come necessaria per il bambino stesso, la presenza ed il sostegno di entrambi i genitori. La bigenitorialità si configura dunque come un diritto soggettivo del minore da collocare tra i diritti inviolabili della persona⁽³⁹⁾. La presenza di ambedue i genitori deve reputarsi una necessità di natura⁽⁴⁰⁾ irrinunciabile e se il minore meno fortunato non ne ha potuto godere, la famiglia adottiva deve assicurargli una situazione assolutamente priva di rischi in funzione di un concreto e armonico sviluppo fisico e psichico⁽⁴¹⁾. L'adozione moderna è infatti stabilita esclusivamente a tutela del minore e non può e non deve divenire un mezzo atto a soddisfare i bisogni degli adulti.

Rimane una considerazione di ordine generale ossia il perché la Bielorussia, paese che ha firmato la Convenzione dell'Aja il 10 dicembre 1997 e l'ha ratificata il 17 luglio 2003, piuttosto che seguire l'iter disciplinato dalla norma e accogliere le domande di adozioni internazionali di cittadi-

⁽³⁸⁾ P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 95. M. DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore*, in *Dir. fam.*, 1992, 1093. E. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore*, in *Dir. fam.*, 1995, 1604. A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela, un diritto misconosciuto*, Milano, 2001. V. SCIARRINO, *Tutela del minore e comunità familiari nel sistema delle adozioni*, Roma, 2003, 7 ss. E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam e dir.*, 1999, 80.

⁽³⁹⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit, 651.

⁽⁴⁰⁾ G. GALUPPI, L. GRASSO, *Il caso Di Lazzaro: L'adozione da parte del single. Riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazione a misura di adulto*, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 1.

⁽⁴¹⁾ S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *fam., pers., succ.*, 2006, 300. S. PATTI-L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, 29.

ni italiani, ha privilegiato il sistema dei soggiorni climatici e terapeutici⁽⁴²⁾ che in molti casi hanno creato una scorciatoia per l'adozione internazionale⁽⁴³⁾ ma che soprattutto invece di realizzare l'interesse del minore lo hanno in verità svilito.

IRENE LONGO

⁽⁴²⁾ Secondo alcuni dati forniti dalla CAI nel 2005 nessun bambino bielorusso è entrato in Italia secondo le procedura stabilite dalla Convenzione dell'Aja, ne sono entrati però oltre tremila per soggiorni climatici.

⁽⁴³⁾ Tra le altre, le adozioni così compiute sono realizzate senza l'intervento degli enti autorizzati.

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PERUGIA – 9 marzo 2007 (decr.)
– Pres. Est. CENCI.

Filiazione – Filiazione naturale – Espatrio del minore riconosciuto da entrambi i genitori. Provvedimento del Giudice Tutelare – Reclamo al Tribunale per i Minorenni – Ammissibilità (c.c., disp. att., art. 45, 2° co.)

Filiazione – Filiazione naturale – Espatrio del minore riconosciuto da entrambi i genitori – Asperrima conflittualità dei genitori ed irreperibilità del genitore affidatario e del minore – Legittimità del divieto di rilascio del passaporto – Sussistenza (c.c., artt. 333, 336; l. 21 novembre 1967, n. 1185, art. 3)

Va affermata la competenza del Tribunale per i Minorenni in tema di reclamo del decreto del Giudice Tutelare in materia di passaporti, in quanto l'art. 45 co. 2 disp. att. cod. civ. riguarda tutti i provvedimenti del Giudice Tutelare resi in base al codice civile ovvero a leggi speciali diversi da quelli elencati nel primo comma (di competenza del Tribunale ordinario) e rivolti alla difesa di interessi non economici del minore (1).

Legittimamente il Giudice Tutelare, ovvero il Tribunale per i Minorenni in sede di gravame, può vietare il rilascio di qualsiasi documento

valido per l'espatrio al nome del minore, non potendo al contrario essere emanato alcun provvedimento alla luce della normativa sui passaporti in ordine al documento rilasciato dal Paese di origine di un genitore, rientrando il rilascio e la validità del passaporto nell'esclusiva competenza delle Autorità del Paese di appartenenza (2).

(*Omissis*) Con ricorso 23 ottobre 2006 (*Omissis*), appreso che la propria figlia naturale (*Omissis*) risultava irreperibile insieme alla madre (*Omissis*), chiedeva al Giudice Tutelare presso il Tribunale di Perugia di: a) vietare l'espatrio della minore; b) vietare il rilascio di qualsiasi documento valido per l'espatrio di questa; c) disporre la cancellazione del nominativo di (*Omissis*) dal passaporto della madre, ovvero, ed in subordine, disporre che nel detto passaporto la minore risultasse con il cognome di entrambi i genitori.

A fondamento della domanda il ricorrente rilevava il rifiuto della donna ad ogni suo rapporto con la figlia, cui è seguita la sparizione di entrambe, con il rischio che la madre portasse con sé definitivamente la minore all'estero.

Il Giudice adito, con decreto 23 novembre 2006, rigettava l'istanza, argomentando che, nella specie, non era richiesto l'assenso del coniuge per menzionare il figlio sul passaporto.

Avverso il detto provvedimento proponeva reclamo il (*Omissis*), censurandone la motivazione estremamente stringata, di difficile interpretazione ed, in ogni caso, erronea. (*Omissis*)

A.- In via preliminare va dichiarata la contumacia della (*Omissis*), la quale - nonostante la regolare notifica dell'atto introduttivo - ha ommesso di costituirsi in giudizio.

B.- In secondo luogo, va affermata la competenza dell'adito Tribunale, in quanto l'art. 45 co. 2 disp. att. cod. civ. riguarda tutti i provvedimenti del Giudice Tutelare resi in base al codice civile ovvero a leggi speciali diversi da quelli elencati nel primo comma (di competenza del Tribunale ordinario) e rivolti alla difesa di interessi non economici del minore (Cass. 21 marzo 1989, in Giust. Civ. Mass., 1989, 374).

C.- Nel merito, il reclamo è fondato e va accolto.

La norma di riferimento resta l'art. 3 L. 21 novembre 1967, n. 1185, secondo la quale - e per la parte che qui interessa (lett. b) - non possono ottenere il passaporto i genitori che, avendo prole minore, non ottengano l'autorizzazione del giudice tutelare; l'autorizzazione non è necessaria quando il richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore legittimo da cui non sia legalmente separato e che dimori nel territorio della Repubblica (o del genitore naturale convivente ed esercente congiuntamente la potestà genitoriale, che dimori nel territorio

della Repubblica: Corte Costit. sentenza n. 464 del 30 dicembre 1967).

Tanto basta – essendo pacifici e documentati sia l'asprissima conflittualità dei genitori che il rifiuto del padre ad ogni fatto che gli rendesse impossibile instaurare un qualche rapporto con (*Omissis*) – per vietare il rilascio di qualsiasi documento valido per l'espatrio al nome di questa.

D.- Nessun provvedimento, al contrario, può essere emanato alla luce della normativa sui passaporti in ordine al documento rilasciato dalla Repubblica del Tagikistan; ciò in quanto il rilascio e la validità del passaporto rientrano nell'esclusiva competenza delle Autorità del Paese di appartenenza (Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 1989, Green).

Soccorrono però i principi di cui agli artt. 333, 336 cod. civ., la cui applicazione appare nella specie più che conveniente, necessaria.

Non viene contestata in termini generali la libertà di espatrio della madre, tanto più che trattasi di cittadina tagica. Tale libertà però, se esercitata portando con sé la minore, comporta irreparabile pregiudizio per questa, che viene privata della necessaria presenza dell'altro genitore.

La condotta della madre – che ha sistematicamente escluso il (*Omissis*) da ogni rapporto con la figlia sino a rendersi irreperibile per sottrarsi alle statuizioni di questo Tribunale che prescrivevano una qualche, limitata presenza del padre – appare irragionevole e sanzionabile con il divieto di condurre con sé la minore.

In siffatta situazione l'unico provvedimento conveniente appare quello di vietare l'espatrio della minore, anche disponendone la cancellazione dal passaporto, ovvero dai passaporti, in possesso della (*Omissis*), da qualsiasi Autorità rilasciati.

Ciò appare nella specie tanto più necessario, non risultando essere intervenuti tra gli Stati di appartenenza dei genitori accordi internazionali che prevedano rimedi nell'ipotesi di violazione del diritto – costituzionalmente garantito: art. 30 co. 1 Cost. – del minore, anche se nato fuori del matrimonio, ad essere mantenuto, istruito ed educato da entrambi i genitori. (*Omissis*)

Il Tribunale per i Minorenni di Perugia, definitivamente pronunciando sul reclamo di cui all'epigrafe, così statuisce:

1. fa divieto al Questore di Perugia, ovvero ad altra Autorità amministrativa, di rilasciare qualsiasi documento valido per l'espatrio al nome di (*Omissis*);

2. fa divieto alla madre naturale (*Omissis*) di far espatriare la minore suddetta, e per l'effetto, ne dispone la cancellazione dal passaporto, ovvero dai passaporti, in possesso della (*Omissis*), da qualsiasi Autorità rilasciati. (*Omissis*).

(1-2) Espatrio del minore e poteri del giudice.

1. Il decreto emanato dal Tribunale per i Minorenni accoglie l'istanza di un padre che ottiene il divieto di espatrio della figlia naturale riconosciuta, con la quale non ha rapporti affettivi in maniera continuativa a causa del comportamento negligente della madre. Il provvedimento si fonda sull'art. 3 della legge 21 novembre 1967, n. 1185 (norme sui passaporti) ed in particolare sulla lett. b): "non possono ottenere il passaporto i genitori che, avendo prole minore, non ottengano l'autorizzazione del giudice tutelare; l'autorizzazione non è necessaria quando il richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore legittimo da cui non sia legalmente separato e che dimori nel territorio della Repubblica". La *ratio* della norma è di tutelare i soggetti deboli, in questo caso i figli minori, ad essere mantenuti ed educati da entrambi i genitori, poiché l'espatrio di quest'ultimi è un facile modo per non adempiere a questi doveri; ovviamente se sussiste un pericolo di tal genere il giudice potrà richiedere delle garanzie: tutto ciò spiega il controllo molto penetrante. La legge in esame cerca di facilitare l'*iter* poiché stabilisce che l'autorizzazione del giudice tutelare non è necessaria quando c'è il consenso⁽¹⁾ dell'altro genitore "legittimo" e "non legalmente separato", o del genitore naturale convivente e che esercita in modo congiunto la potestà. Questa equiparazione tra genitore legittimo e naturale è frutto di una famosa sentenza della Corte costituzionale⁽²⁾ che stabilisce che "è costituzionalmente illegittimo, con riguardo agli artt. 3, 16 e 30 Cost., l'art. 3, lett. b) della legge 21 novembre 1967 n. 1185, nella parte in cui non esclude la necessità dell'autorizzazione del Giudice Tutelare al rilascio del passaporto per l'estero quando il genitore naturale richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore, con lui convivente ed esercente congiuntamente la potestà parentale sul figlio naturale minore, nonché risiedente nel territorio nazionale". La norma in questione è in contrasto con l'art. 3 della Costituzione in quanto si applicherebbe per il

⁽¹⁾ Non rileva il dissenso dimostrato da un genitore che non è legalmente separato dall'altro nel caso in cui abbia dato precedentemente l'autorizzazione che i nomi e le foto dei figli fossero riportati nel passaporto dell'altro coniuge Trib. Min. De L'Aquila, (decr.) 19 luglio 2000, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2001, 1029 ss.

⁽²⁾ Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 464, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1998, p. 11 ss.; in base all'ordinanza 11 dicembre 1996 della Pretura di Bari in cui si dichiara che "non è manifestatamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 16 e 30 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 lett. b) della legge 21 novembre 1967 n. 1185, nella parte in cui non prevede che l'autorizzazione del g.t. non è necessaria per il richiedente il passaporto, genitore naturale di prole minore, che abbia l'assenso al rilascio dell'altro genitore, convivente e residente nel territorio della Repubblica" con nota di BARBIERA, *Obblighi genitoriali e diritto di espatrio*, e con nota di COSENTINO, *La tutela del minore nella concessione del passaporto ai genitori legittimi e naturali*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1997, p. 848 ss.; con nota di GIULIANO, in *Fam. e dir.*, 1997, 164.

genitore naturale, senza nessuna giustificazione, una disciplina diversa rispetto a quella del genitore legittimo, il quale non deve avere l'autorizzazione da parte del giudice tutelare quando c'è l'accordo dell'altro genitore legittimo, non legalmente separato e dimorante nel territorio nazionale. Inoltre l'art. 3 della legge del 1967 n. 1185 è censurato rispetto all'art. 3 e 30 della Cost. perché, anche se sussiste la totale parità di diritti e di doveri del genitore legittimo e di quello naturale nei confronti della prole, non riconoscerebbe senza nessun motivo per quanto riguarda il genitore naturale, sia il contenuto ma anche gli effetti dell'esercizio concorde della potestà dei genitori, che si manifesterebbe nell'assenso dell'altro genitore convivente al rilascio del passaporto (art. 317 *bis*). Infine, la sentenza della Corte Costituzionale stabilisce che la suddetta norma sui passaporti è costituzionalmente illegittima in base all'art. 16 della Cost., secondo comma, in quanto produrrebbe un limite alla libertà di espatrio che non si può motivare per la tutela della prole minore, poichè l'altro genitore convivente può vigilare l'affidabilità del richiedente per quanto riguarda l'adempimento dei doveri nei confronti della prole. La norma sui passaporti è del 1967 e quindi precedente alla legge del 1975 n. 151⁽³⁾; quindi, alla luce di quest'ultima fondamentale riforma⁽⁴⁾, il genitore naturale quando convive con l'altro genitore e ha riconosciuto il figlio si trova nella medesima situazione di quello legittimo non separato: i due genitori esercitano congiuntamente la potestà nei confronti dei figli e possono stimare i rischi di non assolvimento dei doveri da parte di ciascuno di essi nei confronti della prole (art. 317 *bis*)⁽⁵⁾. Il fondamento della seconda parte dell'art. 3, lettera b) della legge del 1967 n. 1185 è dunque la convivenza dei due genitori e non il vincolo di matrimonio: i due genitori devono infatti stimare l'affidabilità dell'altro per quanto riguarda il dovere nei confronti dei figli.

Prima della sentenza della Corte costituzionale del 1997 n. 464, che fissa la parità assoluta tra genitore legittimo e naturale in riferimento alle norme sui passaporti, un provvedimento⁽⁶⁾ dichiarò che l'art. 3 della legge del 1967 n. 1185 riguardava solamente la famiglia legittima ed era fondamentale l'auto-

⁽³⁾ Per quanto riguarda l'aspetto della filiazione prima della L. 19 maggio 1975, n. 151 si consulti PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, 1965, Milano, *passim*.

⁽⁴⁾ Per una visione completa ed aggiornata sul tema della filiazione si consulti PALAZZO, *La filiazione, Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da CICU MESSINEO, MENGONI*, continuato da SCHLESINGER Milano, 2007, *passim*.

⁽⁵⁾ Nell'art. 260 c.c. abrogato dalla legge n. 151 del 1975 la potestà genitoriale era esercitata solamente dal padre anche rispetto ai figli naturali riconosciuti da entrambi i genitori, inoltre la norma antecedente alla riforma non attribuiva nessuna importanza alla convivenza di genitori naturali con il figlio.

⁽⁶⁾ Pretura di Sant'Angelo dei Lombardi, 30 settembre 1996, in *Giur. di merito* con nota di ARCERI, *Luci ed ombre in una interessante ipotesi interpretativa dell'art. 3 l. n. 1185 del 1967: nuovi spunti per la tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, 1998, p. 87 ss.

rizzazione del Giudice Tutelare per il rilascio del passaporto quando a richiederlo fosse un genitore naturale, in quanto l'esonero dell'autorizzazione del passaporto riguarda solo il genitore "legittimo". È necessario quindi esaminare attentamente la norma, infatti, secondo quest'ultima decisione, c'è stata una consapevole scelta del legislatore di riferirsi esclusivamente alla famiglia legittima: ha voluto unire al termine genitore l'aggettivo "legittimo" e al termine separazione l'aggettivo "legale"; quindi, secondo questa norma fornisce garanzia e sicurezza il rapporto giuridico tra i coniugi più che il rapporto tra genitori e figli. Possiamo notare come il Pretore sia stato attento ai termini utilizzati dal legislatore e quindi fa un'interpretazione strettamente letterale della norma rimanendo molto legato al testo della legge.

Il minore, per avere il passaporto, deve ottenere il consenso di entrambi i genitori se non siano separati, divorziati oppure se uno di questi non sia decaduto dalla potestà. Se non c'è l'assenso è necessaria l'autorizzazione del Giudice Tutelare, e, soprattutto, nel caso di rifiuto di assenso da parte di un genitore, deve prendere i provvedimenti necessari per l'interesse del minore: che può essere definita come clausola generale all'interno del diritto di famiglia⁽⁷⁾.

Un altro orientamento, invece, sempre anteriore alla sentenza della Corte Costituzionale, aveva stabilito che non era necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per iscrivere il minore, figlio naturale, nel passaporto di un genitore, quando ci sia l'assenso dell'altro⁽⁸⁾. Inoltre, l'art. 31 della legge n. 1185 del 1967 fissa che non possono avere il passaporto coloro che stanno sotto alla potestà dei genitori o alla potestà tutoria e non ottengono l'assenso della persona che lo esercita; senza quest'ultimo è necessario l'autorizzazione del Giudice Tutelare; ma c'è da sottolineare che si tratta di casi molto rari nella pratica, infatti, più frequentemente il genitore chiede l'iscrizione del minore nel proprio passaporto⁽⁹⁾. In ambito penalistico è importante⁽¹⁰⁾ anche ricordare un provvedimento in cui è stabilito che non può essere punito un padre di una minore, in base all'art. 54 c.p., affidata alla madre

⁽⁷⁾ Trib. Min. Perugia, 2 marzo 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 2, 340.

⁽⁸⁾ Pret. Sestri Ponente, 12 ottobre 1985, con nota di DOGLIOTTI, *Passaporti: potestà dei genitori e famiglia di fatto*, in *Giur. mer.*, 1987, I, 361.

⁽⁹⁾ Per la nozione di passaporto si consulti STIPO, voce *Passaporto* (dir. amm.), in *Encl. dir. XXXII*, Milano, 1982, 165 ss.; ID., *La disciplina giuridica dei passaporti*, in *Arch. Giur.*, 1982, 165 e 167; VERDE, voce *Passaporto*, in *Digesto delle disc. Pubbl.*, Torino, 1996, 1 ss.; ALFONSI, *Il regime giuridico del passaporto*, Milano, 1981; DI FRANCO, *Passaporto*, in *Noviss. dig. it.*, 1984, 758; DI BENEDETTO, *Diritto al passaporto, procedura e tutela giurisdizionale*, in *Cons. St.*, 1968, II, 351; PISANI, *Ritiro del passaporto e processo penale*, in *Foro it.*, 1975, V, 22; PALEOLOGO, *Passaporto*, in *Enc. giur.*, 1990, 1 ss.

⁽¹⁰⁾ Pretura di Reggio Emilia, 2 marzo 1991, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1992, p. 262 ss. con osservazioni di DI CHIARA; si consulti anche Pret. Palermo, 18 luglio 1981, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1982 con nota di GUCCIONE, *Parità dei coniugi e "giusta causa" di allontanamento*.

nel caso in cui il primo non ha riconsegnato la figlia alla madre in quanto i suoi continui spostamenti non tutelavano l'interesse della minore a crescere insieme alla figura paterna. In questa sede è doveroso infine ricordare che il rilascio e la validità del passaporto sono di competenza esclusiva delle autorità del Paese di Appartenenza ⁽¹¹⁾.

2. Nel provvedimento in esame, dal punto di vista della competenza, è necessario fare riferimento all'art. 45 delle disp. att. c.c. ed in particolare al comma 2 ⁽¹²⁾: infatti il reclamo al decreto del Giudice Tutelare in ambito riguardante il rilascio del passaporto è stato rivolto al Tribunale per i Minorenni. La competenza del Tribunale per i Minorenni in caso di reclamo al decreto del giudice tutelare è ribadito anche dalla giurisprudenza ⁽¹³⁾: il decreto del Giudice Tutelare in ambito di autorizzazione per il rilascio del passaporto al genitore che ha prole minore, in base all'art. 3 legge 1967 n. 1185 nel caso in cui manchi l'accordo del coniuge, è impugnabile presso il Tribunale per i Minorenni, grazie all'art. 45, 2 comma, disp. att. c.c.. Questa norma, infatti, riguarda i provvedimenti di questo Tribunale, resi in base al cod. civ. o alle leggi speciali, diversi da quelli indicati dal comma 1, e nei confronti della difesa di interessi non economici, o anche non solo economici del minore.

La competenza al Tribunale per i Minorenni sui ricorsi del decreto del Giudice Tutelare è riconosciuta per i Minorenni sui ricorsi del decreto del Giudice Tutelare è riconosciuta da molti provvedimenti, in particolare ⁽¹⁴⁾ è stato fissato che: "è illegittimo (e deve essere annullato dal tribunale per i minorenni in sede di reclamo ex art. 739 c.p.c. e 45 disp. att. c.c.) il decreto con il quale il Giudice Tutelare, *inaudita altera parte*, abbia autorizzato consentendone l'espatrio, l'iscrizione di due minori nel passaporto della madre, in quanto l'art. 336, comma 2 c.c. dispone che i provvedimenti attinenti all'esercizio della potestà genitoriale (fra i quali rientra la fissazione del luogo di residenza dei figli, specialmente quando i loro genitori sono separati) devono essere adottati previa audizione (obbligatoria) del genitore

⁽¹¹⁾ Cass. pen., 10 gennaio 1998, in *Riv. dir. internaz.*, 1989, 952, ed in *Rep. giust. civ.*, 1990, voce *Giur. civ.*, 1548, n. 956 *ivi* voce *Libertà personale*, 2700, n. 117.

⁽¹²⁾ Art. 45 disp. att. c.c.: 1. La competenza a decidere dei reclami avverso i decreti del giudice tutelare spetta al tribunale ordinario quando si tratta dei provvedimenti indicati negli articoli 320, 321, 372, 373, 374, 376, secondo comma, 386, 394 e 395 del codice. 2. La competenza spetta al tribunale per i minorenni in tutti gli altri casi. 3. Nell'ipotesi prevista nell'articolo 386, ultimo comma, del codice l'autorità giudiziaria competente provvede in sede contenziosa.

⁽¹³⁾ Cass., 21 marzo 1989, n. 1416, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 374; questo orientamento della Cassazione è stato ripreso da Trib. Min. Roma, (decr.) 1 aprile 1996, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1997, 620 ss. con nota di SALZANO, *Libertà di espatrio ed interesse del minore*.

⁽¹⁴⁾ Trib. Min. Cagliari, (decr.) 18 giugno 1996, con nota di MANERA, *Sugli effetti della mancata audizione del genitore esercente la potestà nei procedimenti camerati*, in *Giur. di merito*, 1997, 738 ss.

in pregiudizio del quale sono richiesti; con la conseguenza che tale mancata audizione causa l'illegittimità del provvedimento per violazione del principio del contraddittorio”.

Un altro provvedimento stabilisce che è di competenza del Giudice Tutelare l'autorizzazione del rilascio del passaporto al genitore del figlio minore, se non c'è il consenso dell'altro genitore, mentre il reclamo, invece, è di competenza del Tribunale per i Minorenni ⁽¹⁵⁾.

In caso di separazione sia consensuale che giudiziale dei coniugi con figli minori, è il Giudice Tutelare competente al rilascio del passaporto del figlio in base agli artt. 3 e 14 della legge 1967 n. 1185, il Tribunale per i Minorenni sarà competente solo in caso di reclamo ⁽¹⁶⁾.

3. Il decreto in esame stabilisce il divieto di espatrio della minore in quanto i suoi rapporti con il padre sarebbero stati compromessi in maniera irreversibile anche a causa della madre che aveva fatto tutto il possibile per ostacolarli. Infatti quest'ultima a causa della conflittualità con il ricorrente risultava addirittura irreperibile insieme alla figlia. La donna ha ovviamente la libertà di espatrio in base all'art. 16 Cost. ⁽¹⁷⁾, anche perché è cittadina tagica, ma ciò non vale anche per la minore, perché tutto ciò potrebbe comportare l'assenza della figura paterna così importante per una crescita equilibrata; c'è da precisare che non rientra nel nostro campo l'assenza non protratta nel tempo ma solo per un lungo periodo ⁽¹⁸⁾. Il diritto del cittadino alla libertà di espatrio può trovare degli ostacoli nella legge o nei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, infatti l'art. 3 lett. b) legge 21 novembre 1967 n. 1185 devolve al Giudice Tutelare la decisione se consentire o meno l'autorizzazione all'iscrizione dei figli minori nel passaporto dei genitori, quando sono separati o non c'è il loro consenso. Il giudice ha quindi un potere discrezionale e deve contemperare sia il diritto di espatrio ma anche la protezione del minore: quindi il giudice dovrà analizzare caso per caso e tenere conto delle diverse circostanze e verificare i possibili danni ⁽¹⁹⁾ che si

⁽¹⁵⁾ Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 maggio 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, 365.

⁽¹⁶⁾ Cass., 7 agosto 1990, n. 7957, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 1466; in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1991, 508, si consulti anche Trib. Min. De L'Aquila, (decr.) 19 luglio 2000, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2001, 1029 ss. in cui il Tribunale dichiara la sua incompetenza in materia di rilascio del passaporto in quanto in base all'art. 3 e 14 della legge del 1967 n. 1185 è di competenza del giudice tutelare.

⁽¹⁷⁾ MAZZIOTTI, voce *Espatrio (libertà di)*, in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, 728 in cui è spiegato che la dottrina maggioritaria, come AMORTH, BARILE, MORTATI, sostiene che gli obblighi dell'art. 16, comma 2 Cost. vanno inquadrati nell'ambito di oneri o condizioni, tra questi obblighi rientrano quelli del diritto di famiglia, del servizio militare.

⁽¹⁸⁾ Trib. Min. De L'Aquila, (decr.) 19 luglio 2000, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2001, 1029 ss.

⁽¹⁹⁾ Pret. Milano, 28 marzo 1989, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1990, 564. Sull'im-

verificano da un esercizio non conforme della potestà. Ad esempio, un decreto del Tribunale Minorile di Roma⁽²⁰⁾ è andato contro la decisione del giudice di prima istanza che negava l'autorizzazione di espatrio alla madre e al suo figlio minore in ambito di separazione dei due genitori: il Tribunale dei Minorenni motiva la decisione adducendo che non ci sono motivi plausibili per una restrizione della libertà di movimento in quanto il conflitto in pendenza del giudizio di separazione rimane nella norma; quindi la possibile violazione del diritto di visita del padre non rappresenta una valida causa per limitare il diritto di espatrio. Una decisione della Cassazione fissa che nell'ambito di separazione dei coniugi⁽²¹⁾ i genitori mantengono il diritto di opporsi all'espatrio temporaneo della prole, negando l'assenso per il rilascio del passaporto, anche se dati in affido all'altro genitore, nell'ambito dell'esercizio del potere di controllare l'educazione della prole; eccetto il potere del giudice che può prendere decisioni pensando all'interesse dei figli con interventi di natura correttivi e sostitutivi per fronteggiare gli abusi del genitore. Il provvedimento in esame del Tribunale per i Minorenni di Perugia invece nega l'espatrio alla minore sulla base del principio della bigenitorialità⁽²²⁾, fondamentale per lo sviluppo dei figli, che è la *ratio* della recente legge sull'affido condiviso⁽²³⁾. Questa nuova legge ha infatti stabilito che, sia in caso di separazione tra coniugi, di scioglimento o di nullità del matrimonio, che di cessazione della convivenza *more uxorio*, è fondamentale per i figli l'apporto di entrambi i genitori. Quest'ultimi devono partecipare in maniera attiva a tutte le fasi della vita della prole e ascoltare i loro bisogni⁽²⁴⁾ e cercare di far avvertire il meno possibile la situazione di crisi. È

portanza del lavoro dei giudici ad analizzare ogni circostanza di un fatto si consulti PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in Palazzo - Ferranti, *Etica del diritto privato*, vol. I, Padova, 2002, p. 1 ss.

⁽²⁰⁾ Trib. Min. Roma, (decr.) 1 aprile 1996, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1997, 620 ss con nota di SALZANO, *Libertà di espatrio e interesse del minore*.

⁽²¹⁾ Cass. civ., 23 giugno 1980, n. 3934, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 544 ss. con nota di JEMOLO, *Intorno al rispetto dei figli verso i genitori*; in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1980, 1121; si consulti anche Cass., 26 ottobre 1971, n. 3019, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, 1625.

⁽²²⁾ DELL'UTRI, *L'affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1549; SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corriere giuridico*, 2006, 301; MISSIAGGIA, *L'affido condiviso alla prova dei fatti, Se la tutela va più ai genitori che ai figli*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 7, p. 119.

⁽²³⁾ L. n. 54 del 2006 è entrata in vigore il 16 marzo 2006, le Commissioni riunite del Senato "II° giustizia" e "Speciale in materia di infanzia e minori" hanno approvato il disegno di legge n. 3537 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), pubblicato nella G.U. n. 50 del 1 marzo 2006, per la consultazione della legge si rinvia a *Diritto e giustizia* 2006, n. 6, p. 107 ss.

⁽²⁴⁾ PALAZZO, *La tutela dell'infanzia nelle diverse culture*, in PALAZZO - FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, vol. II, 103 ss.; PALAZZO, *Storia dell'infanzia*

necessario quindi l'apporto di entrambi le figure genitoriali in quanto sono insostituibili: ognuna di queste svolge un ruolo diverso ma complementare⁽²⁵⁾. Nell'ambito della conflittualità per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione riguardante i figli, il giudice può decidere che siano compiuti anche disgiuntamente mentre per gli atti di straordinaria amministrazione è necessario il consenso di entrambi; il nuovo art. 155, 3 comma c.c. stabilisce che la potestà è esercitata da entrambi⁽²⁶⁾. Il Tribunale per i Minorenni di Perugia ha vietato l'espatrio alla minore del ricorrente, in quanto c'era il serio pericolo che, il rapporto tra genitore e figlia fossero compromessi in maniera irreversibile per sempre, dal momento che la madre si era anche resa irreperibile insieme alla minore: senza dubbio questo comportamento ha avuto un peso importante nella decisione finale. Un recente provvedimento⁽²⁷⁾ ha fissato l'affidamento esclusivo alla madre che ha voluto cambiare città per motivi di lavoro: per il giudice non si può applicare l'affidamento condiviso in quanto quest'ultimo si fonda sulla divisione dei compiti e delle responsabilità di entrambi i genitori che è impossibile applicare in tale circostanze. Il giudice di prima istanza⁽²⁸⁾ aveva ribadito invece il diritto alla bigenitorialità e quindi il cambiamento di residenza della madre senza un impellente motivo sarebbe andato contro il diritto del minore e può essere anche interdetto dal giudice. Dunque, la Corte d'Appello decide per l'affidamento esclusivo alla madre, ma cerchiamo di analizzare in profondità la problematica: innanzitutto il cambiamento di residenza in un'altra città o in un altro paese dopo la crisi con il partner è ormai sempre

nel diritto europeo (dal figlio – oggetto al diritto all'ascolto), in *Cultura dell'integrazione europea* a cura di SEDIARI, Torino, 2005, p. 169 ss.

⁽²⁵⁾ La legge del 2006 n. 54 ha modificato, per quanto riguarda il codice civile, l'art. 155 c.c. ed ha inserito gli articoli 155 *bis*, *ter*, *quater*, *quinqües* e *sexies*; è stato inoltre creato il quarto comma dell'art. 708 del c.p.c. ed è stato introdotto il nuovo art. 709 *ter* c.p.c., l'art. 3 riguarda le disposizioni penali, mentre l'art. 4 le disposizioni finali mentre l'art. 5 la disposizione finanziaria. Per un primo commento sulla legge si consulti VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 519 ss.

⁽²⁶⁾ DE MARZO, *L'affidamento condiviso*, Profili sostanziali, in *Foro it.*, 2006, 93; CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Il corriere del merito*, 2006, p. 567; CERRETO, *Affidamento condiviso fra luci ed ombra*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 8, p. 118; VILLANI, *La nuova disciplina sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 668; DOSI, *Separazioni, guida all'affido condiviso, le regole sulla casa e sul mantenimento*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 6, p. 101; FINOCCHIARO, *Riconosciuto anche alla prole il diritto di frequentare i genitori*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 11, p. 25 ss.

⁽²⁷⁾ Corte d'appello di Bologna, (ord.) 28 dicembre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 482 ss. con nota di ARCERI, *Libertà di stabilimento, affidamento condiviso ed affidamento esclusivo: un difficile rapporto a tre*.

⁽²⁸⁾ Trib. Civ. Rimini (ord.), 21 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 2006, 481 s.

più frequente⁽²⁹⁾ anche a causa dell'unioni di italiani con persone straniere. Nella legge sull'affido condiviso questo aspetto è affrontato nell'art. 155 *quater*, 2 comma c.c.: "Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici". Questa norma pare voler incidere non sul tipo di affidamento condiviso o monogenitoriale ma soprattutto sulle modalità di frequentazione dei genitori e dei figli⁽³⁰⁾ e sembra voler tutelare soprattutto il genitore non affidatario che ha subito il cambiamento di residenza dell'*ex* partner insieme con il figlio. Inoltre l'articolo 155 *quater*, 2 comma, deve essere analizzato insieme all'art. 2, punto 7 e punto 11 lett. b) del Regolamento comunitario 27 novembre 2003, n. 2201/2003⁽³¹⁾, che è direttamente applicabile nel nostro ordinamento, il quale fissa: in ambito di affidamento ad entrambi i genitori ognuno ha il diritto di decidere la residenza della prole. Prima della riforma del 2006 il vecchio art. 155 c.c. non risolveva la questione del trasferimento della residenza ma stabiliva unicamente che dovevano essere prese congiuntamente le decisioni più importanti per la prole. La giurisprudenza maggioritaria sosteneva che il cambiamento della residenza o dello Stato del genitore non fosse motivo per negare l'affida-

⁽²⁹⁾ MAGLIETTA, *L'affidamento condiviso dei figli - guida alla nuova legge*, Milano, 2006, 56 ss.

⁽³⁰⁾ Corte d'appello di Bologna (ord.), 28 dicembre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 482 ss. con nota di ARCERI, *Libertà di stabilimento, affidamento condiviso ed affidamento esclusivo: un difficile rapporto a tre*.

⁽³¹⁾ Il regolamento (Ce) n. 2201/2003, entrato in vigore il 1 marzo 2005, si basa sul principio che, in caso di controversie transfrontaliere riguardante la responsabilità genitoriale, il foro più appropriato è l'autorità giudiziaria competente dello stato membro della residenza abituale del minore, su questo argomento si consulti Cass. civ., (ord.) 8 marzo - 8 maggio 2007, n. 10493, in *Guida al diritto*, 30 giugno 2007, n. 26, p. 45 ss. con la nota di PADALINO, *Il mancato spostamento del giudizio è giustificato da esigenze di garanzia*. Occorre ricordare il 13° considerando del regolamento (Ce) n. 2201/2003 che fissa: "Nell'interesse del minore, il presente regolamento consente al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire il caso al giudice di un altro Stato membro su quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso". Inoltre l'art. 15 del sopra citato regolamento rubricato "Trasferimento delle competenze a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso" stabilisce che in costanza di circostanze giudiziaria di altro Stato membro se è più idonea ad occuparsi del caso, sempre che tutto ciò corrisponda all'interesse superiore del minore. Si consulti inoltre Cass., 20 dicembre 2006, n. 27188, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 697 ss. con nota di FITTIPALDI, *Regolamento CE 2201/2003 ed esecuzione delle decisioni di modifica dell'affidamento di un minore trasferito all'estero: tuttora si rende necessario l'exequatur del giudice straniero*, in questa decisione è stata fissato che è imprescindibile la procedura dell'*exequatur* quando si vuole eseguire in un altro Stato membro le decisioni che cambiano l'affidamento di un figlio minore. Si consulti anche CUBEDDU, *La responsabilità genitoriale e i trasferimenti di residenza*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 677 ss.

mento o per revisionare le condizioni di affidamento⁽³²⁾. Mentre una parte minoritaria della dottrina aveva fissato che in casi particolari il minore veniva affidato ad un genitore solo se avesse conservato la residenza in una determinata città ed in particolare in una decisione il giudice stabilisce l'affidamento al padre sia perché svolge la professione di medico, quindi utile per la salute del minore, ma anche perché è italiano e quindi il figlio può imparare più facilmente la cultura e la storia del nostro Paese⁽³³⁾. Dunque prima della legge del 2006 n. 54 il genitore affidatario poteva prendere unilateralmente la decisione di cambiare residenza o di andare all'estero insieme con la prole, l'unico possibile ostacolo era rappresentato se da tutto ciò potesse derivare un danno per quest'ultima.

Non bisogna comunque mai dimenticare il dettato dell'art. 30, comma 1, Cost. che fissa il principio che i figli hanno il diritto di essere educati ed istruiti da entrambi i genitori: è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori del matrimonio. È necessario anche ricordare sia l'art. 18 che 9 della convenzione di New York del 1989⁽³⁴⁾; il primo infatti stabilisce che: "i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo ed il provvedere al suo sviluppo" e l'articolo 9 fissa che: "il fanciullo separato da entrambi i genitori e da uno di essi [ha diritto] di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori". Inoltre il Trattato della costituzione europea⁽³⁵⁾ nell'art. II-84 ed in particolare al 3 comma ribadisce che "Il minore ha il diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". Inoltre, per proteggere in maniera completa i minori, c'è da fare attenzione se i genitori sono di diversa cittadinanza, fenomeno che accade sempre più di frequente; infatti può non essere garantita la tutela internazionale dei diritti dei minori se non ci sono gli accordi tra i paesi dei

⁽³²⁾ Un orientamento giurisprudenziale ritiene che la circostanza che un genitore risieda all'estero non muta il criterio di scelta del genitore a cui affidare il figlio in ambito di crisi familiare, si consulti Cass., 17 febbraio 1995, n. 172, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 366; Cass., 16 marzo 1991, n. 2817, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1991, 931, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1061, con nota di OREFICE, *L'interesse morale e materiale della prole in caso di separazione personale dei coniugi* ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 89 con nota di HÜBER, *Trasferimento all'estero ed identità etnica. La difficile individuazione dell'esclusivo interesse del minore.*

⁽³³⁾ App. Messina, 23 novembre 1979, in *Dir. fam. e delle pers.*, 1981, 479; in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 254 con nota di DOGLIOTTI ed inoltre si consulti Trib. Monza, 24 ottobre 1988, in *Dir. fam. e delle pers.*, 1989, 170; Cass., 25 maggio 1983, n. 3637, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 1285.

⁽³⁴⁾ Ratificata e resa esecutiva per l'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, in *Suppl. ord. alla G.U.* 11 giugno, n. 135.

⁽³⁵⁾ Il trattato della Costituzione europea si può consultare in *Guida al diritto* novembre 2004, Dossier n. 10.

rispettivi genitori⁽³⁶⁾: tali accordi possono porre rimedio in caso di violazione del diritto del minore ad avere rapporti significativi con entrambe le figure genitoriali. C'è inoltre da ricordare l'art. 11 della Convenzione sui diritti del fanciullo che stabilisce l'obbligo per gli stati contraenti di adottare dei provvedimenti utili per ostacolare gli spostamenti illeciti dei minori all'estero, e di concludere accordi sia bilaterali che multilaterali⁽³⁷⁾.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

⁽³⁶⁾ Si consulti art. 10, c. 2 Convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20 novembre 1989.

⁽³⁷⁾ *Convenzione europea sul riconoscimento delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento*, Lussemburgo 20 maggio 1980 e la *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, aperta alla firma a L'Aja, il 25 ottobre 1980, questi due accordi sono stati ratificati e resi esecutivi dall'Italia con l. 15 gennaio 1994 n. 64. Il primo trattato è entrato in vigore, nei rapporti tra l'Italia e gli stati contraenti, il 1 giugno 1995 (*Gazz. uff.*, serie generale, n. 73 del 28 marzo 1995), il secondo ha avuto effetto il 1 maggio 1995 (*Gazz. uff.*, serie generale, n. 97 del 27 aprile 1995, suppl. ord n. 48). Per quanto concerne la sottrazione di minori si consulti Cass., 4 aprile 2007, n. 8481, in *Guida al diritto*, 16 giugno 2007, numero 24, p. 46 s.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 6 febbraio 2004 – *Est.* LUPO – Alfa (avv. Meneghini) c. Beta (avv. Peppucci) e c. Gamma1, Gamma2, Gamma3 (contumaci).

Procedimento civile – acquisto per usucapione – servitù di passaggio – comproprietari del fondo servente – litisconsorzio necessario dal lato passivo – sussiste (c.c., art. 1158; c.c., art. 1159; c.p.c., art. 102).

Procedimento civile – acquisto per usucapione – servitù di passaggio – comproprietari del fondo dominante – litisconsorzio necessario dal lato attivo – non sussiste (c.c., art. 1158; c.c., art. 1159; c.p.c., art. 102).

Poiché la servitù è un diritto reale indivisibile che comporta un accertamento nei confronti di tutti i comproprietari del bene dedotto come servente, sussiste litisconsorzio necessario tra tutti quanti essi (1).

In ordine alla legittimazione attiva a far valere l'intervenuto acquisto del diritto di servitù per usucapione ventennale, non sussiste litisconsorzio necessario dal lato attivo tra i più comproprietari del fondo dominante (2).

(Omissis). Con citazione notificata il 20.6.1997 Alfa citava innanzi a questo Tribunale, Beta esponendo che con atto Notaio Vincenzo Papi del 14.11.1963 e con atto Notaio Augusto Paulillo del 26.11.1966 aveva acquistato, congiuntamente al fratello Gamma un lotto di terreno in località Ponte Rio nel comune di Todi N.C.T. al foglio 60 part. 180 e 201 sul quale aveva edificato un fabbricato;

che in entrambi i suddetti rogiti era previsto che gli acquirenti dovevano destinare una striscia di terreno della larghezza di m. 2,50 da destinare al servizio dei lotti confinanti;

che con atto Notaio Paulillo del 10.6.1967 aveva ceduto, unitamente al fratello Gamma e ai signori T.F. e R.P., al sig. Beta una striscia di terreno contraddistinta al foglio 60 part. 4 di larghezza di m. 3 circa ed estesa lungo il confine per m. 27;

che con tale atto l'acquirente Beta si obbligava a destinare a strada una striscia del terreno acquistato per la larghezza di m. 2,50;

che Beta con atto Notaio Papi del 19.12.1964 aveva acquistato un appezzamento di terreno sito nel comune di Todi foglio 60 part. 110, 188, 204 e 332 confinante ad est con quello dei fratelli Alfa-Gamma; anche in tale atto era previsto per l'acquirente l'onere di destinare a strada una striscia di terreno lungo il confine est (primo confine fra le proprietà di Beta e di Alfa-Gamma) della larghezza di m. 2,50;

che successivamente il Beta aveva costruito un fabbricato destinato al mangimificio della s.r.l. Beta;

che pertanto le due proprietà erano divise da una strada sulla quale gravava una servitù di passaggio di larghezza di m. 5;

che il Beta di sua iniziativa aveva posizionato alla distanza di m 3,10 dal muro della propria costruzione una specie di recinzione composta di bidoni riempiti di cemento e collegati fra loro da una fettuccia di plastica nonché un cartello indicante il divieto di sosta, pena la rimozione forzata del veicolo, riducendo così arbitrariamente la larghezza disponibile della strada di servizio per i fondi e rendendo disagiata il transito dei veicoli e l'accesso ai garages di proprietà di Alfa e di Gamma;

che in tal modo il Beta aveva reso incerto il confine fra le due proprietà, soprattutto con riferimento allo spazio riservato alla servitù di passaggio;

che fino a quando non fosse stato ben individuato il confine, il Beta era tenuto a rimuovere l'abusiva recinzione.

Ciò esposto concludeva come riportato in epigrafe.

Si costituiva il Beta deducendo l'incompetenza per valore del Tribunale adito per essere competente il Pretore; nel merito deduceva di aver legittimamente recintato una porzione di suolo di sua esclusiva proprietà e non gravata da qualsivoglia servitù; in via riconvenzionale chiedeva venisse accertato il suo diritto di proprietà sulla striscia di terreno delimitata dalla recinzione nonché dalla servitù di passaggio a carico del contiguo terreno fino al fabbricato Alfa, da sempre utilizzato dagli automezzi diretti al mangimificio.

Il G.I. disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli eredi di Gamma, quali litisconsorti necessari in relazione alla domanda di usucapione svolta dal convenuto sigg.ri Gamma1 (moglie), Gamma2 (figlio) e Gamma3 (figlia), i quali, benché ritualmente citati, non si costituivano restando contumaci.

La causa veniva istruita documentalmente, mediante escussione di vari testimoni indotti dal convenuto ed espletamento di C.T.U. affidata al Dott. Luigi Lamincia.

Infine, sulle conclusioni delle parti come specificate in epigrafe, la causa veniva trattenuta in decisione con assegnazione dei termini *ex art. 190 c.p.c.*

Va in primo luogo dichiarata la contumacia di Gamma1, Gamma2 e Gamma3, eredi di Gamma, i quali, benché citati, non si sono costituiti.

Si deve inoltre dare atto della rinuncia da parte del convenuto alla sollevata eccezione di incompetenza di questo Tribunale.

Ciò detto ed esaminando partitamente le domande delle parti, va rilevato, con riferimento alla domanda attrice di accertamento del confi-

ne, la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 950 c.c. e cioè l'incertezza del confine fra le rispettive proprietà, quale conseguenza della mutazione dei luoghi in seguito alla realizzazione dei fabbricati sui terreni acquistati dalle parti con i rogiti notarili prodotti in copia agli atti e della recinzione effettuata dal convenuto su una porzione di circa tre metri di larghezza a partire dal fabbricato adibito a mangimificio.

Orbene, la relazione del C.T.U. Dott. L. Lamincia, da ritenere logica ed esauriente e in ordine alla quale anche le parti non hanno sollevato rilevanti contestazioni, ha individuato la linea di confine fra le proprietà delle parti posizionandola come rappresentato nell'allegato n. 5 della relazione peritale e contrassegnata con il tratto di colore rosso.

Pertanto, in accoglimento della domanda attrice in ordine alla quale, peraltro, anche la parte convenuta ha aderito alle indicazioni del C.T.U., va dichiarato che il confine fra le proprietà delle parti site in Comune di Todi località Ponte Rio è quello indicato nell'allegato n. 5 alla relazione peritale redatta dal C.T.U. Dott. Luigi Lamincia depositata l'8.6.2001.

Gli accertamenti eseguiti dal C.T.U., inoltre, hanno chiarito l'esatta posizione della strada c.d. di lottizzazione della larghezza complessiva di m. 5 sulla quale, in virtù degli atti di acquisto della proprietà dall'originaria unica proprietaria che procedette alla lottizzazione della zona, grava servitù di transito in favore dei proprietari frontisti.

Tale strada, secondo quanto stabilito negli atti notarili prodotti in atti, ha dunque la larghezza di m. 5 ed è composta da due tratti di m. 2,50 che si dipartono ciascuno dalla linea di confine sopra indicata in direzione delle rispettive proprietà delle parti.

Pertanto in tal senso va individuata ed accertata l'ubicazione della strada di lottizzazione che divide le rispettive proprietà delle parti.

Come si evince dalla planimetria all. n. 5 della relazione peritale sopra richiamata, il fabbricato destinato a mangimificio del convenuto Beta si trova a m. 7,16 dalla linea di confine; pertanto il tratto di circa m. 3,15 a partire dalla parete del fabbricato-mangimificio ricompreso nella recinzione eseguita dal convenuto e di cui è causa, è di esclusiva proprietà del convenuto stesso; di qui la legittimità della recinzione effettuata, fatta salva ogni eventuale violazione di carattere urbanistico con riferimento alle modalità di realizzazione della detta recinzione.

Resta da esaminare la domanda riconvenzionale svolta dal convenuto e diretta a far accertare l'acquisto del diritto di esercitare la servitù di transito sulla parte di terreno di esclusiva proprietà dell'attore compresa fra la parete del fabbricato di proprietà di Alfa e di Gamma e il limite di m. 2,50 dal confine delimitante la strada di lottizzazione che divide le due proprietà.

Sotto il profilo della legittimazione passiva va rilevato che il

contraddittorio è stato integrato con la citazione in causa anche dei comproprietari di Alfa del fondo dedotto come servente, signori Gamma1, Gamma2 e Gamma3 rimasti contumaci, sussistendo litisconsorzio necessario essendo la servitù un diritto reale indivisibile che comporta un accertamento nei confronti di tutti i comproprietari del bene dedotto come servente.

Non sussiste invece la medesima esigenza con riferimento alla legittimazione attiva a far valere l'intervenuto acquisto del diritto di servitù per usucapione ventennale, nel presente giudizio fatto valere da Beta e non anche dal comproprietario del fondo dedotto come dominante C.P. (cfr. relazione di parte convenuta redatta dal Dott. Maurizio Refrigeri doc. 2 di parte convenuta).

Ciò detto va rilevato che la domanda di usucapione della servitù di passaggio è fondata e merita accoglimento.

Invero, attraverso la deposizione dei testi indotti dal convenuto è rimasto accertato che per oltre venti anni detto tratto di suolo è stato utilizzato per il transito di pedoni e veicoli, anche automezzi pesanti per accedere al mangimificio e che detto tratto era necessario agli autoarticolati per effettuare la manovra di accesso al mangimificio stesso, manovra che non sarebbe stato possibile eseguire altrimenti.

In tal senso si sono espressi i testi S.D. che ha lavorato presso il mangimificio dal 1967 al 1991 e T. G. che dagli inizi del 1980 in qualità di autista si recava presso il mangimificio con un autotreno di circa 18 metri.

Anche i testi C.P.A. e F.D., abitanti nella zona da più di trent'anni, hanno riferito che sulla strada *de qua* passavano per tutta la larghezza veicoli e persone senza alcuna opposizione dei proprietari Alfa e Gamma.

Del resto quest'ultimo, pur sostenendo di essersi opposto a detto transito, non ha in proposito offerto tempestivamente alcuna prova (v. ordinanza 14.7.2001 di rigetto dell'istanza di rimessione in termini dal convenuto).

Pertanto in accoglimento della domanda riconvenzionale svolta dal convenuto, va dichiarato il diritto di servitù di transito di Beta e in favore dei terreni e fabbricati siti in Comune di Todi N.C.T. di detto comune foglio 60 part. 188, 204 e 332, diritto acquistato in virtù di usucapione ventennale sul tratto di terreno ricompreso fra la strada di lottizzazione di m. 5 come sopra individuata e la parete del fabbricato di proprietà dell'attore Alfa e degli eredi di Gamma sigg.ri Gamma1, Gamma2, Gamma3.

Tenuto conto della natura della controversia, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di lite e porre definitivamente a carico delle parti in misura della metà per ciascuna le spese di C.T.U. come già liquidate.

(1-2) Litisconsorzio necessario ed usucapione.

Con la sentenza in commento, il Giudicante perugino ha statuito in relazione ai criteri per la individuazione di un altro caso di litisconsorzio necessario oltre le ipotesi legali.

Pare opportuno, nella breve analisi che in questa sede dovrà farsi circa l'istituto previsto e regolato dall'art. 102 del Codice di rito, sorvolare sugli aspetti generali e rimandare, per un più approfondito e compiuto esame, alla manualistica di settore. Viceversa, ciò su cui mostra importanza soffermare l'attenzione è sì l'istituto in parola, ma con uno speciale riferimento ai casi in cui esso è necessario per espressa previsione legale e dove invece, mancante tale previsione, esso è pur sempre necessario, ma solo a seguito di una utilità logica, o comunque sistematica, che, induttivamente, si cercherà qui di individuare.

Allora, certo è che ricorra litisconsorzio necessario quando la sentenza non possa pronunciarsi se non nei confronti di più parti che utilmente devono agire o essere convenute nel medesimo processo⁽¹⁾, pena l'inefficacia della sentenza nei confronti di quelle parti che non vi hanno partecipato, per cui l'interrogativo diventa l'individuazione, nella pratica, dei casi in cui ricorra litisconsorzio necessario. Ovvero, a quali criteri debba farsi riferimento nel riconoscimento di questi casi quando essi non siano espressamente individuati dalla legge. Innanzitutto, la ragione per cui anche quando un solo soggetto inizi il processo, e contro uno solo, tutti però devono parteciparvi, si rinviene, per alcuni⁽²⁾, nel provvedimento giurisdizionale richiesto e dagli effetti che esso è destinato a svolgere; mentre, altrettanto pregevoli Autori⁽³⁾ sono invece orientati verso la concezione

⁽¹⁾ Si noti che il Legislatore, all'art. 102 c.p.c., definisce «parte» chi ancora deve essere chiamato in giudizio e chi ancora debba intervenire, cfr. E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti* (1911), Milano, rist. 1965, *passim*.

⁽²⁾ Cfr. E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, 83; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 1997, 269 ss.; ID. *Controllo giurisdizionale dei poteri dell'imprenditore e litisconsorzio necessario*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3413 ss.

⁽³⁾ Tradizionale e più risalente la dottrina sul punto: G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario* (1904), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 427 ss.; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, cit., *passim*; S. SATTÀ, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1955, 56, 49 ss.; G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 813 ss.; G. COSTANTINO, *Contributi allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, *passim*; M. BALENA, *Effetti della domanda e litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 604 ss.; G. TOMEI, *Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 669 ss.

La giurisprudenza, anch'essa risalente, in concerto con la predetta dottrina, si conformava alla concezione di litisconsorzio necessario con riferimento alla configurazione dell'azione, in particolare Cass., 15 febbraio 1951, n. 380, menzionata da U.

di litisconsorzio indotta dalla configurazione tradizionale dell'azione⁽⁴⁾.

Sebbene sia stato negato che l'istituto del litisconsorzio necessario abbia carattere generale per il nostro ordinamento e che quindi non sia possibile ravvisare ulteriori ipotesi di applicazione al di fuori di quelle legalmente previste⁽⁵⁾, la stragrande maggioranza della dottrina, corroborata da altrettanto ricorrente giurisprudenza⁽⁶⁾, pare convergere sul punto, ritenendo applicabili le regole di cui all'art. 102 c.p.c. a tutti quei casi in cui, al di fuori di quelli tassativamente previsti, ricorrano determinate strutture del rapporto sostanziale dedotto in giudizio⁽⁷⁾. Ciò posto, partendo dalle ipotesi di sicura

Rocco, in *Tratt. Dir. proc. civ.*, II, Torino, 1957, 113, per cui: «Il litisconsorzio necessario si ha quando il rapporto sostanziale è unico fra più soggetti ed unica quindi l'azione, così che le modifiche di esso non sono efficaci se non operino rispetto a tutti. Ciò oltre ai casi espressamente previsti dalla legge, avviene quando l'azione mira al mutamento del rapporto o stato, e però la sentenza per non essere *inutiliter data*, deve avere efficacia in confronto a tutti. Se invece l'azione tende ad una prestazione può proporsi anche da uno solo o contro uno solo dei soggetti del rapporto e la sentenza può dichiarare l'obbligo contro od a favore di uno solo, sebbene la prestazione non possa farsi che da più od a più persone».

⁽⁴⁾ Non può non richiamarsi, seppur sommariamente, l'insegnamento di Redenti che nell'*Op. loc. cit.*, operando un distinguo tra gli istituti del litisconsorzio necessario da una parte e facoltativo dall'altra, e nella contrapposizione tra processo uno ed unico con pluralità di parti e cumulo di processi, richiama l'attenzione dell'interprete, *in primis*, sulla decisione giudiziale ovvero quando essa dovrà essere unica per più di due soggetti e poi, successivamente, stabilito che la decisione dovrà essere unica, accertare quando tutti i soggetti direttamente interessati all'unica decisione dovranno divenire necessariamente parti del relativo procedimento. Per una perfetta analisi riguardo alla lezione di Redenti, cfr. G. FABBRINI, *op. ult. cit.*, 813.

Chiarissimo è anche Chiovenda nel dire che, non identificando litisconsorzio necessario e giudizio uno ed unico con pluralità di parti, «la cosa giudicata formatasi rispetto ad uno esclude l'azione degli altri», *op. cit.*, 452 ss.

⁽⁵⁾ In tal senso F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926, 25; *Id.*, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 241 ss.; E. BETTI, *Dir. proc. civ. italiano*, Roma, 1936, 87 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, rist. 1992, 280 ss.; *Id.*, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 130 ss.; V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 34 ss.

⁽⁶⁾ Si richiama unicamente la recentissima giurisprudenza, Cass., sez. II, 26 luglio 2006, n. 17027, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. I, 7 marzo 2006, n. 4890, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 6, 552, con valutazioni di L.A. SCARANO ne *L'osservatorio delle Corti Superiori*; Cass., sez. III, 15 febbraio 2006, n. 3281, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., sez. I, 4 gennaio 2005, n. 121, in *Guida al Dir.*, 2005, 18, 69; per le pronunce più remote si rinvia a G. FABBRINI, *Enc. dir.*, cit., in nota 6) e ss.

⁽⁷⁾ Si veda V. ANDRIOLI, *Comm. cod. proc. civ.*, I, Napoli, 1961; E. FAZZALARI, *op. ult. cit.*, 83 ss.; *Id.* *Litisconsorzio necessario ed azione di filiazione legittima*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, 2, 338 ss.; S. SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, cit.; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 607 ss.; più recentemente, E.T. LIEBMAN,

necessità di litisconsorzio - perché espressamente previste dalla legge -, sono da individuare i presupposti con cui, applicati alla bisogna, sciogliere per quanto possibile, i dubbi interpretativi laddove la norma non sopperisca⁽⁸⁾.

Nelle previsioni legali di litisconsorzio necessario si ravvisano «casi facili»⁽⁹⁾ di individuazione: nella domanda di divisione ereditaria o di scioglimento di qualsiasi comunione⁽¹⁰⁾ ex art. 784 c.p.c., rubricato appunto *Litisconsorzio necessario*, «la divisione opera in modo che a ciascuno dei contitolari sai assegnato in piena proprietà una porzione del bene. La divisione si realizza perché ciascun diritto (equilibrato da altri diritti) su tutto il bene si ritira, per così dire, e diviene assoluto e solitario sulla porzione del bene assegnata in divisione»⁽¹¹⁾, si trasformano quindi i diritti dei singoli comunisti su quote ideali in diritti di proprietà individuale ed esclusiva su singoli beni, per cui «l'omessa chiamata in giudizio dei litisconsorti sarebbe motivo di nullità del giudizio e della decisione»⁽¹²⁾. Ancora, in tema di *status*, riguardo all'azione per il disconoscimento di filiazione legittima, ex art. 247

Manuale dir. proc. civ., I, Milano, 1984, 90 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso dir. proc. civ.*, I, Torino, 2002, 343 ss.; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, *passim*; A. PROTO PISANI, *Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, 353 ss.; E. DALMOTTO, *Sui criteri normalmente adottati per individuare i casi di litisconsorzio necessario*, in *Foro it.*, I, 1995, 1501 ss.; F.P. LUIISO, *Dir. proc. civ.*, cit., 269 ss.

⁽⁸⁾ Con questo proposito, quasi si vorranno attribuire all'interprete i poteri propri del giudice che operi in un paese di cultura anglosassone dove vengono regolati interessi riconosciuti come meritevoli di tutela i quali, in un contesto dove non siano direttamente protetti, si avvantaggiano dell'esperienza giurisprudenziale che già in precedenza abbia regolato casi analoghi. Colà viene fatto espresso riferimento a quel principio, introdotto nei Paesi di *common law* «allorché si erano configurate istanze sociali nuove, indotte da un'economia fattasi mercantile e monetaria», e conosciuto come «*equity*», che «attivando i suoi metodi in punto di coscienza, aveva sempre saputo trovare, in chiave giudiziaria, le soluzioni giuste per dare ascolto e spazio a posizioni di interesse emergenti», così, pregevolmente, R. PRELATI, *Real property e proprietà fondiaria*, Napoli, 2000, 168.

⁽⁹⁾ Così E. DALMOTTO, *op. cit.*, 1501.

⁽¹⁰⁾ Nella norma processuale di cui all'art. 784 c.p.c., debesì sottolineare la previsione dell'intervento necessario anche dei creditori oppositori, quindi chiaro è il rimando all'art. 1113 c.c. Per E. REDENTI, *Dir. proc. civ.*, III, Milano 1957, 418, «la protezione accordata così ai creditori oppositori e acquirenti o cessionari di diritti su cose cadenti in comunione (aventi causa da uno dei condomini o coeredi), si spiega avendo riguardo agli effetti riflessi che può avere la divisione (formazione e assegnazione di lotti) sulle garanzie patrimoniali dei loro diritti o sulla realizzazione effettiva del loro acquisto, anche in relazione al fittizio carattere dichiarativo (praticamente retroattivo) che la legge le attribuisce, e che soltanto per certi riguardi è poi attenuato dall'art. 2825 c.c. (scritto per i creditori ipotecari, ma suscettibile secondo qualcuno di interpretazione estensiva)».

⁽¹¹⁾ F.P. LUIISO, *Dir. proc. civ.*, cit., 270.

⁽¹²⁾ A. LUGO, *Manuale dir. proc. civ.*, Milano, 2002, 493.

c.c., o all'azione di contestazione o reclamo di legittimità ex artt. 248 e 249 c.c., il giudizio è ovviamente litisconsortile in quanto ha ad oggetto l'accertamento con efficacia di giudicato di una situazione che, per la sua concettuale unità, non può sussistere solo nei confronti di alcuni dei soggetti interessati e non sussistere nei confronti degli altri⁽¹³⁾, infatti «non è giuridicamente possibile che un soggetto chieda il disconoscimento della sua paternità senza influire sulla situazione giuridica della moglie e sul rapporto di filiazione tra madre e figlio. Il disconoscimento si produce solo se opera anche nei confronti del rapporto tra madre e figlio»⁽¹⁴⁾.

Da ultimo, sebbene siano numerosi i casi di litisconsorzio necessario legale⁽¹⁵⁾, e per le finalità che qui interessano, un breve cenno merita la legittimazione c.d. «straordinaria»: ipotesi di litisconsorzio necessario il cui fondamento è esclusivamente processuale e dove un soggetto è autorizzato dalla legge a far valere in giudizio un diritto altrui. Il legittimato in via straordinaria potrebbe essere del tutto estraneo alla *res litigiosa* e quindi agli effetti dell'emanando provvedimento⁽¹⁶⁾, ma quel che rileva è che egli, con la sua iniziativa processuale, fa in modo che anche la posizione sostan-

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., 6 febbraio 1987, n. 1181, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1450; Cass., 23 aprile 1987, n. 3920, in *Mass. Giur. it.*, 1987, la quale ha esteso la qualità di litisconsorte necessario anche alla sorella ed erede del preteso defunto padre di cui si chiedeva la dichiarazione di paternità naturale. *Contra* invece, Cass., sez. un., 3 novembre 2005, n. 21287, in *Guida al Dir.*, 2006, 1, 85, per cui «contraddittori necessari, passivamente legittimati in ordine all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, sono, ai sensi dell'art. 276 c.c., in caso di morte del preteso genitore, esclusivamente i suoi eredi, e non anche gli eredi degli eredi di lui, o altri soggetti, comunque portatori di un interesse contrario all'accoglimento della domanda, ai quali è invece riconosciuta la sola facoltà di intervenire in giudizio a tutela dei rispettivi interessi». In dottrina cfr. L. ZANUTTIGH, voce *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 47.

⁽¹⁴⁾ Così F.P. LUISO, *Dir. proc. civ.*, cit., 271.

⁽¹⁵⁾ Per una completa elencazione ed analisi delle ipotesi di litisconsorzio necessario fondate su espresse previsioni di legge si rimanda a G. FABBRINI, *Enc. dir.*, cit., 815 ss.

⁽¹⁶⁾ La straordinarietà della legittimazione è evidente nel caso dell'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., ma vanno comunque ricordate la previsione di cui al secondo comma dell'art. 1416 c.c. dove, in ipotesi di azione di simulazione proposta dal creditore, sono parti necessarie i contraenti del negozio simulato e, ancora, il caso del pubblico ministero che impugni per nullità il matrimonio di persona già coniugata ex art. 117 c.c. Per un riferimento giurisprudenziale, rispettivamente, Cass., sez. III, 9 aprile 1988, n. 2799, in *Arch. Giur. Circ.*, 1988, 605; App. Milano, 29 ottobre 1991, in *Riv. Giur. Circ. e Trasp.*, 1992, 301, con nota di F. MOLFESE, *Furto di autoveicolo*; Cass., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1867, in *Foro it.*, 2000, I, 1847, con nota di E. FILOGRANA, *Azione surrogatoria ed inerzia del debitore*; Cass., sez. I, 6 febbraio 1986, n. 720, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 288, con nota di M. EROLI, *Azione di nullità del matrimonio civile e legittimazione dei terzi*; Trib. Messina, 20 marzo 1973, in *Dir. Fam.*, 1973, 1, 1075.

ziale di un altro soggetto venga dedotta in giudizio, con l'effetto di provocare su di esso degli effetti che, di norma, non si sarebbero verificati senza l'iniziativa del titolare. Tuttavia, «la legittimazione straordinaria, se consente a chi ne è investito di dedurre in giudizio l'altrui posizione sostanziale e di provocare effetti giurisdizionali sulla medesima, non esclude dal processo il soggetto titolare di quella posizione e destinatario di quegli effetti, ch , anzi, lo coinvolge come litisconsorte necessario»⁽¹⁷⁾.

Per quanto finora detto pu  affermarsi che il nodo centrale da cui dipende la necessit  del contraddittorio   strettamente correlato alla nozione di «utilit » della sentenza⁽¹⁸⁾, intesa come idoneit  a disciplinare il merito, ove alla recepita non idoneit , o, se si preferisce, alla inutilit  della sentenza, consegue la nullit  del provvedimento finale in quanto mancante dei «requisiti essenziali al raggiungimento dello scopo», giusta il disposto dell'art. 156, II comma, c.p.c. Dal punto di vista del diritto sostanziale dedotto in giudizio, invece, la necessit  di un completo contraddittorio deriva dalla presenza, nella specie, di un rapporto giuridico plurisoggettivo nel quale i nessi tra i diversi soggetti, e tra loro e l'oggetto comune, costituiscono un insieme unitario la cui integrit  condiziona ogni vicenda giuridica del medesimo rapporto, per cui questo risulta immutabile senza la partecipazione di tutti i suoi titolari al giudizio⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cos  E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 95.

⁽¹⁸⁾ Per l'autorevolezza della fonte,   doveroso menzionare anche quell'orientamento che critica il concetto di sentenza *inutiliter data*, ovvero V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 14 ss.; ID., *Sentenza «inutiliter data» e litisconsorzio necessario*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 629, in nota a Cass., 23 marzo 1959, n. 891 e Cass., 3 marzo 1959, n. 610. La sentenza che abbia pronunciato su domanda proposta soltanto nei confronti di alcuni dei litisconsorzi necessari, afferma l'A., non   *inutiliter data* tra le parti, perch  possiede la normale efficacia propria di ogni decisione nei limiti soggettivi ed oggettivi della cosa giudicata; un nuovo giudizio tra le parti stesse ed il litisconsorte rimasto estraneo al processo   perfettamente ammissibile senza postulare l'efficacia della precedente pronuncia in quanto non vi   identit  tra i due giudizi o tra l'oggetto dei due giudizi. Tuttavia tali considerazioni sono suscettibili di riserva sol che si considerino le azioni di stato ove, come sopra ricordato, non   pensabile una sentenza che produca i suoi effetti solo nei confronti di una parte (ad esempio, il padre che abbia agito per il disconoscimento del figlio) e non nei confronti dell'altra parte che a quel giudizio non ha partecipato (nel nostro esempio, la madre). E' stato inoltre acutamente rilevato da C. CONSOLO, *Oscillazioni "operazionali" sul litisconsorzio necessario da incertezza sulle fattispecie rilevanti (che pu  riguardare anche l'azione revocatoria)*, in *Giur. it.*, 2000, 2282, in nota a Cass., 11 ottobre 1999, n. 11361 che, se il litisconsorte pretermesso   veramente un litisconsorte necessario, la sentenza deve pronunciare l'estinzione in rito senza entrare nel merito; ci  nonostante che la sentenza annotata avesse ritenuto che «con riguardo alle azioni non costitutive, la sentenza emessa a contraddittorio non integro pur essendo inopponibile al litisconsorte pretermesso   efficace fra le parti».

⁽¹⁹⁾ Si veda Cass., sez. II, 24 agosto 1991, n. 9092, in *Arch. Loc.*, 1992, 313.

Con l'applicazione dei menzionati principi, molteplici appaiono le ipotesi di litisconsorzio necessario, anche in assenza di alcuna previsione normativa. Innanzitutto, riguardo agli effetti della sentenza, ogni qual volta si tratti di un giudizio di mero accertamento, ma con carattere costitutivo⁽²⁰⁾ si tende a sostenere la teoria chiovendana per cui «la dichiarazione come tale ha sempre una importanza per chi ha partecipato al giudizio»⁽²¹⁾ anche se pronunciata nei confronti di solo alcuni dei litisconsorti. Il discorso cambia del tutto qualora il giudizio scaturisca da azioni prettamente costitutive, estintive o modificative di un rapporto soggettivamente complesso⁽²²⁾: in tal caso il litisconsorzio è necessario, senza l'integrità del quale la sentenza è sicuramente *inutiliter data*.

In particolare, in materia di acquisto per usucapione di un diritto reale su un bene la cui titolarità è riconducibile a più condomini - come ha giustamente rilevato anche il Tribunale di Perugia nel provvedimento in commento - è dedotto in giudizio un rapporto plurisoggettivo unico e inscindibile, con la conseguenza che la sentenza, implicando un accertamento in ordine a titoli di proprietà configgenti tra loro, non può conseguire un risultato utile se non pronunciata nei confronti di tutti i condomini⁽²³⁾. Ma il Giudicante umbro ha statuito, inoltre, sulla legittimazione attiva nel giudizio *de*

⁽²⁰⁾ Tra le altre, si è ritenuto applicabile l'art. 102 c.p.c. riguardo all'ipotesi di petizione ereditaria da parte dei successibili *ex lege* sul presupposto della nullità o falsità del testamento, Cass., 21 maggio 1980, n. 3339, in *Foro it.*, 1980, I, 2798, con osservazioni di G. COSTANTINO; *contra* A. CECCHERINI, voce *Petizione di eredità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 608. Lo stesso dicasi in ipotesi di giudizio di accertamento della simulazione relativa di un contratto, secondo Cass., 15 dicembre 1987, n. 9205, in *Fall.*, 1988, 332.

⁽²¹⁾ G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, cit., 437.

⁽²²⁾ Quello dell'accertamento costitutivo è il terreno d'elezione del litisconsorzio necessario, senza pretesa di eshaustività, si ricorda che il litisconsorzio è necessario per le azioni dirette: alla risoluzione del contratto con pluralità di parti, Cass., 28 aprile 1986, n. 2925, in *Rep. Giust. civ.*, 1986, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, 19; alla costituzione della servitù coattiva di passaggio sul fondo appartenente *pro indiviso* a più condomini, Cass., 13 marzo 1984, n. 1701, in *Foro it.*, 1984, I, 1959, e Cass., sez. un., 3 febbraio 1989, n. 671, in *Foro it.*, 1990, I, 640, con nota di C. BRILLI; all'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di compravendita con pluralità di promissari acquirenti di un unico bene, Cass., 7 luglio 1987, n. 5903, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Obbligazioni e contratti*, 127; alla *negatoria servitutis* solo se occorrono opere permanenti, Cass., 25 marzo 1998, n. 3156, in *Mass. Giur. It.*, 1998; alla contestazione da parte del dipendente aspirante alla promozione nei confronti degli altri dipendenti preferiti in asserita violazione di criteri obbiettivi, Cass., 20 giugno 1990, n. 6184, in *Foro it.*, 1990, I, 2817; ed infine, congruentemente alla pronuncia in commento, all'accertamento dell'usucapione su un bene in comproprietà, Cass., 20 ottobre 1981, in *Mass. Giur. it.*, 1981.

⁽²³⁾ In giurisprudenza si veda Cass., sez. II, 26 gennaio 1995, n. 941, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., sez. II, 28 novembre 1994, n. 10148, in *Foro it.*, 1995, I, 1, 1502, per cui l'azione di accertamento dell'intervenuta usucapione a danno dei

quo, ritenendo che a far valere l'intervenuto acquisto del diritto di servitù per usucapione ventennale, non sussiste litisconsorzio necessario dal lato attivo tra i più comproprietari del fondo dominante, con ciò anticipando una recentissima pronuncia di legittimità per cui «in tema di giudizio diretto all'accertamento dell'usucapione, la fattispecie del litisconsorzio necessario ricorre esclusivamente nel caso in cui la pluralità soggettiva sia rinvenibile dal lato passivo del rapporto, cioè tra coloro in danno dei quali la domanda è diretta, non anche nell'ipotesi in cui essa si riscontri dal lato attivo, atteso che, in tale evenienza, l'azione proposta è diretta a costituire una situazione compatibile con la pretesa che i soggetti non citati in giudizio potranno eventualmente vantare in futuro»⁽²⁴⁾.

In conclusione, un cenno merita, sempre in materia di litisconsorzio e diritti reali, la disciplina processuale dell'usucapione speciale per la piccola proprietà rurale. Nel procedimento previsto dall'art. 3 della L. 346 del 10 maggio 1976, a fronte del decreto di avvenuta usucapione emesso *inaudita altera parte*, vi è l'obbligo da parte degli istanti, al fine di integrare il contraddittorio per un'eventuale opposizione da parte degli interessati, di affiggere la copia dell'istanza presso l'Albo del Comune e presso l'Albo del Tribunale, e di successivamente notificarla a tutti coloro che dai registri immobiliari risultino essere titolari di diritti reali sull'immobile ed a coloro che nel ventennio antecedente alla presentazione della domanda abbiano trascritto domande giudiziali non perente volte a rivendicare la proprietà o altri diritti reali sul medesimo immobile⁽²⁵⁾. Un'altra ipotesi di litisconsorzio necessario espressamente previsto.

comproprietari integra un'ipotesi di litisconsorzio necessario non espressamente prevista dalla legge; Cass., sez. I, 21 aprile 1993, n. 4720, in *Mass. Giur. it.*, 1993, per cui ricorre litisconsorzio necessario oltre che nei casi previsti dalla legge anche dove il rapporto giuridico dedotto in giudizio implichi una situazione strutturalmente comune ad una pluralità di soggetti; Cass., 27 aprile 1982, n. 2622, in *Mass. Giur. it.*, 1982, per cui ove si controverta tra il proprietario attuale di un immobile ed il possessore attuale dello stesso sull'intervenuta usucapione o meno in favore di quest'ultimo, non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dei precedenti comproprietari, nei riguardi dei quali la decisione non può avere effetti, riguardando la definizione di una situazione giuridica interessante solo le parti in causa; ma si veda anche Cass., sez. II, 1 ottobre 1997, n. 9597, in *Mass. Giur. it.*, 1997, che non ha ritenuto sussistere litisconsorzio necessario fra tutti i comproprietari *pro indiviso* nel caso di domanda di accertamento dell'intervenuta usucapione di alcuni soltanto di essi per le relative quote.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. II, 20 marzo 2006, n. 6163, in *Mass. Giur. it.*, 2006.

⁽²⁵⁾ Si veda Cass., sez. II, 21 giugno 1995, n. 7029, in *Mass. Giur. it.*, 1995, dove «l'opposizione al decreto pretorile di riconoscimento della proprietà, introduce un giudizio soggetto alle regole dell'ordinario processo di cognizione nel quale sono litisconsorti necessari tutti coloro che risultano comproprietari del bene e nei confronti dei quali l'accertamento della proprietà esclusiva della parte in favore del quale il decreto è stato pronunciato è destinato ad operare».

Nella materia *de qua*, la specialità del procedimento si è resa necessaria appunto per la difficile individuazione dei convenuti e quindi per la difficoltà di integrare il contraddittorio tra tutti i litisconsorti necessari⁽²⁶⁾, ma se la legge da una parte individua una situazione che in ipotesi influisca sulla sfera giuridica altrui in quanto volta all'accertamento della titolarità del diritto di proprietà in capo al ricorrente con evidente soccombenza del controinteressato, da altra parte limita gli effetti di tale pronunciamento in favore del solo ricorrente, escludendo che il decreto giudiziale possa avere efficacia di cosa giudicata nei confronti di coloro che non hanno partecipato al giudizio⁽²⁷⁾. Dunque, nel caso di specie ritorna utile l'insegnamento chiovendano, già richiamato, che vuole una sentenza - *melius* un provvedimento giudiziale conclusivo del relativo procedimento -, ed anche in mancanza di un integro contraddittorio, come mai *inutiliter data*; in special modo quando si tratti di provvedimento accertativo e non costitutivo⁽²⁸⁾, nel senso sopra chiarito: in tal caso avrà unicamente utilità per le parti partecipanti al contenzioso.

Nonostante che nel procedimento per l'usucapione speciale della piccola proprietà rurale sia imposto l'onere di notifica a determinati soggetti che in tale causa possano avere un interesse sostanziale e che quindi appaiano quali litisconsorti necessari⁽²⁹⁾, è pur vero che il «decreto pretorile di accertamento

⁽²⁶⁾ Invero l'obbligo di notifica a tutti coloro che appaiono dai registri immobiliari quali titolari di diritti reali sul bene usucapendo è nella pratica di difficilissima attuazione, infatti spesso ci si trova di fronte ad iscrizioni catastali di antichissima data i cui titolari sono addirittura deceduti da tempo o di cui sono sconosciuti domicilio o residenza. Cfr. N. IRTI, *Dir. agr. it.*, Torino, 1978, 669; con riferimento alla pregressa normativa cfr. MARTINI, *Finalità e portata della legge 14 novembre 1962, n. 1610, con particolare riguardo ai riflessi pubblicistici*, in *Riv. dir. agr.*, 1970, I, 172. Neppure va dimenticato che la precedente normativa al riguardo - L. 14 novembre 1962 n. 1610 -, che poneva rimedi solo transitori volti a sanare le innumerevoli irregolarità delle intestazioni catastali, non prevedeva l'obbligo di notifica agli interessati, tanto che fu sollevata eccezione di incostituzionalità da parte del Pret. di Ischia, 31 maggio 1967, in *Giust. civ.*, 1968, III, 74, respinta dalla Corte Costituzionale con sent. 26 giugno 1969, n. 103, in *Giust. civ.*, 1969, III, 277.

⁽²⁷⁾ Si veda Cass., sez. II, 25 febbraio 1995, n. 2160, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 994, per cui «il decreto di riconoscimento della proprietà non acquista efficacia ed autorità di cosa giudicata: detto decreto costituisce mero titolo per ottenere la trascrizione e non è efficace nei confronti dei terzi che non abbiano partecipato al procedimento».

⁽²⁸⁾ Da condividere quella pronuncia che, sebbene in relazione alla individuazione dell'imposta da applicare, vuole che «il decreto del pretore, emanato ai sensi dell'art. 4 l. 14 novembre 1962, n. 1610, recante provvidenze per la regolarizzazione del titolo di proprietà in favore della piccola proprietà contadina, ha natura di provvedimento dichiarativo-ricognitivo (e non costitutivo) del titolo di proprietà», così Comm. Trib. Centr., 3 marzo 1981, n. 837, in *Comm. Trib. Centr.*, 1981, I, 293.

⁽²⁹⁾ Cfr. decreto del Trib. Nocera Inferiore, 13 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 1254, con nota di ARMOME, CAPONI; Prte. Celano, 8 settembre 1988, in *Giur. Agr. it.*, 1989, 371, con nota di MASINI.

di proprietà, emesso in assenza di qualsiasi contraddittorio, non ha valore di sentenza e non è quindi suscettibile di passare in giudicato in ordine alla titolarità del diritto di proprietà con esso riconosciuto in pregiudizio delle situazioni giuridiche effettive di coloro che siano rimasti estranei al procedimento ed agiscano in giudizio contro il beneficiario del provvedimento pretorile per far valere i loro pretesi diritti reali sui beni oggetto del provvedimento stesso, in conflitto con la situazione in questo riconosciuta e che possono pertanto, nell'ambito del giudizio contenzioso, chiedere la disapplicazione del decreto di riconoscimento ovvero proporre in via principale o incidentale un'ordinaria azione di nullità del provvedimento stesso»⁽³⁰⁾.

In definitiva, se da un lato abbiamo allora un procedimento che suppone sempre un conflitto di interessi tra usucapiente e intestatario formale del piccolo fondo, e nonostante il detto procedimento abbia «natura contenziosa, ma veste volontaria»⁽³¹⁾, da altro lato, anche in assenza di contraddittorio, il provvedimento non è mai *inutiliter datum*, infatti esso, sebbene non idoneo, come detto, ad incidere sulle posizioni giuridiche dei terzi rimasti estranei al procedimento, può, invece, essere opposto ai terzi da colui che in buona fede abbia acquistato dal beneficiario, purché l'acquisto abbia avuto luogo in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale con cui si faccia valere sull'immobile un diritto di proprietà od altro diritto reale⁽³²⁾; inoltre posto che il detto decreto costituisce sempre e comunque mero titolo per ottenere la trascrizione⁽³³⁾, allora ha una qualche, seppur limitata, utilità finanche se rimasto disatteso l'obbligo di integrazione del litisconsorzio, legalmente previsto.

MAURIZIO NAPOLITANO

⁽³⁰⁾ Cass., sez. II, 20 febbraio 2003, n. 2563, in *Dir. e Giur. agr.*, 2003, 520.

⁽³¹⁾ E' di questo avviso N. IRTI, *Dir. Agr. it.*, cit., 672, che vede nel giudizio disciplinato dall'art. 3 L. 346 del 10 maggio 1976, le vesti del procedimento di volontaria giurisdizione desumendole dall'atto introduttivo: ricorso; dal provvedimento finale: decreto; dal fatto che non valgano le regole generali sulla formazione della prova; ed inoltre dalla circostanza che il Tribunale, sul reclamo, decide in camera di consiglio.

⁽³²⁾ Cass., sez. II, 5 settembre 1989, n. 3856, in *Mass. Giur. it.*, 1989.

⁽³³⁾ Cass., sez. II, 25 febbraio 1995, n. 2160, cit.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 22 marzo 2005 – G.U. BATTISTACCI – C.G. e C.L. (avv. Castellini), in qualità di genitori esercenti la potestà parentale sulla minore C.R., c Ministero della Pubblica Istruzione (avv. dello Stato).

Responsabilità civile – Responsabilità dei maestri e dei precettori – Danno cagionato dall'alunno a terzi – Conseguenze – Danno cagionato dall'alunno a se stesso – Conseguenze – (artt. 1218 ss., 2048 c.c.).

La norma dell'art. 2048 c.c. si applica nella sola ipotesi di danni che il minore procura a terzi, mentre nell'ipotesi di danni che il minore procura a se stesso la responsabilità dell'istituto scolastico e del personale scolastico non va ricondotta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale bensì in quello della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c. (1).

(*Omissis*). Con citazione ritualmente notificata C.G. e C.L. esponevano come in data 7 giugno 1997 la propria figlia minore C.R., mentre si trovava all'interno dei locali della scuola media "S.P.", in Perugia, al termine della lezione di musica, riceveva da un compagno di classe, la cui identità era rimasta sconosciuta, una violenta spinta alle spalle in seguito alla quale cadeva e batteva rovinosamente il volto sul banco, procurandosi una frattura coronale del dente incisivo superiore centrale sinistro. Tanto premesso si evidenziava come l'episodio era riconducibile alla responsabilità dell'insegnante di musica di turno, che si trovava fuori della classe e non aveva adottato i necessari provvedimenti per identificare l'autore del fatto; era pertanto imputabile alla stessa una colpa in vigilando ai sensi dell'art. 2048 c.c.

Si evidenziava inoltre la sussistenza di responsabilità anche in capo ai vertici dell'istituto scolastico che alcun accorgimento avevano adottato per evitare il verificarsi dell'evento e che alcun accorgimento avevano adottato per evitare il verificarsi dell'evento e che non si erano in alcun modo adoperati per l'individuazione del responsabile.

Citavano pertanto in giudizio il Ministero della Pubblica Istruzione ai sensi del disposto dell'art. 61 L. 11/7/1980 n. 312, perché fosse condannato al risarcimento dei danni. (*Omissis*).

Con comparsa depositata in data 9/10/1998 si costituiva in giudizio il Ministero della P.I. rilevando come alcuna responsabilità poteva essere ascritta all'insegnante presente al momento del sinistro la quale non poteva né impedire né prevedere l'improvviso comportamento dell'alunno che aveva spinto C.R.

A maggior ragione alcuna responsabilità poteva essere ascritta al

preside e al vicepresidente dell'istituto. (*Omissis*).

Osserva il giudicante come gli attori agiscano in giudizio ai sensi del disposto dell'art. 2048 c.c. commi 2° e 3°. (*Omissis*).

Secondo la più recente giurisprudenza del S.C. (Cass. Sez. Un. n. 9356/2002) la norma invocata si applica nella sola ipotesi di danni che il minore procura a terzi, mentre nell'ipotesi di danni che il minore procura a se stesso la responsabilità dell'istituto scolastico e del personale scolastico non va ricondotta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale bensì in quello della responsabilità contrattuale, con conseguente applicazione del regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c. (profilo di responsabilità mai ipotizzato nel presente giudizio).

Presupposto per l'applicabilità dell'art. 2048 c.c. è infatti l'esistenza di un "fatto illecito" del minore ed ha il semplice effetto di estendere tale responsabilità ad altri soggetti quali gli insegnanti. (*Omissis*).

Per la sussistenza del "fatto illecito" occorre che l'azione posta in essere dal minore sia almeno colposa, in caso contrario non potrà essere considerata illecita, e la prova dell'esistenza della "colpa" spetta al danneggiato (Cass. n. 15321/2003 e n. 16947/2003). Nel caso di specie se è pur vero come alcuna attività istruttoria è stata svolta sul punto è altrettanto vero come alcuna contestazione sia stata mossa nell'interesse del Ministero convenuto alla ricostruzione dei fatti, dandosi per ammesso che l'infortunio si sia verificato nei termini riferiti dagli attori.

Così ricostruita la dinamica di fatti era onere dell'amministrazione scolastica provare di non avere potuto impedire il fatto (2048 u.c. c.c.) e che il danno cagionato alla minore era derivato da "caso fortuito" (Cass. 6331/1998), o liberarsi della presunzione di responsabilità fornendo la prova di "non aver potuto impedire il fatto". Alcuna prova è stata fornita in tal senso. In tale ottica deve ribadirsi la irrilevanza delle prove testimoniali richieste nel corso del giudizio, che vertevano, nella sostanza, su circostanze non contestate.

Si trattava di prove che erano anche inammissibili ai sensi dell'art. 246 c.p.c., tenuto conto come erano state chiamate a deporre le due insegnanti responsabili preposte al controllo ed alla vigilanza della classe ove si era verificato l'incidente. In merito non sembra infatti condivisibile quanto sostenuto dal Ministero convenuto che ha ritenuto le insegnanti in grado perfettamente di testimoniare alla luce del disposto dell'art. 61 L. 312/1980. La norma citata prevede infatti, una limitazione della responsabilità del personale dipendente delle scuole pubbliche ai soli casi di dolo o colpa grave, nei confronti dell'amministrazione che abbia risarcito il terzo dei danni subiti a seguito del comportamento degli alunni sottoposti alla vigilanza del medesimo personale. (*Omissis*).

La domanda di risarcimento danni dovrà in conclusione essere accolta. (*Omissis*).

(1) Rapporti contrattuali di fatto e responsabilità dell'ente scolastico

Il fisiologico svolgimento dell'attività scolastica conosce un avvicendamento delle lezioni caratterizzate dall'alternarsi di pause nonché di momentanee carenze di vigilanza nei confronti degli utenti. Il caso che ci occupa costituisce un'applicazione testuale della responsabilità derivante dall'articolo 2048 secondo comma c.c. ("I precettori e coloro che insegnano un mestiere sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza."), vale a dire di responsabilità extracontrattuale per fatto proprio, operando la presunzione di colpa fino a prova liberatoria. La responsabilità diretta nasce da una condotta omissiva ascrivibile al docente, per aver violato il fondamento della norma dichiaratamente rivolto alla previsione della colpa in vigilando, postulando l'esistenza di un evento dannoso cagionato da un minore capace di intendere e di volere. È oggetto di particolare discussione se sia corretto definirla una presunzione di colpa o piuttosto una presunzione di responsabilità: trattasi di una presunzione soggettiva aggravata infatti la vittima di un possibile illecito attraverso la su menzionata previsione è in grado di individuare la categoria dei soggetti cui imputare la responsabilità ⁽¹⁾.

E nella specie, non può certo dirsi che sia stato provato l'uso di una diligenza finalizzata ad impedire l'evento, o che ci siano stati effettivi impedimenti idonei ad ostacolare la vigilanza, sol considerando l'assoluta mancanza di controllo di una intera classe per fatto dell'insegnante ⁽²⁾, dovuto all'intervallo tra una lezione e l'altra: è evidente che la presenza di un docente nei momenti critici o comunque cruciali è da ritenersi essenziale.

Il preside nonché il vicepreside, in qualità di rappresentanti dell'Istituto scolastico, oltre a non aver svolto alcuna indagine in merito alla identità dell'autore materiale del fatto, non hanno neppure fornito una prova concreta sulla predisposizione di strumenti tesi a prevenire eventi dannosi, come ad esempio il supporto di personale non docente, la cui presenza poteva evitare l'insorgere di situazioni di pericolo. L'incertezza relativa al mancato riscontro di misure efficaci, consente che queste possano essere relegate esclusivamente nell'ambito di una presunzione ⁽³⁾. Sulla base delle modalità concrete,

⁽¹⁾ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, ora diretto da F.D. Busnelli, *sub art. 2048 c.c.*, 210 ss., 2002; M. FRANZONI, *Comm. del cod. civ.*, Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, 380 ss., 1993. U. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976: il giurista evidenzia che l'uso del termine "vicario" non deve essere inteso nel senso che questo si sostituisce sempre nella obbligazione del responsabile, bensì nel senso che egli si può anche affiancare a questo, allo scopo di garantire meglio il risarcimento al danneggiato.

⁽²⁾ Cass., sez. III, 7 ottobre 1997, n. 9742, in *Mass. Giur. it.*, 1997.

⁽³⁾ Giunge opportuno in tal senso la citazione di una singolarissima sentenza (Cass., sez. III, 22 novembre 1991, n. 12538, in *Riv. Dir. Sport.*, 1992, 660.), laddove

la dinamica depone per un evento avvenuto in modo fugace, risultato di un gesto improvviso⁽⁴⁾: una spinta da tergo, perpetrata da un allievo la cui identità è rimasta ignota, cagiona una lesione nei confronti di una propria coetanea. L'episodio risulta compatibile con il carattere della repentinità e, di conseguenza tale da non consentire al vicario di attivarsi in maniera fattiva. In realtà nel frangente, il verificarsi di un evento dannoso non può essere imputato immediatamente ad imprevedibilità o a repentinità, atteso che è proprio in virtù di uno iato dovuto alla mancata custodia e alla non comprovata presenza di efficienti atti intesi a contenere mancanze disciplinari, che i menzionati caratteri sono facilmente riscontrabili⁽⁵⁾.

Infatti la responsabilità del vicario sussiste nel momento in cui, lo stesso favorisca o il verificarsi o la permanenza di situazioni che possano sfociare in manifestazioni lesive⁽⁶⁾. Dunque l'istituto scolastico non ha assolto il dovere di organizzare una valida strategia di prevenzione dei sinistri. Ma vi è di più. Per quanto si vogliano valorizzare gli elementi addotti dalla controparte, peraltro suggestivi, considerato che si è tentata strenuamente la via dell'escusazione degli insegnanti, tradottasi in una palese incompatibilità *ex art. 246 c.p.c.*, l'imputazione della responsabilità appare certa. Stante il dettato configurato dall'art. 2048 terzo comma c.c. ("Le persone indicate nei commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto"), si desume che onere⁽⁷⁾ dell'attore è solo quello di

è stata ritenuta sussistente la responsabilità dei precettori per il danno cagionato da fatto illecito dei loro allievi, nel caso in cui gli stessi precettori non siano riusciti a fornire la prova di non aver potuto impedire il fatto e contestualmente di non aver potuto dimostrare le modalità dell'evento lesivo, sostenendo che nel momento in cui non è possibile ricostruire le esatte modalità dell'accaduto la responsabilità dei precettori può essere fondata su un ragionamento induttivo dal quale risulti senza dubbio la loro colpa.

⁽⁴⁾ Cass., sez. III, 24 febbraio 1997, n. 1683, in *Danno e Resp.*, 1997, annotata da M. FRANZONI: *Illecito dello scolaro e responsabilità del maestro elementare*, Cass., 4 marzo 1977, n. 894, in *Giur. it.* 1977, I, 1, 1660; App. Lecce, 22 dicembre 1969, in *Giust. Civ.*, I, 1480, 1970.

⁽⁵⁾ Cass., sez. I, 2 dicembre 1996, n. 10723, in *Studium juris*, 1997, 314: l'art. 2048 c.c., dopo aver previsto la responsabilità dei precettori e dei maestri d'arte per i danni cagionati dal fatto illecito dei loro allievi nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza, dispone che tali soggetti sono liberati dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto; cosicché, perché possa verificarsi un tal genere di responsabilità è necessario che il fatto sia prevedibile, in quanto ciò che è imprevedibile è anche, per definizione, non prevedibile. Per accertare la prevedibilità del fatto il giudice del merito deve far riferimento alla sua ripetitività e ricorrenza statistica, non astrattamente intesa, ma correlata al particolare ambiente di cui si tratta, sulla base della ragionevole prospettazione secondo cui certi eventi, già verificatisi in date condizioni, possono, al riprodursi di queste, ripetersi.

⁽⁶⁾ Cass., 10 agosto 1964, n. 2291, in *Mass. Giur. it.*, 1964.

⁽⁷⁾ Cass., sez. III, 14 ottobre 2003, n. 15321, nonché Cass., sez. III, 11 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 426: nel caso di danno procurato a se stesso dall'allievo di

dimostrare che un illecito è stato commesso a danno di un minore nel tempo in cui esso viene affidato a coloro ai quali spetta vigilare: il contenuto della prova liberatoria è incentrato nella dimostrazione che il precettore⁽⁸⁾ deve essere stato presente nel luogo dell'accaduto e di non averlo potuto impedire a causa della sua repentinità.

Qualora sussista un legittimo impedimento, si esige che vengano in ogni caso predisposti tutti i provvedimenti idonei a far fronte ad atti causativi di danno.

Attraverso l'apporto creativo della giurisprudenza la fattispecie *ex art.* 2048 c.c. terzo comma, ha subito una interpretazione più confacente alla realtà: l'onere giuridico predeterminato di cui deve farsi carico il precettore non consiste semplicemente nel non aver potuto impedire il fatto (prova negativa), bensì di essersi adoperato nel garantire un adeguato controllo, obbligo la cui estensione deve essere ponderato in relazione all'età, all'indole e al carattere degli alunni.

Il nuovo colore interpretativo conferito alla figura normativa determina uno scostamento della soglia della punibilità⁽⁹⁾. Il rigoroso regime della prova liberatoria obbliga il precettore a premunirsi da possibili manifestazioni di esuberanza degli allievi, posto che comportamenti repentini di alunni ancora in tenera età, rappresentano un dato costante e dunque non sono imprevedibili. Quanto al rapporto tra insegnante e Istituto scolastico sussiste una immedesimazione organica, tale che la mancata predisposizione di adeguate misure organizzative, comporta l'imputazione della responsabilità nei confronti dell'istituto come riflesso dell'inadempimento dell'insegnante⁽¹⁰⁾.

In sintesi, si può individuare l'esistenza di un nucleo caratterizzato da un dovere legale di garanzia, che a sua volta si traduce e nell'adozione di un esercizio del dovere di vigilanza, commisurato al criterio della prevedibilità, e nell'adozione di proporzionati provvedimenti organizzativi e disciplinari da attivare in ipotesi di assenza del docente, laddove la prova liberatoria rappresenta il confine. Insomma in maniera insistente il divisamento del

scuola privata o pubblica, per i gestori si può prospettare tanto una responsabilità di natura aquiliana quanto una responsabilità disciplinata dalle norme che regolano la responsabilità da inadempimento delle obbligazioni che nascono da contratto.

⁽⁹⁾ P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, 325 ss., Torino, 2001; ancora M. COMPORI, *op. cit.* 296 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*. 744 ss., Padova, 2005; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 655 ss., Milano, 2004.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. III, 19 febbraio 1994, n. 1623, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass., sez. III, 16 luglio 1999, n. 7517, in *Mass. Giur. it.*, 1999: l'insegnante della scuola pubblica è privo di legittimazione passiva nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni subiti da un allievo ed imputati a *culpa in vigilando* dell'insegnante stesso, unico legittimato essendo il Ministero della pubblica istruzione, ai sensi dell'art. 61, legge 11 luglio 1980, n. 312. F. STADERINI, *La responsabilità civile degli insegnanti e dei dirigenti scolastici*, Milano, 1981.

Supremo Collegio⁽¹¹⁾ evidenzia la necessità di un grado di attenzione particolarmente qualificato, segnatamente qualora risultino deficitarie anche le più elementari forme di tutela, come il ricorso al personale ausiliario. Pertanto non si deve invocare l'imprevedibilità che di norma esonera da responsabilità solo nelle ipotesi in cui non sia stato possibile impedire l'evento, quand'anche sussista un comportamento adeguato alle circostanze.

Atteso che tra dovere di vigilanza e grado di maturità del discente sussiste una proporzione inversa⁽¹²⁾ e, siccome l'ipotesi in rassegna tratta di alunni di media età, è comprensibile che il grado di attenzione richiesto, avrebbe dovuto essere improntato ad un criterio di misurato rigore, per l'intero periodo in cui i minori sono stati affidati alla custodia del personale scolastico fino al subentro della vigilanza dei genitori⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Cass., sez. III, 22 gennaio 1990, n. 318, in *Arch. Civ.*, 199, 365: è pacifico che relativamente alle prime classi elementari si impone il massimo grado di continuità ed attenzione nella vigilanza (cfr. Cass., 4 marzo 1977, n. 894; Cass., 22 gennaio 1980, n. 516), e *nulla quaestio* che con riguardo ad alunni infradiciottenni il dovere di vigilanza sia da ritenersi attenuato, proprio in virtù dell'approssimarsi all'età del pieno discernimento (A.C. JEMOLO, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 244; dello stesso tono G. PATTI, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 27, sottolinea la tendenza della Cassazione tedesca verso un ridimensionamento della responsabilità dei genitori per i fatti dannosi commessi ad opera dei figli "quasi maggiorenni"; Cass., sez. III, 23 giugno 1993, n. 6937, in *Vita notar.*, 1994, I, 227), ma la decisione su menzionata cura che siano contestualmente predisposte anche misure organizzative basilari (artt. 5, 6, 7, del D.P.R. n. 420 del 1974; legge n. 312, 1980, nonché D.P.R. n. 588 del 1985) idonee a garantire il mantenimento di una disciplina nei confronti degli allievi necessarie ad evitare l'insorgere di una situazione di pericolo (in senso conforme sulla rigorosità della prova richiesta e ancora sulla predisposizione di misure disciplinari efficaci, cfr. Cass., 27 marzo 1984, n. 2027); Cass., sez. III, 3 febbraio 1999, n. 916, in *Mass. Giur. it.* 1999; Cass., sez. III, 18 aprile 2001, n. 5668, in *Foro it.* 2001, I, nota di F. DI CIOMMO; Cass., sez. III, 13 settembre 1996, n. 8263, in *Studium juris*, 1997, 80; Cass., 4 marzo 1977, n. 894, in *Giur. it.* 1977, I, 1, 1660; Trib. Firenze, 19 marzo 1993, in *Arch. Civ.*, 561, 1993. In merito alla presunzione di responsabilità, gli orientamenti risultano contrastanti: è per la colpa presunta C.M. BIANCA, in *Diritto civile, La responsabilità*, 5, 700, Milano, ristampa 2004, diversamente sono per una rivisitazione del concetto di presunzione di colpa, lo SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 693 e 696, nonché M. BESSONE, in *Foro pad.*, 1981, I, 329, *La ratio legis dell'art. 2048 cod. civ. e la responsabilità civile degli insegnanti per il fatto illecito dei minori*.

⁽¹²⁾ Cass., sez. III, 10 dicembre 1998, n. 12424, in *Mass. Giur. it.*, 1998: in tema di responsabilità civile *ex art.* 2048 c.c., il dovere di vigilanza dell'insegnante va commisurato all'età e al grado di maturazione raggiunto dagli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto. G. ALPA, *Trattato di diritto civile. La Responsabilità civile*, IV, 670 ss., Milano, 1999.

⁽¹³⁾ Cass. 18 maggio 1986, n. 5424, in *Vita notar.*, 1986, I, 1239; Cass., sez. I, 30 marzo 1999, n. 3074, in *Dir. Economia Assicuraz.*, 2000, 632, nota di DE STROBEL: sussiste la responsabilità civile dell'amministrazione di un istituto scolastico ove, per inottemperanza al dovere di sorveglianza, quando la stessa non si protragga per

Inoltre va ribadito con forza che l'intento normativo palesato dall'art. 2048 c.c., non si limita a richiedere unicamente l'espletamento dell'attività didattica, ma che il docente debba altresì farsi carico dei rischi tipici connessi all'indole e al comportamento del minore. Quanto premesso deve essere interpretato *cum grano salis*, di conseguenza il comportamento assolutamente abnorme e non umanamente prevedibile che fuoriesca dalla sfera di signoria del precettore, scagionerà lo stesso.

La decisione trae spunto dai menzionati principi, ove nel richiedere la presenza fisica dell'insegnante idonea a garantire una scrupolosa vigilanza, ha debitamente evidenziato che tale esigenza deve essere mantenuta o in ipotesi di alunni non ancora maturi o in ipotesi di rilevate situazioni ambientali e personali, deducendo come nel caso che ci occupa. Il giudice di prime cure, nella motivazione ribadisce che è stata fatta valere esclusivamente la responsabilità extracontrattuale così come prevista dall'art. 2048 secondo e terzo comma c.c., diversamente la norma non è suscettibile di disciplinare anche l'ulteriore ipotesi di condotta autolesiva dell'allievo. La fattispecie da ultimo menzionata, stando ad un pronunciamento dell'Organo di legittimità, ritiene la responsabilità dell'istituto scolastico nonché quella dell'insegnante riconducibile all'ambito della disciplina delle obbligazioni derivanti da contratto, soggetta all'impero dell'art. 1218 c.c.⁽¹⁴⁾. L'aver optato a favore di un modello alternativo di responsabilità, è sintomo che tra insegnante ed allievo, sussista un peculiare rapporto giuridico, tecnicamente definito dal menzionato Organo: "contatto sociale"⁽¹⁵⁾. Il contatto sociale costituisce una frattura rispetto a posizioni

tutto il tempo in cui gli allievi minorenni sono allo stesso affidati. Cass., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11241, in *Guida al Dir.*, 2003, 37, 69; va qualificato precettore, ai fini dell'applicazione della norma di cui all'art. 2048 c.c., il soggetto al quale l'allievo è affidato per ragioni di educazione e istruzione, sia nell'ambito di una struttura scolastica, sia in virtù di un autonomo rapporto privato, sempre che l'affidamento, se pur limitato ad alcune ore del giorno o della settimana, assuma carattere continuativo e non meramente saltuario.

⁽¹⁴⁾ Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, I, 2636, 2002, con nota di DI CIOMMO; nonché in *Guida al Dir.*, 2002, 28, 60 ss., nota di SACCHETTINI, *Resta da sciogliere il nodo dell'onere probatorio ma una strada è nelle obbligazioni contrattuali*. C. SALVI, *La responsabilità civile*, seconda edizione, in *Trattato di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, 15 ss., 190, Milano, 2005; Cass. sez. III, n. 10042, 29 aprile 2006, in *Mass. giur. it* 2006; Trib. Genova, 7 aprile 2006; Cass. n. 24456, 18 novembre 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 1087 nota di CUOCCI, PERNA. M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 962, 1972; E. BABUCCI, in *Rass. giur. umbra*, 2, 2005, 489 ss.; P. G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Torino, 1998; D. PALMIERI, *La responsabilità contrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999; A. ORESTANO, in *Riv. crit. dir. priv.*, 55, 1995.

⁽¹⁵⁾ E. BETTI, in *Jus*, 57, 355; Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Riv. it. Medicina Legale*, 2001, 830, nota di FIORI, D'ALOJA; nonché in *Foro it.*, 1999, I, 3332, nota di DI CIOMMO, LANOTTE; F. ANTEZZA, nota a Trib. di Catania, 3 maggio 2005, n.

giuridiche consolidate: infatti tra soggetti pubblici o privati o tra soggetti privati e pubblici, potrebbero instaurarsi delle relazioni di fatto capaci di generare conseguenze afferenti la responsabilità civile. Qualora l'amministrazione sia parte e, nel momento in cui dovesse ravvisarsi una concreta ingerenza della medesima nella sfera giuridica altrui, tale da favorire nei confronti della controparte l'aspettativa di una tutela dell'affidamento, spetta alla menzionata amministrazione, il rispetto dei poteri di controllo, il rispetto di canoni di correttezza nonché di buona fede. Attesa la relazione, le norme applicabili non possono riguardare la responsabilità da inadempimento dell'obbligazione. In sostanza si è ad evidenziare che all'interno del *genus* responsabilità extracontrattuale, insistono delle fattispecie di pura responsabilità oggettiva. Tuttavia⁽¹⁶⁾ desta perplessità la circostanza che la Suprema Corte cita il contatto sociale solo in via incidentale.

Il mancato approfondimento di questo specifico passaggio, può essere

1478, in *Il Merito*, f. 6, 29 ss., 2006; Cass., sez. III, 16 giugno 2005, n. 12966, in *Rep. Foro it.*, voce Responsabilità civile, c. 2073, n. 335, 2005; CAPPAL, nota a Trib. di Cagliari, 5 maggio 2005, in *Riv. giur. sarda*, 427, 2005; di diverso avviso STELLA RICHTER, in *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 77, 156; F. GAZZONI, *Manuale di dir. priv.*, XII° edizione, 857 s., Napoli, 2006; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 90 ss., 195 ss., Perugia, 2006; L. CORSARO, *Sulla natura giuridica della responsabilità del precettore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 137 ss., 1967; in giurisprudenza sul controverso regime di responsabilità, cfr. Cass. sez. un., 14 maggio 1987, n. 4441, in *Giust. civ.*, I, 1628, 1987: è configurabile il concorso di responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, con la conseguenza che, venuta meno una delle due azioni per ragioni ad essa relative, come la prescrizione, rimane ferma l'altra azione, la quale anche se fondata sui medesimi presupposti di fatto, è soggetta al suo proprio correlativo termine prescrizione; tale principio è applicabile anche se il predetto fatto costituisca reato, come nell'ipotesi di inosservanza delle norme in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro. In dottrina si profila una combinazione di responsabilità mista del produttore di beni di consumo dannosi: U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1979; GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970. Ancora sull'incerto confine tra i due moduli di responsabilità, G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, l'autore postula l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale pur nella ipotesi in cui il contratto sia stato validamente concluso; P. GALLO, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 239, *ivi*, 2004, I, 295 e 487. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di dir. civ.*, XLI° edizione, 909 ss., a cura di G. Trabucchi, Padova, 2004; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1942. R. BARBANERA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 273 ss., 2003; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. giur.*, f. 10, 1293 ss., 2002; F. MANTOVANI, *Responsabilità dei genitori, tutori, precettori e maestri d'arte*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. Sist. Civ. comm.*, Aggiornamento 1988-1996, 179, Torino, 1997; G. FACCI, in *Resp. civ. prev.*, 1022 ss., 2002; U. RUFFOLO, *La tutela giurisdizionale del terzo settore*, in *Diritto e processo - Annuario giuridico dell'Università di Perugia* a cura di Antonio Palazzo, 2004, 180 s.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11245, in *Danno e Resp.*, 2004, 4, 436.

significativo: nella condotta del minore che cagiona un danno a se stesso, è una fattispecie che non consta di alcuna lesione di interessi altrui, segnatamente, difetta del presupposto⁽¹⁷⁾ che il fatto possa essere qualificato obiettivamente anti giuridico. Di conseguenza l'analisi, ai fini della responsabilità civile, si incentra esclusivamente nel riscontro di un danno e, non già nei confronti della condotta.

A questo punto è opportuno riprendere quanto emerso a proposito della menzionata pronuncia dell'Organo di legittimità.

Dalla stessa si evince senza alcun margine di incertezza, che ogni qual volta da una relazione di fatto, dovuta ad una concreta ingerenza di un soggetto nei confronti della sfera giuridica altrui, dovesse derivare un danno, quest'ultimo verrebbe risarcito secondo le norme che presiedono alla responsabilità contrattuale⁽¹⁸⁾.

Volendo precisare il riferimento alla su menzionata condizione di fatto tra due soggetti, non è revocabile in dubbio che tra gli stessi potrebbe oggettivarsi un significativo contatto che, anche se non in grado di assurgere ad una dignità contrattuale, non è escluso che dallo stesso potrebbe scaturire un danno aquiliano, questa volta risarcibile sulla base delle norme inerenti la responsabilità extracontrattuale. In forza di questa ultima affermazione potrebbe sorgere anche una critica, vale a dire se un danno si è verificato, si presume in genere anche un illecito, ma concettualmente ammettere la contestuale esistenza di un illecito e di una responsabilità senza colpa sembra ipotesi difficilmente compatibile.

Eppure stando al pensiero di noti cultori⁽¹⁹⁾, la mancata coincidenza giuridica trova una soluzione proprio nell'ambito della responsabilità, poiché se si è chiamati a "rispondere", significa che un obbligo deve sussistere.

In sostanza lo svolgimento della attività scolastica, attività tipicamente non lucrativa, ha il pregio di favorire situazioni, come il danno procurato dall'alunno a se stesso, dove il criterio della responsabilità deriva da un rischio ragionevolmente probabile.

⁽¹⁷⁾ A. DE CUPIS, *Il danno*, I, 247 ss.; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, 27 s., Napoli, 1973.

⁽¹⁸⁾ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 109, il giurista evidenzia come un contatto sociale possa favorire l'insorgere di una intensa ingerenza e, questa può dare adito ad un torto aquiliano, Milano, 1953; ma altresì il contributo di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, 181 ss., Milano, 2003; N. DI PRISCO, *op. cit.*, 80; F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, 156; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, 85 ss..

⁽¹⁹⁾ M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità oggettiva*, 32 ss., Napoli, 1965; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 50 ss., Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 167, Torino, 1962. Per profili generali cfr. P. FORCHIELLI, in *Enc. Giur. Treccani*, voce *Responsabilità oggettiva*, I) *Disciplina privatistica*, 1 ss.

Il fenomeno della responsabilità senza colpa, crea di diritto categorie di soggetti o apparati in grado di assolvere alla funzione risarcitoria.

Alla stregua di quanto precede, in merito alla decisione del Supremo Collegio e particolarmente con riguardo alla fattispecie del danno procurato dall'alunno a se stesso risulta opportuno e forse più agevole annotare che, la responsabilità per fatto altrui procede in maniera parallela con la responsabilità oggettiva. L'articolo 2048 propone un criterio autonomo di imputazione, ma a contrario, ove per alligare una fattispecie di danno fosse rilevata l'assenza di un qualsiasi addentellato di diritto positivo e, contestualmente dovesse emergere la sussistenza del solo nesso causale tra fatto di imputazione e danno, si avrebbe una presunzione di responsabilità senza alcuna presunzione di colpa. La responsabilità cui si allude è quella oggettiva, infatti questa viene comunemente annoverata tra le fattispecie generatrici di responsabilità extracontrattuale, al pari di quella per fatto altrui.

FEDERICO VERGONI

TRIBUNALE DI PERUGIA – Decreto 22 novembre 2006 – Sez.
Fallimentare – *Est.* GIARDINO – Concordato Preventivo C. S.R.L

**Fallimento e procedure concorsuali – Concordato preventivo –
Delibera di approvazione – Controllo del Tribunale –
Omologazione** (l. fall. artt. 176, 178, 180)

L'interpretazione sistematica complessiva dell'intera normativa, come novellata, porta ad escludere categoricamente che il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione si possa e si debba limitare ad una mera verifica del controllo delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F., come potrebbe sostenersi in forza di una lettura solo letterale ed asistematica del disposto dell'art. 180, quarto comma L.F., giacché, se così fosse, sarebbe sufficiente il solo verbale dell'adunanza dei creditori o quello redatto ex u.c. art. 178 L.F. in cui sono attestate le operazioni di voto e i relativi risultati (non potendosi ipotizzare la necessità dell'intervento del Tribunale per il mero controllo dell'operato del G.D. in relazione al calcolo dei voti) (1).

Con ricorso depositato in data 17.5.2003, la società "Cocchioni s.r.l.", proponeva al Tribunale di Perugia domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni, ex art. 160, 2° comma n° 2 L.F. Premettendo una disamina sulle cause che avevano determinato l'insolvenza e le ragioni del ricorso a siffatta procedura corroborato da documenti attestanti il possesso dei requisiti di cui all'art. 160, 1° comma L.F., dalle scritture contabili, da uno stato analitico ed estimativo delle attività e da un elenco nominativo dei creditori, la società debitrice avanzava una proposta di concordato che prevedeva il pagamento integrale dei creditori privilegiati e il soddisfacimento di quelli chirografari nella misura del 61,32%.

Successivamente alla comparizione del debitore per l'udienza dell'8.7.2003 nella quale venivano forniti ulteriori chiarimenti in relazione ad alcuni dati afferenti il passivo della procedura e il futuro fabbisogno concordatario, il Tribunale di Perugia, sentito il pubblico ministero, riconosciuta ammissibile la proposta, con decreto in data 17.10.2003, dichiarava aperta la procedura di concordato, convocando l'adunanza dei creditori per la data del 26.1.2004. In quella sede, dopo l'illustrazione della relazione del Commissario Giudiziale ex art. 172 L.F., l'udienza era rinviata al 23.2.04 termine entro il quale quest'ultimo provvedeva ad integrare la sua iniziale relazione sulla scorta delle indicazioni fatte emergere sia dalla difesa che dal dott. Giuseppe Fornari, consulente della Cocchioni Srl.

All'esito del raggiungimento della maggioranza di legge (maggioranza dei votanti: 244 voti favorevoli e 14 contrari; e dei 2/3 degli aventi diritto al voto: □ 7.910.176,07 di voti favorevoli su □ □10.087.871,76 di crediti ammessi al voto, con □ 432.259,92 di voti contrari), veniva fissata udienza ex art. 180 L.F. avanti il G.D. per il 22.7.2004

Il Commissario Giudiziale provvedeva nei termini al deposito del previsto parere motivato; la società si costituiva in giudizio senza alcuna opposizione da parte dei creditori. La società istante chiedeva ed otteneva termine per il compimento di attività istruttoria, volta a comprovare la possibilità di miglioramento della percentuale della soddisfazione dei creditori chirografari rispetto a quanto ipotizzato dall'organo della procedura.

All'udienza del 21.4.2005, fissata per la precisazione delle conclusioni, parte ricorrente invocava l'applicazione delle nuove regole di giudizio introdotte con il D.L. n°35 del 14.3.2005 ed applicabili anche ai concordati preventivi. Considerata favorevole al debitore e dunque di immediata esecuzione anche per le procedure in corso, la nuova disciplina aveva eliminato il requisito della soglia minima del 40% di soddisfazione dei creditori chirografari ed aveva altresì escluso ogni valutazione del Tribunale in ordine al requisito della meritevolezza dell'imprenditore.

Con ordinanza del 22.8.2005 il Collegio, aderendo alle richieste della difesa, *“preso atto del fatto che, nelle more, fosse entrata in vigore una nuova normativa che aveva radicalmente modificato l’istituto del concordato preventivo in ordine ai presupposti, al contenuto ed ai poteri valutativi del Tribunale; ritenuto che, anche alla stregua dell’esplicita previsione dell’art. 2 bis inserito nella legge di conversione del d.l. n° 35/2005 – la legge 14.5.2005 n° 80 – , per i procedimenti di concordato preventivo pendenti e non ancora omologati dovessero trovare applicazione interamente le regole stabilite per la nuova disciplina dell’istituto richiamando la norma “le disposizioni di cui al comma 1 lettere d), e), f), g), h) ed i)”*, non le sole disposizione di fase (che in pratica avrebbero dovuto comportare solo l’utilizzazione del decreto al posto della sentenza), al fine di evitare l’effetto paradossale di una omologa in forza di presupposti totalmente difforni rispetto a quelli sottoposti all’attenzione dei creditori e per i quali vi era stata l’espressione del consenso; ritenuta la necessità, per la parte che si volesse avvalere del nuovo contenuto del concordato preventivo, di adeguare interamente la proposta concordataria alle caratteristiche del nuovo istituto, sia in relazione alla necessità dell’allegazione della relazione dell’esperto che alla ritenuta necessità di provocare nova espressione di voto da parte dei creditori, che sarebbero così stati *“posti in condizione di conoscere i diversi effetti giuridici legati e alla proposta e alla prestazione del consenso: soluzione che si impone specie nei casi, come in quello di specie, nel quale lo svuotamento dei poteri in sede di controllo di omologa siccome limitato al solo controllo delle maggioranze renderebbe possibile superare gli stessi limiti di ammissibilità della proposta , non garantendosi nel caso di specie, secondo l’ultimo aggiornamento della relazione del Commissario giudiziale, neppure l’integrale pagamento dei creditori privilegiati (in questo stesso senso, quanto alla necessità di provocare nuova espressione di voto dei creditori, nella scarna giurisprudenza di merito, Trib. Como, inedita, nel giudizio di omologa nel concordato preventivo proposto dalla Cooperativa Edilizia Prato Verde a r.l. in liquidazione; cfr. altresì, circa la necessità della verifica dei requisiti di ammissibilità e di integrazione del contenuto della proposta per l’adeguamento ai requisiti richiesti dalla nuova normativa Trib. Sulmona 6.6.2005, ne Il Fall., 2005, fasc. 7, p. 793 ss.)”*, disponeva che la società provvedesse ad integrare il ricorso introduttivo, predisponendo nuovo piano, corredato dalla relazione dell’esperto e della documentazione prevista dalla nuova normativa, assegnando termine di giorni trenta, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento e fissando nuova udienza per l’adunanza dei creditori per il 19.12.2005.

Nelle more, la Cocchioni Srl dava seguito agli adempimenti imposti dal Giudice Delegato e dalla nuova normativa così come il Commissario

provvedeva ad inoltrare ai creditori un parere aggiornato in merito alle possibilità del loro soddisfacimento rispetto alla proposta del debitore. Nella data prevista e nei venti giorni successivi, il Tribunale, rilevato il raggiunto numero delle prescritte maggioranze, con decreto 13.1.2006, apriva la fase di omologazione sotto il regime della nuova normativa fissando al 24.3.2006 la comparizione in camera di consiglio del debitore e del Commissario giudiziale ed ordinando al debitore di notificare ai creditori dissenzienti il provvedimento di apertura.

A quell'udienza, la Cocchioni Srl si costituiva con memoria, il Commissario giudiziale depositava il parere ex art. 180 L.F. ove indicava la soddisfazione del ceto creditorio chirografario in una forbice tra il 19,11% e il 2,09% secondo il futuro andamento delle problematiche sottese al dato contabile relativo alla voce "clienti". Nessun creditore si costituiva in opposizione.

Con decreto 16.10.06, (sopra riportato nella parte ritenuta di maggiore interesse, *NdR*) il Tribunale omologava il concordato preventivo con la nomina del liquidatore e del Comitato dei creditori dettando altresì le regole che avrebbero dovuto scandire la fase della liquidazione.

(1) Alcune considerazioni in materia di concordato preventivo dopo la riforma del D. L. n. 35/2005 e la legge di conversione 80/2005

La vicenda sopra descritta e il suo articolato iter procedurale appare meritevole di attenzione in quanto, alla presente data, essa rappresenta la prima importante pronuncia del Tribunale di Perugia in materia di concordato preventivo alla luce della nuova normativa intervenuta nelle more di un procedimento avviato invece sotto la precedente disciplina della L.F. del 1948.

È intenzione pertanto procedere ad una breve e propedeutica illustrazione delle nuove disposizioni in materia per poi approfondire la loro applicazione ed interpretazione al caso di specie e più in particolare ancora, comprendere l'orientamento del tribunale del capoluogo e di quello di Terni.

Il testo del decreto legge 14/3/2005, convertito con modificazioni nella legge 14/5/2005 n. 80, ridisegna termini e presupposti della procedura del concordato preventivo tanto che la fisionomia dell'istituto risulta radicalmente mutata: eliminato il requisito soggettivo della meritevolezza e il presupposto oggettivo dell'insolvenza, oggi sostituito da un non meglio definito "*stato di crisi*", può sinteticamente dirsi che il procedimento di omologa "*da strumento di valutazione del merito quale era prima della riforma (al punto che, come detto, si estendeva anche al giudizio di meritevolezza dell'imprenditore), appare ora essere scaduto a una mera presa d'atto, ovvero a verifica formale dell'avvenuto raggiungimento delle maggioranze richieste e della*

regolarità delle produzioni rituali".⁽¹⁾ L'istituto cioè sembra essersi spogliato di ogni venatura pubblicistica, essendo oggi caratterizzato dalla finalità di consentire a debitore e creditori chirografari di mettersi d'accordo evitando il fallimento mediante un pagamento "a saldo e a stralcio"; contemporaneamente perdono ogni rilevanza per l'imprenditore situazioni soggettive ostative e per i creditori, percentuali minime di soddisfacimento.

Nell'odierno contesto normativo quindi, in cui il concordato non è più riservato all'imprenditore "onesto ma sfortunato"⁽²⁾ che in tal modo evita un disdicevole fallimento, ma diviene una procedura con connotati negoziali, sorge il problema di quale ruolo resti al Giudice di merito nell'intera gestione della procedura e in particolare nel giudizio di omologazione: questo il punto focale del decreto in epigrafe, riguardante appunto l'omologazione di un progetto concordatario presentato nel 2003 il cui iter giudiziario non era ancora concluso al momento dell'entrata in vigore della riforma.⁽³⁾

Ripercorrendo brevemente i tratti storici fondamentali della procedura in commento appare subito evidente come le nuove disposizioni si distacchino completamente da quanto in precedenza previsto. Le prime leggi regolatrici dell'istituto infatti, (la n. 197 del 1903, ma soprattutto la n. 473 del 1925 e la n. 995 del 1930) sottendevano al concordato interessi che trascendevano non solo quello dell'imprenditore ma anche quelli degli stessi creditori e che coincidevano con il superiore interesse della produzione e dell'economia nazionale⁽⁴⁾ acclarato da una verifica di tipo giudiziale volta a controllare tale corrispondenza.

La successiva legge del 1942 segue la scia di quelle che l'avevano preceduta, prevedendo nell'art. 181 L.F. la necessità, nel giudizio di omologazione, che il tribunale valuti la meritevolezza dell'imprenditore in relazione alla condotta tenuta e alle cause della crisi. Vero anche però che la giurisprudenza successivamente si era intanto orientata nel senso di affermare che, visto lo scopo prettamente liquidatorio del concordato, la finalità della conservazione dell'impresa non era perseguita in via prioritaria dalla legge ma sempre e solo in funzione della convenienza e del soddisfacimento del ceto creditorio⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Cfr. AMBROSINI – DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, 2005, p. 2.

⁽²⁾ Lo CASCIO, *Il concordato preventivo*, VI° edizione, Giuffrè 2007, pag. 3.

⁽³⁾ L'art. 2 bis inserito nella legge di conversione del d.l. n° 35/2005 – la legge 14.5.2005 n° 80 –, prevede infatti che per i procedimenti di concordato preventivo pendenti e non ancora omologati devono trovare applicazione interamente le regole stabilite per la nuova disciplina dell'istituto.

⁽⁴⁾ CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1930, p. 679.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass. 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fallimento*, 1991, II, p. 1248, secondo la quale dal nostro sistema non emergono "né un dato normativo testuale, né una situazione di struttura procedimentale, che consentano di considerare la conservazione dell'impresa nel concordato come una finalità primaria perseguita dalla legge". Nel medesimo senso Cass., 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fallimento*, 1996, 529.

La nuova normativa, così come novellata tramite una tecnica definita “a incastro” a causa delle conseguenze riduttive che ne derivano per l'autorità giudiziaria e dell'intrinseca contraddittorietà di alcuni punti che si andranno qui di seguito ad esaminare, ha subito forti critiche dalla dottrina, divisa in posizioni dogmatiche opposte ma tutta idealmente concorde nel ritenere che il ricorso a istituti giuridici di altri Paesi da parte del legislatore del 2005, il quale non ha tenuto in debito conto la pregressa tradizione storica e giuridica né tantomeno quella necessaria maturità culturale che deve presupporre ogni innovazione, rappresentano le principali ragioni di una disciplina riscritta ma non sufficientemente coerente ed armonica.

Accanto a qualche autore che più cautamente si apprestava all'interpretazione della normativa ⁽⁶⁾, alcuni ne hanno invece dato una lettura decisamente restrittiva ⁽⁷⁾ che probabilmente risulta essere maggiormente in linea con l'intenzione del legislatore rispetto all'orientamento di segno opposto successivamente consolidatosi sia in dottrina che in giurisprudenza.

La riforma, come già evidenziato, presenta delle novità e delle caratteristiche tali da far mutare completamente l'originaria fisionomia dell'istituto.

In primo luogo l'art. 160 L.F. (“*Condizioni per l'ammissione alla procedura*”), completamente riformulato, tanto che risulta più agevole elencare ciò che rimane della vecchia norma piuttosto che individuarne le novità: il concordato continua a poter essere proposto dall'imprenditore (commerciale) e può a tutt'oggi prevedere la cessione dei beni ai creditori come modalità di soddisfacimento di questi ultimi. Per il resto, l'art. 160 è interamente mutato. È venuto meno infatti sia il presupposto soggettivo dell'insolvenza, sostituito dallo “*stato di crisi*” dell'impresa, sia i requisiti oggettivi dell'iscrizione nel registro delle imprese per un periodo minimo di tempo, della mancanza di una dichiarazione di fallimento o di ammissione a concordato preventivo nei cinque anni precedenti, nonché l'assenza di condanne per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica e l'economia pubblica, l'industria o il commercio. Infine è venuto meno anche il requisito che costituiva forse lo sbarramento più ostico per l'ammissione alla procedura, vale a dire la percentuale minima del 40% di soddisfacimento del ceto creditorio chirografario.

⁽⁶⁾ NISIVOCIA, *Per i giudici una perdita di competenze*, in *La riforma dei fallimenti*, Il Sole 24 ore, 24 giugno 2006; NISIVOCIA, *Omologazione del concordato: i limiti dell'autorità giudiziaria*, in *Dir. e Prat. del Fall.*, n. 1/2006, pag. 62; BOZZA, *Il nuovo sistema concorsuale di riorganizzazione delle imprese*, in www.cosmag.it; BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti della valutazione del giudice)*, in *Fall. N. 9/2006*, p. 1070; ORLANDI e BAGAGLIO, *La liquidazione dei beni nelle nuove procedure concorsuali e gli effetti fiscali del concordato preventivo*, in *Il Fisco*, n. 35/2006, p. 5502.

⁽⁷⁾ DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, in *Il Fall.* n. 2/2005, p. 1408; PATTI, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, *Relazione a Convegno di Monza*, 11 e 12 novembre 2005, FAUCEGLIA, *Incertezze valutative in tema di nuovo concordato preventivo tra risentimento dei giudici e incertezze del legislatore*, in *Dir. Fall.* 2006, II, 153.

Il nuovo art. 180 L.F. poi, intitolato “*Approvazione del concordato e giudizio di omologazione*”, anch’esso completamente riscritto nella legge del 2005, mette in evidenza già nell’intestazione la portata innovativa della novella. La parola “*udienza*” viene opportunamente sostituita con “*giudizio*”; il rito ordinario viene abbandonato e si introduce quello camerale di modo che ad oggi il giudizio di omologazione non si conclude più con sentenza, bensì con decreto, segno evidente della volontà del legislatore di procedere celermente e sommariamente.

La parola “*omologazione*”, se pure per una sorta di refuso storico, continua immancabilmente ad essere utilizzata nonostante la norma non vi faccia alcun riferimento, disponendo che il tribunale approva, e non omologa il concordato⁽⁸⁾. Esso infatti dispone l’“*approvazione*” del concordato se la maggioranza di cui al 1° comma dell’art. 177 è raggiunta. Lo stesso accade quando i creditori suddivisi in classi facciano riscontrare il dissenso di alcune di esse: anche in questo caso il tribunale può approvare il concordato quando la maggioranza delle classi abbia dato il suo consenso e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Un’esegesi esclusivamente letterale della nuova normativa consentirebbe quindi a debitore e creditore di accordarsi liberamente, con un controllo del Collegio che, in tutto il giudizio di omologa (o meglio di approvazione), dovrebbe ridursi alla pura e semplice verifica del raggiungimento di quelle maggioranze di cui sopra, venendogli preclusa ogni altra indagine in ordine all’oggetto e alla modalità di esecuzione del concordato se non in caso di dissenso da parte di un creditore. La scelta del rito camerale per il giudizio di omologazione in alternativa al precedente vaglio riservato dal tribunale in sede contenziosa ben si coniuga sia con i poteri di impulso e scelta consentiti al debitore sia con il carattere dispositivo delle soluzioni dal medesimo prospettate.

Tale è la conseguenza della nuova natura giuridica del concordato preventivo, non più sottoposta all’effetto di una sentenza di omologazione che faceva stato tra gli interessi del debitore e quelli dei creditori intesi come unica categoria collettiva, ma espressione di autonomia privata tra debitore e creditori posto che lo stato di insolvenza è senza dubbio una materia lasciata alla disponibilità delle parti e alla libera determinazione degli interessati all’accordo.

⁽⁸⁾ Cfr. AMBROSIANI – DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 140: L’autore commenta che “*sebbene l’utilizzo di una diversa terminologia possa sembrare indifferente, agli effetti pratici, tuttavia si deve considerare che il sostantivo omologazione evoca un controllo (prevalentemente di legittimità) su un atto proprio di altri soggetti, mentre l’approvazione si sostanzia normalmente in una manifestazione di volontà che integra le dichiarazioni negoziali altrui. Si potrebbe dire che l’omologa conferma e integra sotto il profilo formale, previa verifica della sua correttezza, un atto, mentre l’approvazione integra, con un giudizio di merito, una volontà incompleta.*”

Nell'analizzare "l'oggetto, il contenuto e l'estensione" del controllo che il Tribunale di Perugia intende mantenere nel giudizio di omologazione, nonostante il dato letterale conduca alla conclusione di cui sopra, il Collegio tuttavia "esclude categoricamente" che tale accertamento "si possa e si debba limitare ad una mera verifica del controllo delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F. come potrebbe sostenersi in forza di una lettura solo letterale ed asistemica del disposto dell'art. 180, quarto comma, L.F..." perché, se così fosse, si dice, "...in assenza della possibilità di attivare qualsiasi tipo di controllo "di merito", sarebbe sempre inevitabile l'omologazione, a fronte delle maggioranze di legge".

Questa è anche l'opinione recentemente consolidatasi in dottrina e che ad oggi, più o meno stabilmente, risulta prevalente anche in giurisprudenza. Almeno in un primo tempo tuttavia, nelle pronunce successive all'entrata in vigore della legge 80/2005, si era affermato l'opposto convincimento quello cioè strettamente legato alla lettera della norma nonché alla *ratio legis* ispiratrice dell'intera riforma, secondo il quale il giudizio di omologa non poteva in nessun caso andare oltre la mera verifica delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F. Il Tribunale di Taranto ad esempio, con decreto del 1 luglio 2005 così si esprime: "Il tribunale in sede di omologazione, è tenuto ad una mera verifica delle maggioranze... Nessun altro sindacato nel merito sembra...consentito al Collegio". Ugualmente il Tribunale di Cagliari con decreto del 23 giugno 2005 il quale ha dichiarato che "nessun controllo sull'accertamento sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità e nessuna valutazione sul merito della proposta sono stati demandati all'autorità giudiziaria nella fase di approvazione del concordato e del giudizio di omologa". Da ultimo in questo senso, il Tribunale di Como il quale con decreto del 22 luglio 2005 ha affermato che "il consenso dei creditori rappresenta oggi l'unico oggetto del sindacato giurisdizionale in sede di omologa alla luce della chiara prevalenza della natura contrattuale, privatistica del concordato, che pone al centro la volontà delle parti".

Come già rilevato, molto diverso è l'opinione espressa dal decreto in commento, il quale già in prima battuta, discostandosi dall'orientamento sopra riportato, evidenzia invece la necessità di un controllo di merito da parte del tribunale che qualora venisse meno, toglierebbe logica e significato all'intera procedura di omologa, ridotta ad un mero ed inutile duplicato di un'approvazione già avvenuta con il raggiungimento delle maggioranze di legge.

Il Collegio al contrario, ritiene "connaturato al sistema" e sostenuto da tutta una serie di "dati testuali normativi" il controllo volto a verificare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato in quanto l'art. 160 L.F. continua ad essere intitolato "condizioni di ammissibilità" e, specularmente, rimane valido l'art. 162 L.F. che parla di "inammissibilità della domanda". È pur vero tuttavia che le stesse condizioni costituiscono oggi non più dei dati certi e riscontrabili documentalmente, bensì delle mere

circostanze di ben più difficile definizione, riconducibili tutte esclusivamente ad uno “*stato di crisi*” i cui confini non sono meglio delineati ⁽⁹⁾.

L'art. 180 L.F. prevede inoltre la possibilità per “*qualsiasi interessato*” al giudizio di omologazione di sollevare eccezioni processuali e di merito anche non rilevabili d'ufficio, di richiedere mezzi istruttori e depositare documenti; prevede inoltre la possibilità di richiedere mezzi istruttori in capo al Tribunale “*non giustificabile*”, si legge nel decreto del Tribunale di Perugia, “*se allo stesso fosse inibito qualsiasi tipo di controllo di merito*”. La stessa logica legittima l'intera attività del commissario giudiziale, culminante con il deposito in seno al giudizio di omologazione ex art. 180 L.F, di un parere motivato (a prescindere dalla presenza di opposizioni) che nel caso di specie era pesantemente negativo nell'indicare valori di soddisfazione di gran lunga differenti e minori da quelli enucleati dalla difesa della Cocchioni Srl. Significato decisivo viene infine attribuito dal Tribunale di Perugia alla disposizione contenuta nell'art. 173 L.F. il quale continua a prevedere la necessità della dichiarazione di fallimento “*se in qualunque momento risulta che manchino le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”.

Queste sono le disposizioni considerate intrinsecamente contraddittorie con il resto della normativa e che dovrebbero far propendere per un potere di sindacato di merito da parte del tribunale pur rimanendo la materia aperta a molteplici dubbi interpretativi di non facile soluzione e che conducono necessariamente a prese di posizione anche molto distanti tra loro ⁽¹⁰⁾.

A tal proposito alcuni autori ritengono che giusta o sbagliata che sia la convinzione del legislatore riguardo alla necessità di una maggiore privatizzazione, il criterio della *ratio legis* può “*soccorrere quale criterio interpretativo nelle ipotesi di vuoti legislativi o nei vuoti di coordinamento tra una norma e l'altra, non anche dove le norme siano rimaste invariate*” ⁽¹¹⁾ come nel caso delle disposizioni appena sopra elencate. È pur vero tuttavia che le regole dell'interpretazione non impongono all'interprete di andare oltre il dato letterale laddove questo risulta chiaro e di facile lettura. Nel caso di specie la normativa indica in maniera esplicita la volontà del legislatore di snellire e sveltire la procedura (passaggio dal rito ordinario a quello camerale) e di dargli un' impronta negoziale (ex art. 177 L.F. raggiunte le maggioranze di legge il concordato deve essere approvato). Da qui, la logica vorrebbe che le poche disposizioni sopra elencate, che generano dubbi e risultati esegetici differenti, venissero interpretate seguendo i principi ispiratori generali della

⁽⁹⁾ L'unico chiarimento in merito è dato dalla nota dello stesso art. 160 L.F. laddove si legge “*Ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”. Cfr. anche Lo Cascio, *op. cit.*, 110 ss. e relative note.

⁽¹⁰⁾ GENOVIVA, *I limiti del sindacato di merito del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fall.* N. 3/2006, 361.

⁽¹¹⁾ NOVELLO, *I nuovi procedimenti endofallimentari: prime riflessioni*, in *Dir. Prat. Fall.*, n. 3/2006, 24.

riforma e non fossero dunque applicate in maniera isolata al solo fine di giustificare ad ogni costo una diversa interpretazione.

Continuando l'analisi del decreto in commento, ritenuta dunque la necessità del controllo di merito, il Collegio enuclea tre punti fondamentali in cui si articola tale verifica nel giudizio di approvazione che *“non può ritenersi escluso”*.

In particolare:

a) sulla sussistenza del requisito soggettivo della fallibilità e di quello oggettivo dello *“stato di crisi”*.

b) sull'avvenuta articolazione di un piano tendente o alla ristrutturazione dei debiti o al pagamento dei crediti, che necessariamente deve prevedere il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati ⁽¹²⁾.

c) sulla fattibilità del piano, nel senso che lo stesso deve risultare coerente rispetto alla proposta formulata, serio e concretamente realizzabile sulla base delle risorse presenti e future del patrimonio aziendale.

Riguardo al primo punto, in forza della nuova e diversa natura giuridica dell'istituto in esame essenzialmente privatistica e negoziale, non può non riscontrarsi che l'ammissione alla procedura di concordato necessita il rispetto del duplice requisito oggettivo e soggettivo della qualità di imprenditore e dello stato di crisi, gli unici previsti ad oggi dall'art. 160 L.F. (in quanto il resto dell'articolo in commento è dedicato alla previsione dei contenuti del piano che può assumere diverse formulazioni), ma è ugualmente vero che il controllo della sussistenza degli stessi è sottoposto a meccanismi sicuramente meno rigidi rispetto al passato, che consentono l'ammissione alla procedura concordataria in ipotesi impensabili sotto la vigenza della vecchia normativa la quale presupponeva un periodo minimo di iscrizione del debitore nel registro dell'impresa, la mancanza di precedenti fallimenti o ammissione ad altri concordati preventivi e la mancanza di precedenti penali per reati quale la bancarotta e più in generale, contro il patrimonio.

Qualche perplessità solleva invece quanto previsto al punto b). Nel decreto si afferma infatti che il piano concordatario deve necessariamente prevedere la soddisfazione integrale dei privilegiati, pena la non omologazione dello stesso dato il principio per cui gli stessi, non votando, non possono essere pregiudicati dal voto di un consesso di cui non fanno parte. Lo stesso concordato è comunque risolvibile qualora, successivamente all'ap-

⁽¹²⁾ Il Tribunale di Perugia a tal proposito afferma che *“non potrebbe mai precedersi all'omologa del concordato allorquando dagli atti del procedimento emerga con ragionevole certezza l'impossibilità di una sia pur minima soddisfazione del ceto chirografario e soprattutto del pagamento integrale dei creditori privilegiati..., non avendo peraltro senso l'omologa di un concordato destinato immediatamente dopo alla risoluzione, dovendosi ritenere tuttora vigente la necessità di procedere alla risoluzione qualora l'attività di liquidazione dei beni offerti non consenta l'integrale pagamento dei privilegiati, permanendo la medesima ragione giustificativa della vecchia disciplina, e cioè l'impossibilità di pregiudizio di soggetti non chiamati al voto”*.

provazione, emergano circostanze per cui i privilegiati non possono essere soddisfatti. Il Collegio però, subito dopo aver espresso tale principio si preoccupa di precisare che tale motivazione non può comunque essere la causa di una mancata omologazione del concordato “*in caso di discrasia tra la percentuale offerta e quella reputata concreta dal Commissario*” laddove i chirografari abbiano espresso voto favorevole. Viene così riconosciuta una prevalente importanza del voto di tale ceto creditorio il quale, venuta meno la soglia minima del 40% di soddisfazione, può accordarsi anche su di una percentuale vicina all’1%, evento che si è realizzato nel caso di specie laddove, rispetto ad una prospettazione di realizzo pari ad un 28,51% offerta dalla società debitrice, il Commissario giudiziale ha invece argomentato e concluso per una percentuale pari, nell’ipotesi più negativa, dell’1,13%. Poiché i creditori aventi diritto al voto hanno comunque espresso il proprio favorevole consenso anche per tale estrema soluzione, il Tribunale di Perugia non ha potuto far altro che ammettere l’impresa in crisi alla procedura *de qua*.

I termini utilizzati nella pronuncia qui esaminata fanno dunque ritenere che il Tribunale non si sia potuto sottrarre all’approvazione di un piano che mai avrebbe invece avallato se avesse in effetti conservato quei poteri di controllo nel merito che oggi, per effetto della nuova disciplina, rimangono assai diluiti e privi della necessaria incisività tipica di un potere effettivamente giurisdizionale.

L’ultimo punto è certamente quello che più di tutti genera dubbi e necessita di un’analisi più approfondita per comprendere la reale portata applicativa di quanto affermato.

Il concetto di *fattibilità* quale imprescindibile presupposto dell’approvazione del piano concordatario, è stato introdotto in una pronuncia del Tribunale di Pescara (decreto 20 settembre 2005 n. 1100) la quale ha costituito una sorta di “*apripista nell’allargamento delle maglie del controllo giudiziale di merito*”⁽¹³⁾ e meglio definito nel successivo decreto del 30 settembre del medesimo Tribunale abruzzese, con il quale si afferma il convincimento che non è affatto corretto ritenere che i poteri di un controllo nel merito siano stati del tutto sottratti all’autorità giudiziaria, poiché la stessa dovrebbe quantomeno mantenere il potere di valutare la fattibilità del progetto di concordato “*in considerazione delle risorse già disponibili e di quelle ragionevolmente prevedibili rapportate all’ammontare dei crediti da soddisfare*”. Il Tribunale inoltre, chiarisce il significato dell’espressione “*fattibilità*” facendola coincidere con la “*sostenibilità e la coerenza del programma di azione prospettato dal debitore...*”, e sostiene “*che il piano deve essere coerente con la situazione di partenza; compatibile con le dinamiche del settore in cui opera l’impresa e con i risultati storici della stessa; concretamente attuabile in considerazione delle risorse già disponibili e di quelle*

⁽¹³⁾ DESI, *I poteri del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.Filodiritto.it, pubbl. il 21/12/06.

ragionevolmente prevedibili (quali risultati della liquidazione di beni ceduti o della continuazione dell'attività imprenditoriale da parte del debitore o di un assuntore) rapportate all'ammontare dei crediti da soddisfare" e aggiunge inoltre che "anche la fattibilità deve essere valutata, in sede di omologazione, alla luce delle verifiche e delle valutazioni compiute dal commissario giudiziale ed in prospettiva attuale (non avrebbe senso non tenere conto dei mutamenti della situazione di partenza intervenuti in corso di procedura e suscettibili di incidere sulla attuabilità del piano".

Dello stesso parere anche il Tribunale di Terni, che nel procedimento n. 124/2006 emetteva decreto di non omologazione del concordato proprio per aver riscontrato una "non fattibilità" del piano proposto. Questa pronuncia risulta di particolare interesse perché contrappone nei primi due gradi di gravame i due antitetici orientamenti che si sono finora delineati. Da una parte infatti la dott. Vella, Giudice Delegato del Collegio del Tribunale di Terni si mostra fortemente portata a riconfermare in capo ai tribunali quei poteri di controllo anche in merito ad esempio, alla convenienza economica del piano concordatario, che la riforma sembra invece senza dubbio negare, dall'altra invece la Corte d'Appello di Perugia, cui veniva rivolto il reclamo avverso il decreto denegatorio dell'omologazione emesso dal Tribunale di Terni. La Corte accoglie il reclamo proposto dalla società debitrice e omologa il concordato affermando che la valutazione della convenienza economica del concordato "non solo è estremamente aleatoria, ma non è più rimessa agli organi giudiziari in fase di omologazione, stante l'eliminazione della previsione in precedenza contenuta nell'art. 181 comma 1 n. 1 L.F..."⁽¹⁴⁾.

Occorre tuttavia specificare che la verifica della fattibilità non è richiesta in alcuna disposizione di legge della nuova normativa, in cui letteralmente, ex art. 180 L.F., l'unico requisito è quello delle raggiunte maggioranze ex art. 177 L.F. senza null'altro aggiungere o sancire a proposito della necessità di tale ulteriore verifica o accertamento che si intenderebbe invece riconoscere al Tribunale investito della questione.

In ogni caso poi, anche a voler considerare l'assenza di un qualsiasi riferimento in proposito quale vuoto legislativo da riempire tramite un'interpretazione sistematica dell'intera normativa e in particolare degli art. 162, 173 e 180 comma 2 e 3 L.F., la verifica sulla fattibilità del piano verrebbe compiuta non dal tribunale nell'esercizio del suo potere di accertamento sostanziale delle condizioni di ammissione alla procedura e di approvazione del piano concordatario, bensì dal Commissario giudiziale mediante quel controllo, ormai divenuto suo compito preminente, volto ad individuare

⁽¹⁴⁾ Tribunale di Terni, Decreto 3 agosto 2006. – Sezione Fallimentare, Giudice Delegato dott.ssa Vella. La questione coinvolge la proposta di concordato preventivo della società L. Srl, la quale si risolveva in un diniego dell'omologazione da parte del Collegio giudicante del Tribunale di Terni, avverso la quale veniva presentato ed accolto reclamo alla Corte d'Appello di Perugia.

eventuali discrasie tra le prospettive di soddisfazione rappresentate dall'imprenditore e la percentuale di satisfattibilità risultante dalle sue indagini con l'insuperabile limite comunque, a parere di chi scrive, dell'approvazione che il ceto creditorio può, come nel caso di specie, esprimere anche nei riguardi di quest'ultime risultanze ancorché minime ed irrisorie o giudicate inadeguate dallo stesso Commissario.

A tal proposito il Tribunale di Perugia ribatte affermando che rimane comunque al Tribunale stesso la facoltà di "*verificare la correttezza del giudizio prognostico del Commissario, in forza del quale si era creato il consenso delle parti*".

Da tale affermazione tuttavia non sembra lecito dedurre che, nel caso risultasse scorretto il giudizio del Commissario, con conseguente nuova proposta di un piano di liquidazione del Tribunale che prevedesse una nuova e minore percentuale di soddisfazione creditoria, i chirografari non potrebbero comunque giungere all'approvazione della stessa. La valutazione dei creditori pare quindi dover prevalere in ogni caso proprio per il rafforzamento dei poteri che la nuova normativa ha inteso attribuire al debitore e al creditore.

Il Tribunale di Perugia parla inoltre di "*indulgenza*" nei confronti del debitore per aver riconosciuto l'omologazione di un piano con percentuale satisfattiva vicina allo zero.

Nel caso di specie però parrebbe più opportuno ricondurre l'omologazione del concordato alla volontà dei creditori espresso dalla maggioranza di essi, piuttosto che ad una sorta di benevolenza da parte del tribunale, in considerazione se non altro, della circostanza per cui la valutazione di quest'ultimo in merito all'opportunità o la convenienza economica del concordato non costituisce vincolo alcuno sul consenso espresso dai creditori.

Nel decreto in commento quindi il Collegio, se da una parte riconosce precluso al tribunale "*il giudizio in ordine alla meritevolezza dell'imprenditore, al contenuto della proposta di concordato ed alla percentuale minima offerta, nonché in ordine alla convenienza economica del concordato proposto*", valutazioni oggi, come già illustrato, affidate esclusivamente alla volontà dei creditori nell'ottica più prettamente negoziale che permea la riforma, dall'altra ritiene di aver titolo a giudicare la fattibilità del piano, seppure con la delega affidata al Commissario giudiziale.

Ammessa però l'impostazione consensualistica della riforma, mal si comprende quale sia il contenuto di tale giudizio tanto che anche il Tribunale di Perugia esprime la medesima perplessità ammettendo la propria difficoltà nell'individuazione dei limiti dello stesso.

Nonostante le resistenze della maggioranza dei tribunali, l'attuale disciplina del concordato "*relega il Tribunale nel ruolo prevalente di controllore della regolarità formale dell'operazione anche a seguito dell'opposizione di creditori dissenzianti dal Commissario Giudiziale*"⁽¹⁵⁾ e non sembra quindi

⁽¹⁵⁾ AMBROSIANI – DEMARCHI, in *Il nuovo concordato preventivo*, cit. 161 ss. Dello

esserci posto per una verifica sulla fattibilità volta ad accertare che “*l'accordo tra privati per il futuro dell'impresa non confligga con l'interesse generale che quell'impresa debba essere definitivamente emargi-nata, perché insolvente*”⁽¹⁶⁾ in quanto tale circostanza, anche se acclarata, non muta la situazione di fatto in presenza del raggiungimento delle maggioranze di legge.

Il decreto si occupa infine della fase successiva (ed eventuale) al giudizio di omologazione, ma qui il Tribunale di Perugia non si spinge a spiegare come mai è impensabile lasciare la fase esecutiva alla libera iniziativa del ricorrente. Ritenuta infatti tale ipotesi assolutamente inconciliabile con la natura e lo scopo della fase liquidatoria, procede alla nomina del liquidatore e ad elencare i suoi doveri, sottintendendo che se poteri sostanziali e di controllo nel merito permangono in capo al Tribunale nella fase di approvazione, sarebbe assurdo negarli nel fondamentale momento successivo, più dinamico e di riscontro fattuale rispetto alle precedenti prospettazioni teoriche esternate dal debitore e confermate dalla relazione del professionista ex art.161, III° comma.

Questa anche l'opinione del Tribunale di Monza il quale aggiunge che negare all'autorità giudiziaria il potere di esercitare controlli di merito sotto questo profilo significherebbe negare al Tribunale qualsiasi “*possibilità di esplicitarsi in corso di procedura, risultando l'avvenuto formale deposito della relazione già accertato con il decreto di ammissione al concordato*”⁽¹⁷⁾.

Nel riconoscere il valore positivo di tale affermazione è comunque legittimo richiamare alla mente che, nella pratica delle cose, il controllo “di merito” nella fase di liquidazione non era propriamente tale neppure sotto la vigenza ante riforma, “*ma piuttosto una pura presa d'atto dell'adempimento o inadempimento, per farne discendere le conseguenze di legge*”⁽¹⁸⁾.

A conclusione dell'analisi effettuata del decreto emesso nell'ottobre scorso dal Tribunale di Perugia occorre rilevare che, nonostante di recente e più o meno giustamente sia prevalsa una interpretazione estensiva della riforma, non manchino pronunce contraddittorie provenienti anche dalla medesime autorità giudiziarie, come ad esempio il caso del Tribunale di Milano il quale, dopo aver ammesso in generale la possibilità di un sindacato del giudice nel merito della proposta concordataria, ha fatto registrare una divergenza in punto alle condizioni cui la verifica deve essere sottoposta, o del Tribunale di Monza il quale parte da una tesi più restrittiva per adeguarsi infine all'orientamento estensivo prevalente.

Tale evidente incertezza interpretativa ha creato una c.d. “*terza via*”,

stesso parere BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato*, in *Fall.* 2005, 803 ss. E. PONZANI, *Il Decreto Legislativo 32/2005, la legge 14/5/2005 n. 80 e la Riforma della Legge Fallimentare*, in *Fall.* 2005, 2 e 5.

⁽¹⁶⁾ VITALONE, *Al debutto gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Prat. Fall.*, 1/2006, 31.

⁽¹⁷⁾ Tribunale di Monza, decreto del 7 ottobre 2005.

⁽¹⁸⁾ NISIVOCIA, *Concordato preventivo: chiusura effetti ed esecuzione*, *cit.*, 27.

una sorta cioè di posizione mediana tra i due orientamenti sopra riportati: se i creditori non sono suddivisi in classi e non ci sono opposizioni, l'omologazione non deve investire il merito della proposta concordataria la cui valutazione rimane in mano esclusivamente al ceto creditorio, ma il compito del tribunale sarà quello di accertarsi che i creditori siano stati posti in condizione di compiere un vaglio attento e consapevole del piano, vuoi tramite le allegazioni del debitore, vuoi tramite la relazione del Commissario giudiziale. Trattasi del cosiddetto "*consenso informato*" che il tribunale deve garantire ai creditori. Così si è espresso il Tribunale di Piacenza nel decreto del 23 maggio 2006 dove si osserva che il tribunale non può compiere alcuna valutazione di merito ma "*...ha il dovere di far sì che i creditori esprimano la loro volontà in presenza di informazione corretta, e che, pertanto, essi possano esprimere un consenso informato...*".

Nello stesso senso si esprimono anche il tribunale di Ancona con decreto del 13 ottobre 2005 e il già citato Tribunale di Terni con decreto del 3 agosto 2006. Quest'ultimo in particolare evidenzia la necessità che il ceto creditorio votante venga reso edotto "*di tutte le circostanze sopravvenute...che mutino l'equilibrio e le condizioni della proposta votata, affinché la volontà manifestata sia l'espressione di un libero convincimento fondato sull'effettiva conoscenza della situazione prospettata dal debitore*".

L'idea di introdurre tale principio mutuato dalla prassi in materia di trattamenti sanitari, sembra la più condivisibile se non altro perché, in un ottica volutamente diplomatica, risulta essere la più idonea a conciliare l'intento del legislatore e al contempo "placare" il diffuso risentimento dei tribunali che in tal modo, pur perdendo alcune competenze, conservano un pur sempre necessario e delicato potere di controllo nel merito.

PAOLO SPACCHETTI
con la collaborazione di SILVIA VINTI

TRIBUNALE CIVILE DI PERUGIA – 3 aprile 2007 – MORANI *Pres. Est.*, –
F.E. c/ G.B.

Persona Fisica – Interdizione (c.c. artt. 414 ss.) – **Presupposti – Fattispecie**

L'interdizione, ai sensi dell'art. 414 c.c., postula un'infermità di mente che presenti caratteri di abitualità, cioè di durata nel tempo tale da qualificarla come habitus normale del soggetto (ancorché in presenza di lucidi intervalli), e che inoltre incida sulla capacità del soggetto medesimo di provvedere alla cura dei propri interessi, la quale deve essere apprezzata con riferimento non soltanto gli atti di indole economica e patrimoniale, ma anche a tutti gli atti della vita civile che attengono alla cura della persona e a quella dei doveri pubblici e familiari (1).

(*Omissis*). Dall'esame diretto dell'interdicendo, dalla valutazione del suo contegno al colloquio, dalle dichiarazioni del coniuge e dalla indagine tecnica medico legale effettuata (vedasi relazione 31.01.2007 del (*Omissis*) neuropsichiatria le cui conclusioni di assoluto rigore logico e pienamente persuasive sono da condividere) risulta in modo certo come il convenuto non sia assolutamente in grado di tutelare i propri interessi patrimoniali a causa "del suo stato vegetativo permanente con danno cerebrale severo", onde tali gravi condizioni di mente sono a inquadrare nella figura della interdizione.

Sussistono, quindi, i presupposti per provvedere ai sensi dell'art. 414 novellato c.c., apparendo necessaria la misura protettiva invocata al fine di assicurare un'adeguata protezione al soggetto privo di autonomia nelle determinazioni volontarie e privo di capacità decisionale –

Va confermata la nomina del tutore provvisorio.

Nulla per le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando in ordine alla domanda proposta da F.E. nei confronti di B.G. con ricorso del 07.06.2006:

- dichiara la contumacia del convenuto;
- dichiara l'interdizione di B.G. nato (*Omissis*);
- conferma la nomina del tutore provvisorio;
- dispone che la cancelleria provveda alla pubblicità a norma dell'art. 423 c.c.;
- nulla per le spese.

(1) Infermità mentale e interdizione

Per il soggetto che non è più in grado di curare i propri interessi, non

soltanto squisitamente patrimoniali, a causa della presenza di una malattia mentale che priva il medesimo delle sue facoltà intellettive e volitive, il legislatore del codice civile del 1942 ha previsto l'istituto dell'interdizione o dell'inabilitazione⁽¹⁾. Strumenti questi che limitano totalmente o parzialmente la capacità giuridica di agire per evitare che vengano posti in essere atti economicamente pregiudizievoli.

L'interdizione è dunque causa impeditiva dell'acquisto della capacità di agire quando la pronuncia avviene nell'ultimo anno della minore età⁽²⁾, e causa estintiva della stessa se è pronunciata dopo il raggiungimento della maggiore età⁽³⁾.

Con la sentenza dichiarativa dell'interdizione il soggetto non ha la possibilità di porre in essere autonomamente atti giuridici o di provocare la costituzione di effetti giuridici, né di agire in giudizio per la tutela dei suoi interessi e diritti se non per mezzo di un rappresentante legale o tutore. La *ratio iuris* dell'istituto giuridico in esame risponde all'esigenza di tutelare il soggetto infermo di mente e incapace di provvedere ai propri interessi, sia all'esigenza di evitare gli inconvenienti dovuti alla mancanza della corrispondenza tra capacità naturale e capacità legale di agire⁽⁴⁾.

Per l'esistenza dell'infermità di mente non è necessario, secondo il consolidato orientamento dei giudici di legittimità, che ricorra una definita malattia mentale, ma è sufficiente che sussista un'alterazione delle facoltà mentali tale da dar luogo ad un'incapacità totale di provvedere ai propri interessi. L'incapacità, altresì, deve essere determinata da una infermità, non da altra causa come l'ignoranza, l'impreparazione professionale o una originale valutazione soggettiva nel compimento di determinati atti; essa va commisurata alla personalità del soggetto, alla sua condizione sociale, alla natura e all'entità degli interessi patrimoniali affidati alla sua disponibilità e gestione.

L'infermità di mente richiesta dal legislatore riguarda non soltanto le facoltà intellettive, ma anche quelle volitive, potendosi pronunciare interdizione qualora le prime appaiano sufficientemente conservate, ma grave sia

⁽¹⁾ Nel senso della massima la giurisprudenza di legittimità Cfr. Cassazione Civile 20.11.1985 n. 5709 in *Arch. Civ.*, 1986, 283; Cassazione Civile, 21.10.1991, n. 1113, in *Mass.*, 1991.

⁽²⁾ Art. 416 c.c.: Il minore non emancipato può essere interdetto o inabilitato nell'ultimo anno della sua minore età. L'interdizione o l'inabilitazione ha effetto dal giorno in cui il minore raggiunge l'età maggiore.

⁽³⁾ Art. 414 c.c.: Il maggiore di età e il minore emancipato i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione.

⁽⁴⁾ E. VITO, *L'infermità di mente, l'interdizione e l'inabilitazione*, Milano 1995; P. FORCHIELLI, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione, dell'inabilitazione*, Bologna 1988; L. GASPARE, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli 1984.

il decadimento etico-sentimentale si che l'atto volitivo risulti morbosamente turbato.

L'infermità, infine, deve essere abituale, cioè deve avere carattere durevole, purché non si preveda o non si possa prevedere quando la guarigione potrà avvenire; abitudine che non è da confondersi con la continuità: l'esistenza di lucidi intervalli non è di ostacolo alla pronunzia.

Il lungo *iter* legislativo e la riforma.

Nel corso degli anni ottanta un gruppo di illustri studiosi coordinato dal Prof. Paolo Cendon affrontò la questione della riforma del Codice Civile in ordine allo *status* del malato di mente⁽⁵⁾.

Nacque e si sviluppò così un progetto di riforma della vigente normativa privatistica dell'infermità di mente i cui obiettivi si individuavano nella necessità di introdurre nuove linee di equilibrio fra le opposte esigenze di libertà e di protezione della persona disabile.

Numerose le critiche al sistema accolto dal codice civile del 1942:

- l'istituto dell'interdizione veniva considerato come una risposta eccessivamente severa, risultato di concezioni oramai superate in sede psichiatrica, e funzionale agli interessi dei familiari o dei terzi e che finisce per comprimere o per annullare alcuni dei diritti fondamentali della persona;
- anche l'inabilitazione veniva considerata una misura di stampo punitivo;
- il rimedio disciplinato dall'art. 428 c.c.⁽⁶⁾ aveva un'intonazione passiva e puramente reattiva.

⁽⁵⁾ Per comprendere le finalità della nuova normativa ed i principi che la muovono, risulta utile il riferimento all'articolo pubblicato dal Prof. Paolo Cendon, in www.altalex.it 09.01.2004. Ad avviso del Prof. Cendon la disciplina tradizionale dell'interdizione e dell'inabilitazione è collegata ad una procedura di costo eccessivo, richiedente eccessiva pubblicità, e nella quale ci sono enormi difficoltà per l'interdicendo e dell'inabilitando di difendersi. Molte famiglie nell'intraprendere la procedura trovano anacronistica ed umiliante la necessità di notificare il ricorso introduttivo a parenti così lontani come quelli indicati dall'art. 713 c.p.c. la disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione fa scaturire effetti sostanziali eccessivi, in quanto all'interdetto viene impedito di fare qualsiasi cosa, sia nei rapporti personali sia in quelli patrimoniali; qualunque contratto dal medesimo stipulato è annullabile stante la categorica previsione dell'art. 427 c.c. che prevede l'annullabilità degli atti compiuti dall'interdetto dopo la sentenza di interdizione, indipendentemente dal loro contenuto e dalla entità degli interessi coinvolti. Vd. anche P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Giur. It.*, 1998, IV, 117 e ss; S. PATTI, *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Atti del Convegno di Studi su Capacità ed autonomia delle persone*, Roma 20 giugno 2002, a cura di S. Patti, Milano, 2002.

⁽⁶⁾ Art. 428 c.c.: Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria incapace di intendere e di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza

In buona sostanza, il sistema normativo italiano preriforma si caratterizzerebbe dalla carenza di un regime di protezione che sia tale da comprimere al minimo i diritti e le possibilità di iniziativa della persona disabile.

La disciplina tradizionale, insomma, si configurerebbe come una cappa immobilizzante che il legislatore ha uniformemente imposto per tutte le situazioni senza fornire la possibilità di adattamenti e snellimenti per adattarla al peculiare profilo delle variegate fattispecie concrete.⁽⁷⁾

Peraltro, la stessa giurisprudenza di merito aveva avvertito l'esigenza di assicurare la protezione degli incapaci senza ricorrere al rimedio dell'interdizione, suggerendo, in alcune pronunce, un'interpretazione estensiva dell'art. 35, VI comma, della legge 1978/833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale) che prevede, al di fuori della procedura dell'interdizione, la possibilità per il giudice tutelare, qualora ne sussista la necessità, di adottare i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo.

Il dibattito normativo e giurisprudenziale, soltanto a seguito di un ampio percorso, approdava nella legge 6/2004 *"Introduzione nel primo libro, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli artt. 388, 414, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali"*.

Riformando parzialmente il precedente quadro normativo, la legge n.6/2004 introduce un nuovo strumento di tutela (l'amministrazione di sostegno) che si pone come un modello generale per la soluzione dei problemi civilistico-patrimoniali della grande maggioranza dei disabili: infermi di mente, ma anche anziani, portatori di handicap fisici, alcolisti, lungodegenti, detenuti, internati in manicomi giudiziari, tossicodipendenti ed in generale chiunque abbia bisogno di essere protetto nel compimento di atti della vita civile.

L'istituto dell'interdizione, tuttavia, non viene bandito dal codice civile, ma solamente ammorbidito in alcuni dei dettagli più anacronistici della sua disciplina; si è ritenuto che, per le situazioni di particolare gravità e di sicura irrecuperabilità, fosse pur sempre opportuno mantenere la possibilità del ricorso a uno strumento costruito intorno all'idea di una supplenza generale del malato di mente. Quanto ad alcune delle più rilevanti modifiche:

a) una rilevante innovazione concerne il testo della disposizione di

della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.

⁽⁷⁾ CENDON, ult. cit: solo una minoranza degli invalidi psichici può ritenersi realmente "in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi". Il Codificatore del 1942 avrebbe quindi escluso da qualsiasi istituto di protezione la fetta più consistente della realtà della disabilità psichica in Italia e con essa un ingente numero di famiglie che non sanno con quali strumenti affrontare i momenti critici che la situazione di handicap costringe saltuariamente ad affrontare.

apertura del capo 2, ossia l'art. 414 c.c.: si prevede che i soggetti che si trovino “*in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi*” “possono” – e non più “devono” – essere interdetti; l'introduzione di elementi più garantistici riduce il pericolo che possano essere interdette persone non seriamente malate;

b) Si è ritenuto di attribuire anche all'infermo di mente la facoltà di essere interdetti o inabilitati. Viene, inoltre, introdotto all'art. 417 c.c. un secondo comma con il quale la legittimazione a promuovere l'istanza di interdizione è riconosciuta altresì ai “*responsabili e coordinatori dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza dell'infermo*”;

c) Viene reso obbligatorio e non più facoltativo il ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio per l'esame che il giudice deve compiere sulla persona dell'interdicendo o dell'inabilitando. Si prevede poi che il giudice dovrà sentire ove possibile, il parere dei soggetti indicati all'art. 417, II comma c.c.. Viene stabilito, infine, che il soggetto interdicendo o inabilitando ha sempre la facoltà di procedere alla nomina di un proprio consulente tecnico;

d) Per quanto riguarda la scelta del tutore o del curatore viene resa obbligatoria per il giudice la consultazione preventiva dei responsabili e dei coordinatori dei servizi socio-sanitari ⁽⁸⁾.

e) Il tutore nello svolgimento del proprio incarico deve tenere conto della capacità, della inclinazione naturale e delle aspirazioni della persona;

f) Il soggetto interdetto o inabilitato è legittimato a fare istanza per la revoca della misura.

Agli occhi dei più attenti alla materia, la nuova normativa, dunque, appare più convincente per come gestisce il versante degli effetti sulla sfera di autonomia e libertà del beneficiario del procedimento; lo stesso soggetto anziché subire una totale compressione della proprio sfera personale, risulta anzi essere il vero fulcro del nuovo istituto, tanto è vero che, sia il provvedimento del giudice tutelare, sia l'attività dell'amministratore di sostegno, devono avere sempre come punto di riferimento i suoi interessi e la sua cura.

Cenni sull'Amministratore di sostegno.

La nuova procedura dell'amministrazione di sostegno, introdotta come detto in precedenza dalla legge n. 6 del 2004, si rivolge in ragione della flessibilità e non drasticità degli effetti, ad una schiera di potenziali beneficiari ben più vasta di quella dei destinatari del tradizionale procedimento di interdizione e inabilitazione.

L'amministrazione di sostegno tende, a differenza dell'interdizione ed

⁽⁸⁾ Quanto al ventaglio delle persone da preferirsi per la nomina di tutore o curatore è stata sostituita l'espressione “uno dei genitori” a quella ora vigente “il padre o la madre”; si è cancellato poi dall'elenco “la persona eventualmente designata dal genitore superstite con testamento”; si è aggiunta la persona convivente che risiede con l'infermo; si è aggiunta all'elenco la persona indicata dai responsabili e coordinatori socio-sanitari.

inabilitazione, a spostare l'attenzione da ragioni conservazione del patrimonio della persona alla tutela ed alla protezione di quest'ultima⁽⁹⁾.

La legge in commento, allentando il rigore dell'obbligatoria pronuncia dell'interdizione viene quindi ad introdurre un sistema flessibile fondato su un progetto personalizzato e modificabile tutte le volte che l'interesse del beneficiario lo richiede⁽¹⁰⁾.

Secondo il disposto dell'art. 404 c.c. qualunque persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica e psichica si trova nella impossibilità, anche parziale e temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.

Seguendo un procedura decisamente più snella rispetto alla nomina di un tutore o curatore, il soggetto beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore e, in ogni caso, può compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana⁽¹¹⁾.

Per quanto la legge n. 6/2004 non abbia espressamente previsto tra i beneficiari le persone anziane, tuttavia, la formula utilizzata dalla legge stessa per indicare i presupposti soggettivi necessari per l'istituzione della misura protettiva, sembra avere una ampiezza ed elasticità tale da consentire di ricomprendervi, a date condizioni, anche le persone anziane; per quanto, quindi, l'età avanzata non possa essere, di per sé stessa, presuppo-

⁽⁹⁾ Cassazione Civile, sez. I, 12.06.2006 n. 13584, in *Mass.* 2006, 1114.

⁽¹⁰⁾ In particolare il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno dovrà indicare gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario e quelli che il soggetto beneficiario può compiere solo con l'assistenza del primo. È chiaro, quindi, come il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore si sostegno.

⁽¹¹⁾ G. AUTORINO STANZIONE, V. ZAMBIANO, *Amministrazione di sostegno, Commento alla legge 9 gennaio 2004, n.6*, Milano 2004; G. SCIANCALEPORE, P. STANZIONE, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Milano 2003; G. FERRANDO, *L'Amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti disabili*, Milano 2005; P. CENDON, *op. ult. cit.*, 117 ss.; E. TATÒ, *L'Amministrazione di sostegno tra interdizione ed inabilitazione ambiti di applicazione e prospettive future*, in www.diritto.it; M. R. SAN GIORGIO, *L'amministrazione di sostegno: profili problematici e prospettive di riforma*, in *Giustizia Civile*, Varese, 2006; A. BARTOLUZZI, *L'Amministrazione di sostegno: applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005; G. CIMAGLIA, *L'invalidità civile e la tutela della disabilità. Soggetti beneficiari, prestazioni, requisiti, valutazione medico-legale, procedimento amministrativo e contenzioso, amministrazione di sostegno*, Milano 2005; sull'argomento vd. anche A. SASSI, *Equità ed interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 151 ss.; E. BABUCCI, *Tossicodipendenza e amministratore di sostegno, in questa rivista* 2006, 105 ss.

sto fondante un provvedimento di amministrazione di sostegno, lo stesso potrà essere pronunciato quando la vecchiaia determini una limitazione apprezzabile delle funzioni della vita quotidiana⁽¹²⁾.

Il nuovo procedimento consente, quindi, all'interprete ed al legislatore di riflettere, e quindi compiutamente disciplinare, una realtà che per troppo tempo è stata lontana dall'attenzione e dalla tutela del diritto; è palese *ictu oculi* come, ad oggi, la misura dell'interdizione sia da intendersi come residuale ed applicabile solo qualora appaia l'unica misura idonea ad assicurare una completa protezione del soggetto.

Ad oggi, mutuando le parole di P. Cendon⁽¹³⁾ *“si tratta di procedere ad una sistemazione organica del diritto delle fasce meno fortunate, dando vita ad un diritto parzialmente diverso per i diversi, volto a rendere ciascuno di essi meno disuguale rispetto agli altri consociati, nella condizione di vita quotidiana”*.

MATTEO GIAMBARTOLOMEI

⁽¹²⁾ in un caso riguardante una persona anziana colpita da un indebolimento delle facoltà intellettive e, in particolare, della memoria, dovuta plausibilmente all'età molto avanzata il Giudice Tutelare del Tribunale di Modena con decreto del 24.02.2005 ha, appunto, disposto la nomina dell'amministratore di sostegno. Il Giudice Tutelare, dopo avere evidenziato come la situazione patita dall'anziana si riflettesse negativamente sulla proficua gestione dei suoi interessi, ha ritenuto di poter tutelare *“con la minore limitazione possibile della capacità di agire”* la beneficiaria che risulta priva di autonomia nell'espletamento di alcune funzioni della vita quotidiana. Per ulteriori approfondimenti vd. articolo S. CESAROLI, *La nuova figura giuridica dell'Amministratore di sostegno quale strumento di aiuto per le persone prive di autonomia*, www.altalex.it 22.05.2007; P. CENDON, *L'interdizione va abrogata*, www.altalex.it 22.01.2007 *“L'entrata in vigore della legge n.6 del 2004 , istitutiva dell'amministrazione di sostegno, e la sua crescente applicazione in questi tre anni, hanno reso maturi i tempi per la messa in cantiere del progetto abrogativo dell'interdizione e dell'inabilitazione”*.

⁽¹³⁾ P. CENDON, op. ult. cit..

TRIBUNALE TERNI, 14 luglio 2006, n. 443 – Pres. VILLANI – Rel. BARBIERI – B. (avv. Proietti) – B. P. S. (avv. Bigerna).

Banche - Intermediazione finanziaria - Obblighi di informazione - Violazione da parte dell'intermediario - Conseguenze - Responsabilità contrattuale - Sussistenza (c.c. artt. 1176, 1218, 1418; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21; Reg. Consob n. 11522/1998, artt. 28, 29).

La violazione da parte della banca dei doveri di informazione relativi ai contratti di investimento in strumenti finanziari è fonte di responsabilità per inadempimento contrattuale (1).

(*Omissis*). 2. Nell'ambito della giurisprudenza di merito si sono formate due posizioni interpretative in ordine alle conseguenze prodotte dalla violazione da parte dell'intermediario delle disposizioni di cui agli artt. 21 t.u.f. (D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e agli artt. 27 ss. Consob: a) un primo orientamento, qualificate come imperative tali disposizioni normative, ne sanziona la violazione ricorrendo all'istituto della nullità virtuale di cui all'art. 1418, primo comma, c.c., affermando che la violazione del dovere di comportamento non resterebbe limitata alla mera fase di esecuzione del contratto, penetrando, invece, nel suo contenuto in modo da rendere lo stesso schema negoziale in contrasto con gli interessi pubblici protetti dalla norma (così Trib. Mantova, 27 aprile 2004; Trib. Milano, 7 ottobre 2004; Trib. Firenze, 30 maggio 2004; Trib. Venezia, 22 novembre 2004; App. Milano, 13 giugno 2003); b) un secondo orientamento ritiene che la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari faccia insorgere unicamente il diritto dell'investitore al risarcimento del danno (*ex artt. 1176 e 1218 c.c.*: così Trib. Roma, 13 giugno 2005; Trib. Milano, 1 giugno e 25 luglio 2005; Trib. Taranto, 28 ottobre 2004; Trib. Monza-Desio, 27 luglio 2004).

Questo Tribunale presta adesione alla seconda posizione ermeneutica riportata. La violazione delle citate disposizioni del t.u.f. e del regolamento Consob attiene, infatti, non alla fase genetica di formazione dell'atto, ma a quella successiva di esecuzione del rapporto, che trova titolo nel contratto quadro o generale di investimento ovvero nei singoli negozi o accordi di acquisto o di vendita di strumenti finanziari, atteso che "tali disposizioni sono prescrittive di obblighi di comportamento cui la banca è tenuta in forza di un vincolo negoziale già sorto, non rilevando, di regola, ai fini della validità del contratto, il carattere più o meno doveroso (ovvero l'esistenza di un interesse pubblico al corretto adempimento) di quegli obblighi, i quali rappresentano una specificazione del

generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto" (così Trib. Roma, 13 giugno 2005). L'esatto adempimento da parte della banca degli obblighi di informazione e di comportamento deve essere accertato, alla luce dei parametri di diligenza stabiliti dalla legge (art. 1176, secondo comma, c.c.), in un giudizio di responsabilità da inadempimento e non di invalidità dell'atto. I casi di nullità previsti dal t.u.f., quali nullità relative, possono essere fatti valere soltanto dal cliente (art. 23, terzo comma e 24 t.u.f.) ma non dalla banca. Assumere la natura imperativa delle norme di comportamento invocate dall'attore sanzionandone la violazione in termini di nullità virtuale ex art. 1418, primo comma, c.c. significherebbe introdurre per via giudiziale una nuova ipotesi di nullità non prevista in sede legislativa, con caratteri di maggiore gravità delle nullità previste dallo stesso t.u.f. quali nullità esclusivamente relative. Quella in esame dovrebbe infatti essere di carattere assoluto, in applicazione dei principi generali in materia di invalidità negoziale, come tale rilevabile anche d'ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c. (così sempre Trib. Roma, 13 giugno 2005, il quale rileva che una tale conclusione sarebbe in contrasto con la *ratio* delle normative di origine comunitaria protettive dei consumatori). A favore della tesi in questa sede accolta è stato anche rilevato che, dal momento che l'obbligo di informare adeguatamente il cliente permane per tutta la vita del rapporto (cfr. comunicazione Consob n. DI/30396 del 21 aprile 2000) ove si optasse per la prima soluzione interpretativa dovrebbe concludersi che anche la negligente esecuzione da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione in corso di esecuzione del rapporto dovrebbe tradursi nell'invalidità dell'atto, sebbene gli obblighi di comportamento prescritti nella fase di formazione del negozio fossero stati diligentemente adempiuti.

Ne consegue che la domanda di nullità proposta dal B. deve essere rigettata. (*Omissis*).

(1) La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore.

1. La questione giuridica delle conseguenze della violazione degli obblighi informativi della banca nei confronti del cliente investitore, affrontata dal Tribunale di Terni nei termini dicotomici riassunti nella contrapposizione tra nullità del contratto di investimento e risarcimento del danno da inadempimento dello stesso, risente di un vizio di fondo comune a tutta la copiosa giurisprudenza che sinora si è espressa sul punto, come testimonia, da ultimo, l'ordinanza del 16 febbraio 2007, con

la quale la prima sezione della Cassazione civile ha rimesso la soluzione di tale contrasto interpretativo alle Sezioni Unite ⁽¹⁾.

Il vizio di cui parliamo risiede nella impossibilità di porre l'alternativa tra nullità e risarcimento quale conseguenza della violazione di regole di comportamento a carico delle parti senza distinguere, come, per il vero, tenta di fare il collegio ternano nella *pars construens* della motivazione, citando un precedente del Tribunale di Roma ⁽²⁾, tra la fase di formazione e quella di esecuzione del contratto.

Infatti, posto che gli obblighi di informazione derivano dalla concretizzazione, legale o giurisprudenziale, della clausola generale di buona fede oggettiva o correttezza, diversa è l'incidenza del comportamento scorretto della parte in ciascuna delle suddette fasi.

Prima della stipula del contratto tipico di investimento in strumenti finanziari ⁽³⁾, la mancata informazione del cliente su punti essenziali del contratto può legittimare l'istanza della parte svantaggiata per la declaratoria di nullità, sulla base della illiceità della causa per contrasto con i principi di ordine pubblico economico di protezione, espressivi dell'ordine giuridico del mercato.

La natura del contratto di gestione di portafogli di investimento su base individuale, però, è tale che la sua esecuzione postula necessariamente una serie continua di operazioni di acquisto e di vendita di strumenti finanziari per le quali le informazioni fornite al cliente si configurano quali adempimenti del più generale dovere di correttezza *in executivis* (art. 1375 c.c.) ⁽⁴⁾. Deriva che, nell'ipotesi di mancata o incompleta informazione necessaria alla corretta esecuzione del contratto, l'unico rimedio esperibile dal cliente sarà quello della risoluzione per inadempimento con conseguente risarcimento dei danni (interesse positivo) *ex art.* 1453 c.c.

È opportuno, tuttavia, soffermarci ulteriormente sulla tesi da noi propugnata della nullità del contratto per violazione della clausola generale di buona fede *in contrahendo*, la quale rivela il definitivo tramonto del principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, avuto riguardo al nuovo scenario applicativo tracciato dal diritto privato del mercato.

2. Il problema delle asimmetrie informative concerne essenzialmente la formazione dei contratti stipulati all'interno di situazioni di mercato del

⁽¹⁾ Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. giur.*, 2007, 631 ss., con nota di MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*.

⁽²⁾ Trib. Roma, 13 giugno 2005.

⁽³⁾ Sulla gestione di portafogli di investimento in strumenti finanziari cfr. COSTI, *Il mercato mobiliare*, 3^a ed., Torino, 2004, 132 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, 125 ss.

prodotto contraddistinte da un'offerta concorrenziale, cioè dalla compresenza di una pluralità di imprese in grado di offrire beni o servizi sostituibili dal lato della domanda, in modo da consentire alla controparte (impresa o consumatore) di reperire alternative soddisfacenti ad una data proposta contrattuale.

Infatti, sia che si tratti di contratti negoziati individualmente ovvero di contratti per adesione o di massa, tutte le volte in cui l'offerta sia concorrenziale un'asimmetria informativa in ordine alle condizioni ed ai presupposti contrattuali può determinare l'iniquità dello scambio.

Al di fuori dell'ipotesi di abuso di soggezione economica o morale, in presenza di un mercato merceologico e geografico contraddistinto da un certo grado di concorrenzialità, la libertà di determinare i termini dell'accordo in senso più vantaggioso per entrambe le parti dipende essenzialmente dalla esatta conoscenza delle condizioni di offerta praticate sul mercato.

Nel suddetto contesto economico, la libertà contrattuale *positiva* dipende e si traduce, di regola, nella libertà di scelta delle offerte più convenienti per gli interessi dell'oblato.

La disparità di potere contrattuale, pertanto, è data dal diverso grado di informazione delle parti al momento della conclusione del contratto.

Nelle fattispecie contrattuali soggette a trattativa individuale il comportamento scorretto di una delle parti, che può condurre ad una asimmetria informativa rilevante per il diritto, è costituito da un'attività ingannevole volta ad incidere sulle condizioni contrattuali.

Sul piano dei rimedi, sarà applicabile, in tal caso, la disciplina del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.* ovvero quella del dolo determinante *ex art. 1439 c.c.*, se i raggiri hanno influito in maniera decisiva sulla scelta di concludere il contratto.

Assai evidenti sono, infatti, le interrelazioni tra dolo omissivo e regola di correttezza, nel senso che il primo si identifica con la violazione di quest'ultima, *sub specie* di comportamento reticente in ordine a circostanze rilevanti per la conclusione del contratto *tout court* o per la conclusione di esso a date condizioni.

Il principio di libertà della concorrenza postula, dal lato della domanda, la consapevolezza della scelta; l'assenza di questa, se collegata alla violazione di un obbligo informativo, indica in maniera inoppugnabile che la formazione del contratto è viziata da un comportamento dell'offerente contrario alla regola di correttezza economica.

In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, che è il rimedio tipico per proteggere la libertà negoziale del contraente debole, si incentra sulla garanzia della corretta informazione dell'oblato sui punti essenziali del contratto.

In particolare, nei contratti negoziati il dovere di correttezza nelle trattative è profondamente permeato dai profili di personalizzazione della relazione precontrattuale, che determinano la rilevanza delle circostanze non soltanto oggettive, ma anche soggettive in ordine alla determinazione del

programma contrattuale, e, quindi, l'ampiezza ed il contenuto dei doveri informativi posti a carico delle parti.

In questa ipotesi il nodo cruciale per l'interprete è costituito dalla individuazione delle informazioni che ciascuna parte deve rendere note all'altra affinché essa ponderi adeguatamente i propri interessi e, quindi, la convenienza dell'affare che si sta per concludere.

In proposito, alcuni importanti studi di analisi economica del diritto condotti dalla dottrina statunitense sul *duty to disclose*⁽⁵⁾ hanno messo in evidenza la differenza fondamentale tra informazioni acquisite deliberatamente, per le quali il possessore di esse ha sostenuto dei costi, e informazioni acquisite casualmente, senza sostenere alcun costo per l'ottenimento di esse⁽⁶⁾.

Ora, se si ha riguardo agli investimenti specifici sostenuti da una parte per acquisire delle informazioni rilevanti, si dovrebbe concludere che una norma che imponesse in relazione ad esse un obbligo informativo, la cui violazione fosse sanzionata, ad esempio, con l'annullamento del contratto, inciderebbe notevolmente sulla ripartizione dei rischi e dei costi connessi all'operazione economica e, quindi, sull'efficienza allocativa, disincentivando il contraente più informato dal compiere indagini sull'oggetto del contratto *in fieri*⁽⁷⁾.

A differenza dei contratti negoziati, la formazione dei contratti di massa è contraddistinta dalla spersonalizzazione della relazione precontrattuale, onde i doveri informativi si traducono, in buona sostanza, in obblighi puramente formali, che mirano ad assicurare la trasparenza e la effettiva conoscibilità delle condizioni generali di contratto e dei mezzi di tutela a favore del consumatore.

La necessaria uniformità delle condizioni contrattuali determina così l'uniformità delle informazioni fornite al consumatore.

In questi contratti, peraltro, una eventuale trattativa individuale instaurata con il singolo consumatore (v. art. 34, comma 4, codice del consumo) determina l'applicazione della regola di correttezza e, quindi, la nascita

⁽⁵⁾ Cfr. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract*, 7, *Journal of Legal Studies*, 35 ss. (1979), trad. it. *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 1980, 291 ss., ora in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato* a cura di Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà, Romani, Milano, 1998, 172 ss., spec. 177 ss. (da cui le citazioni).

⁽⁶⁾ KRONMAN, *op. ult. cit.*, 179: «Un analista finanziario, per esempio, raccoglie informazioni su di una determinata società deliberatamente, studiando con cura le risultanze del suo comportamento economico. Un uomo d'affari, al contrario, che venga in possesso di un'importante notizia origliando per caso un dialogo su di un autobus acquisisce l'informazione in maniera casuale».

⁽⁷⁾ Sul punto, cfr. le interessanti osservazioni di CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 83 ss., spec. 101 ss.

di obblighi informativi calibrati sul rapporto specifico, ormai divenuto personalizzato.

Il quadro dell'analisi muta radicalmente nei mercati affetti da oligopolio collusivo o da situazioni di (quasi) monopolio, ove il consumatore o, più in generale, la parte debole del costituendo rapporto contrattuale non ha alcuna possibilità di reperire alternative *soddisfacenti* all'offerta praticata dall'impresa a condizioni inique.

Ci troviamo pertanto innanzi a casi di abuso di posizione dominante attuato mediante il contratto ovvero di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese ove il rispetto di un eventuale obbligo informativo a carico del contraente forte non servirebbe comunque a tutelare gli interessi del contraente debole, il quale non ha alcuna possibilità di scelta.

I contratti che vengono stipulati in queste situazioni di mercato possono qualificarsi *ad offerta monopolistica*, a condizione che non si intenda tale qualificazione come sinonimo di contratti conclusi *dal monopolista*.

Infatti, anche un controllo parziale del mercato può avere effetti distorsivi della concorrenza tutte le volte in cui la capacità di scelta dell'oblato sia inesistente, come nell'ipotesi di una differenziazione dei prodotti o dei servizi forniti (o richiesti), all'interno dello stesso mercato rilevante, sufficiente a determinare un grado elevato di fidelizzazione del cliente/consumatore che si traduca in una vera e propria estorsione contrattuale ai suoi danni.

L'offerta, quindi, può dirsi monopolistica in una duplice accezione:

a) oggettiva, quando la quota di mercato detenuta dall'impresa sia totale o quasi totale;

b) soggettiva, quando, invece, la dipendenza economica del cliente (impresa o consumatore) dall'impresa che abusa del proprio potere contrattuale sia determinata da ragioni tecniche che non consentono di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata a condizioni inique⁽⁸⁾.

Deriva una impostazione del problema dei rimedi risarcitori a favore dell'oblato in termini di responsabilità oggettiva, ove emerge l'esigenza primaria di assicurare la tutela del mercato concorrenziale.

⁽⁸⁾ È il caso dell'abuso di dipendenza economica nei contratti tra imprenditori *ex art. 9 l. 192/1998*. Si tratta tipicamente di un rapporto di subfornitura industriale ove il contraente debole è il subfornitore, il quale «fornisce ad altra impresa prodotti o servizi – in conformità a progetti, modelli o tecnologie forniti dalla committente – destinati a essere utilizzati nel processo produttivo della committente stessa. Si pensi ai componenti di un motore, affidati alla produzione di un piccolo industriale metalmeccanico, e utilizzati poi da una grande casa automobilistica: è chiara qui la dipendenza economica e la subordinazione imprenditoriale del subfornitore, che non potrebbe vendere a nessun altro quegli specifici componenti, e perciò il rischio di abusi da parte del committente»: PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, 4^a ed., Torino, 2006, 322.

3. Particolare importanza riveste una questione centrale nello studio della responsabilità precontrattuale per violazione della regola di correttezza.

Essa riguarda il ruolo e le conseguenze del dolo incidente ex art. 1440 c.c. sulla formazione dei contratti negoziati individualmente.

Posto, infatti, che l'art. 1440 c.c. è un'applicazione specifica dell'art. 1337 c.c.⁽⁹⁾, bisogna altresì osservare che i contratti conclusi sulla base di una frode unilaterale hanno solo l'apparenza, ma non la sostanza giuridica di contratti, intesi quali atti di autonomia privata⁽¹⁰⁾.

Deriva una duplice possibilità a favore del *deceptus*:

a) privare di efficacia il contratto con l'azione di annullamento, perché esso non risponde ai suoi interessi, e chiedere il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo (art. 1439 c.c.);

b) mantenere in vita il contratto a condizioni equilibrate, secondo l'accordo che si sarebbe raggiunto in assenza dell'asimmetria informativa, fonte di iniquità dello scambio (art. 1440 c.c.).

Nel caso sub b) il riequilibrio del rapporto è condizione necessaria e sufficiente per la conservazione del contratto: il risarcimento del danno può dunque servire a ristabilire l'equità dello scambio secondo gli interessi di entrambe le parti e la determinazione del *quantum* assume i contorni dell'interesse positivo (*Erfüllungsinteresse*)⁽¹¹⁾.

La limitazione del danno risarcibile all'interesse negativo (*negatives Vertragsinteresse*), com'è noto, riguarda, infatti, la fattispecie di responsabili-

⁽⁹⁾ Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3303: «La norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto».

⁽¹⁰⁾ Nel contratto di lavoro, la frode unilaterale del datore ai danni del prestatore conduce alla responsabilità del primo nei confronti del secondo tramite la permanenza dell'obbligazione retributiva: cfr. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, 1973, 106; ID., *La frode unilaterale nella costituzione del rapporto di lavoro*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. II, Milano, 1978, 678: «Infatti, se vi sia stato un affidamento incolpevole del prestatore, è possibile utilizzare la prima norma dell'art. 2126, primo comma, ma se vi sia stato un abuso del diritto alla prestazione, facile a verificarsi per la disuguaglianza materiale che si registra nella costituzione e nello svolgimento del rapporto di lavoro, il criterio dell'affidamento incolpevole non regge ed è necessario far ricorso a quello della responsabilità. Chi procede all'assunzione di chi ha bisogno di lavorare, è responsabile del contratto e rimane obbligato a prestare la retribuzione in termini contrattuali, indipendentemente dalla diligenza che il lavoratore abbia impiegato a individuare la violazione di norme che lo tutelano».

⁽¹¹⁾ Cfr. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, 792 ss., spec. 797.

Sull'argomento, v. le chiare osservazioni di GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 487-520.

tà precontrattuale individuata da Jhering con riferimento all'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o di conclusione di un contratto invalido ⁽¹²⁾.

Nella fattispecie in esame, invece, siamo in presenza di un contratto concluso a condizioni inique, che, perciò stesso, in linea generale è un contratto invalido, perché la regola di correttezza violata esprime un principio di ordine pubblico economico, secondo cui il regolamento contrattuale deve rispecchiare i reali interessi di entrambe le parti, *così come esse li hanno liberamente e consapevolmente rappresentati nel corso delle trattative*.

È lo statuto concreto del mercato concorrenziale e non già l'astratta difesa del dogma della volontà che postula l'assenza di vizi del consenso per l'equilibrio del contratto.

In particolare, l'art. 1338 c.c. stabilisce che la reticenza sulle cause di invalidità del contratto è fonte dell'obbligo risarcitorio per la lesione dell'affidamento incolpevole della controparte circa la validità del contratto. Qui l'invalidità del contratto deriva da cause *esterne* al processo di formazione della volontà di una delle parti.

Viceversa, nel caso di dolo *ex art.* 1439 c.c., è il raggirio, anche *sub specie* di reticenza, a determinare l'invalidità del contratto ⁽¹³⁾.

Il dolo determinante, in questa prospettiva, esprime in realtà una regola generale: qualsiasi contratto stipulato a seguito di raggiri che incidono sulle condizioni contrattuali non è un atto di autonomia privata, ovvero sia è invalido, perché il comportamento scorretto di una delle parti si traduce necessariamente in una illiceità della causa dell'atto, che nasce squilibrato.

Questo passaggio logico va sottolineato affinché non generi equivoci di sorta.

⁽¹²⁾ Cfr. JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. dal tedesco e nota di lettura di Procchi, Napoli, 2005 (ed. originale, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, IV, 1861, p. 1 ss.).

Sulla teoria di Jhering, v. la fine e dettagliata ricostruzione di TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 39 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 948: «Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto (Nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi).

In senso conforme, v. Cass., Sez. Un., 12 agosto 2005, n. 16875, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

La condotta decettiva, dicevamo, è in sé economicamente, oltre che giuridicamente, scorretta, atteso che l'omissione o la falsità delle informazioni fornite alla controparte nel corso della trattativa ha come unico scopo quello di alterare o distorcere il valore e il significato del contratto come atto di autoregolamento degli interessi di *entrambe* le parti e, quindi, di strumento di efficienza allocativa all'interno di un mercato concorrenziale.

Sul piano degli effetti derivanti da un contratto concluso a seguito di una errata percezione della realtà di una delle parti, vieppiù se dovuta all'inganno perpetrato ai suoi danni dall'altra, la reazione dell'ordinamento non può che essere di negazione degli stessi.

Il riconoscimento dell'autonomia privata, infatti, passa necessariamente attraverso il controllo di liceità o di meritevolezza della tutela degli interessi perseguiti dalle parti.

È dunque immeritevole di tutela l'interesse di una parte a conseguire vantaggi o profitti da un contratto stipulato sulla base di un consenso viziato dell'altra.

Tuttavia, per stabilire l'invalidità del contratto è necessario interpretare l'intenzione del *deceptus*, onde appurare se egli, senza i raggi, avrebbe contrattato ugualmente oppure no.

Innanzi ad un comportamento decettivo di una delle parti, infatti, l'ordinamento consente alla vittima dell'inganno di scegliere la via che meglio realizza i suoi interessi particolari.

Ciò discende dal fatto che la invalidità del contratto è posta a protezione degli interessi delle parti. Essi *coincidono* con l'interesse al funzionamento del mercato in senso concorrenziale, perché un contratto è efficiente se realizza l'operazione economica secondo la prospettazione (lecita) delle parti.

Del resto, l'equità ha riguardo alla situazione concreta delineata dagli interessi delle parti: la congruità dello scambio contrattuale è un concetto relativo e non assoluto.

In tal senso, i principi giuridici violati dal comportamento (economicamente) scorretto appartengono al novero di quelli che la dottrina francese ha denominato principi di ordine pubblico economico *di protezione*⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, II, Paris, 1934, 347; ID., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, 238 ss.; FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963. Sulla monografia di Gerard Farjat, v. la recensione critica di G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv dir. comm.*, 1963, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 341 ss.

Sulla scia delle costruzioni dogmatiche francesi, v. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 16^a ed., Milano, 2005, 201: «L'ordine pubblico di protezione ha lo scopo di proteggere, in certi rapporti contrattuali, la parte economicamente debole che abbia subito l'imposizione di condizioni contrattuali inique, o la parte che possa aver stipulato il contratto senza una sufficiente ponderazione, non rendendosi conto del carattere vessatorio di certe clausole, o sottovalutandolo».

Pertanto, se il contraente raggirato chiede l'annullamento del contratto, eliminerà anche un contratto inefficiente per il mercato, perché non soddisfa i suoi interessi, e potrà anche ottenere un risarcimento del danno da lesione della libertà negoziale nei limiti dell'interesse negativo.

Se, invece, egli opererà per la conservazione del contratto, potrà domandare il risarcimento del danno al fine di riequilibrare il contratto secondo i propri interessi.

In quest'ultima ipotesi, il danno risarcibile, come ha affermato autorevole dottrina, «consiste nelle migliori condizioni che il contraente avrebbe ottenuto senza l'illecita ingerenza della controparte»⁽¹⁵⁾.

Il risarcimento del danno *ex art.* 1440 c.c. svolge dunque la stessa funzione riequilibratrice del rapporto assegnata dall'*art.* 1450 c.c. all'offerta di

Secondo Pietro Trimarchi, *op. ult. cit.*, 203, il concetto di *ordine pubblico di struttura e di direzione economica* comprende, invece, «i criteri secondo i quali va condotta l'attività economica degli operatori privati e pubblici; in esso vi rientrano le norme e i principi che regolano la concorrenza, per assicurarne la libertà e la correttezza».

Orbene, a noi sembra che i principi della concorrenza rientrino nell'ordine pubblico economico di protezione tutte le volte in cui siano applicati alla formazione ed all'esecuzione dei contratti, essendo la protezione del contraente debole strumentale all'efficienza del mercato. D'altro canto, anche un mercato regolato e privo di barriere all'ingresso è condizione necessaria (ma non sufficiente) per l'efficienza dei contratti, perché individua il contesto economico in cui i consumatori hanno, in linea di principio, la possibilità di scegliere tra offerte diversificate, formando il loro convincimento sulle base delle capacità produttive delle imprese.

Cfr. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, vol. II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 456, secondo il quale «l'ordine pubblico ha via via accentuato il proprio carattere di protezione, in luogo del connotato di direzione che ne aveva in precedenza prevalentemente informato i contenuti. Si tratta di un riflesso evidente quanto significativo della opzione comunitaria per un modello di economia sociale di mercato che, lungi dall'affidarne la disciplina al solo criterio dell'efficienza economica, coniuga la libertà di impresa e la libertà dei consumatori in una prospettiva, tenacemente avversata in un recente passato, di giustizia contrattuale».

⁽¹⁵⁾ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 176, il quale aggiunge: «Così, nel caso di dolo incidente il danno si determina in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo».

V. anche RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 216. Secondo TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 707, «Nella stessa disciplina legislativa, e segnatamente nel contenuto e nelle finalità del diritto del *deceptus* al risarcimento dei danni, trova infatti conferma il rilevato assorbimento della lesione di siffatto interesse in quella dell'interesse positivo, con la conseguente reciproca identità direzionale della relativa tutela: la quale, nella specie, rinviene oltretutto il suo titolo immediato nello stesso contratto validamente concluso, su cui finisce poi col riflettersi in quanto, giova ribadirlo, il risarcimento tende a riequilibrare e correggere il concreto assetto dei contrapposti interessi diviso dalle parti e falsato dall'inganno intervenuto in violazione della buona fede *ex art.* 1337 c.c.».

modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità, effettuata dal contraente contro il quale è domandata la rescissione ⁽¹⁶⁾.

In alternativa alla richiesta di risarcimento per equivalente, la parte svantaggiata a seguito del comportamento contrario alla regola di correttezza *ex artt.* 1337 e 1440 c.c., può chiedere al giudice l'applicazione dell'art. 2058 c.c., sul risarcimento in forma specifica: il danno può essere risarcito ripristinando l'equilibrio del contratto tramite la sua rettifica, richiesta dal *deceptus* (v. invece l'art. 1432 c.c.), secondo il contenuto e le modalità del contratto che tengano conto della reale volontà di costui ⁽¹⁷⁾.

Anzi, poiché il danno da lesione della libertà negoziale consiste proprio nello squilibrio tra le prestazioni contrattuali, la rettifica del contratto su ordine del giudice appare forse la via più appropriata per la tutela del contraente debole.

Si tratta, ovviamente, di una soluzione del tutto nuova, atteso che una cosa è la condanna al pagamento di una somma di denaro che equivalga alla differenza tra ciò che è stato «pattuito» ed il reale valore attribuito dal contraente leso alla propria prestazione, un'altra è, invece, la rettifica giudiziale del contratto sufficiente da ricondurlo ad equità.

Quest'ultima via, peraltro, se, da un lato, si discosta dalla visione tradizionale del problema del risarcimento del danno in forma specifica *ex art.* 2058 c.c. ⁽¹⁸⁾, dall'altro sembra oggi quella battuta dallo stesso legislatore

⁽¹⁶⁾ In argomento, cfr. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, 153 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, III ed., Torino, 2002, 234: «E intanto si prende coscienza del fatto che l'art. 2058 c.c. suggerisce di riparare il danno costruendo la situazione che si sarebbe creata se non fosse intervenuto il fatto illecito nocivo. Per cui il vizio incidentale dà luogo, a richiesta della vittima, alla rettifica del contratto».

Nello stesso senso, v. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 267, nota 203; Cfr. anche CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1274: «Una volta abbandonata l'angusta prospettiva della rottura delle trattative, e preso, dunque, in considerazione il contenuto effettivo della norma di condotta cui si ricollegano anche doveri specifici di comportamento, non soltanto non si giustifica sul piano logico alcuna limitazione al danno risarcibile, ma potrebbe poi configurarsi la possibilità di un suo risarcimento in forma specifica ove le circostanze lo consentano».

⁽¹⁸⁾ Cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2005, 265 ss.; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, II, Milano, 2004, 217 ss.

Sul carattere *misto* della regola, di responsabilità e di proprietà, posta dall'art. 2058 c.c., cfr. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, *passim*.

Cfr. Cass., 4 marzo 1998, n. 2402, in *Giur. it.*, 1999, 255: «Colui che ha subito l'altrui fatto illecito ha facoltà di domandare il risarcimento del danno per equivalente pecuniario ovvero il risarcimento in forma specifica. Il primo rimedio si

quando attribuisce al giudice il potere di ristabilire l'equilibrio delle prestazioni contrattuali secondo la ricostruzione dei reali interessi delle parti.

In questa direzione troviamo oggi la norma di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2002, sulla nullità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento nelle transazioni commerciali ⁽¹⁹⁾.

Tale norma, infatti, una volta stabilito che il suddetto accordo «è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore» (1° comma) sancisce, al 3° comma, che «Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero *ricondece ad equità il contenuto dell'accordo medesimo*» (il corsivo è nostro).

estrinseca nella valutazione della differenza tra il valore del bene nello stato in cui si sarebbe trovato in assenza del fatto illecito ed il valore del bene leso; il secondo consiste sia nella pretesa che il danneggiante provveda al ripristino della situazione materiale, sia nella domanda di una somma di denaro corrispondente alle spese necessarie per tale ripristino».

In dottrina si osserva che, mentre avvalendosi della domanda risarcitoria per equivalente la quantificazione del danno avverrà in base ai criteri di cui agli artt. 1223, 1226 e 2056 c.c., cosicché il costo del recupero o della reintegrazione dell'utilità perduta dal contraente debole sarà determinato tramite le regole di esperienza o le condizioni di mercato, la domanda di risarcimento in forma specifica *ex art.* 2058 c.c. postula che il *quantum* da liquidare si identifichi col costo dell'attività di un terzo che, sotto controllo giudiziario, provveda alla suddetta reintegrazione, ovvero con la differenza tra tale costo e quello della controprestazione dovuta: MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, vol. XIV, t. IV, 2° ed., Torino, 1994, 188.

In argomento, cfr. già R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 204 ss., ed in *Studi in onore di Messineo*, vol. I, Milano, 1958, 523 ss., spec. 546 ss.; SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1084 ss.

Contro la ammissibilità della domanda di risarcimento in forma specifica del danno negativo a titolo di responsabilità precontrattuale nel caso di interruzione arbitraria delle trattative, v. Cass., 10 ottobre 1962, n. 2919, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1110; Cass., 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, 2088.

⁽¹⁹⁾ In argomento v. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 56 ss.; E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, 203 ss.; AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 289 ss.; PIER. MENGOLZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, 2007, 144 ss.

Di cos'altro si tratta se non di un riequilibrio del rapporto finalizzato alla salvaguardia dell'interesse privato del creditore e, al tempo stesso, di quello pubblico al mantenimento di un mercato efficiente e concorrenziale? ⁽²⁰⁾

Emblematica delle interrelazioni tra interesse del contraente danneggiato ed interesse al mercato concorrenziale è una sentenza della Suprema Corte ove il caso riguardava le false informazioni fornite dalla parte venditrice all'acquirente circa il valore locativo dell'immobile oggetto del contratto, che avevano indotto il compratore ad acquistare il bene per un prezzo superiore all'utilità soggettiva che ne avrebbe potuto ricavare, come da costui constatato dopo la stipula del contratto. ⁽²¹⁾

La Cassazione ha affermato, al riguardo, che «nel caso di acquisto di un immobile per un prezzo che il compratore abbia accettato nell'erronea convinzione, ingenerata con raggiro, della corrispondenza di esso a quello di mercato, e del possibile ricavo di un reddito rivelatosi irrealizzabile, il danno subito dall'acquirente, il quale agisca per il risarcimento, pur senza chiedere l'annullamento del contratto, va identificato, oltre che nella differenza tra il reddito avuto di mira e quello in realtà realizzato (lucro cessante), anche nella differenza tra il prezzo versato e quello effettivo di mercato (danno emergente), in quanto conseguenza immediata e diretta dell'illecito. Né quest'ultimo danno viene meno in conseguenza del maggior valore acquistato dall'immobile, per la rivalutazione dovuta al diminuito potere di acquisto della moneta, che non può compensare la perdita verificatasi con il versamento di una somma di denaro superiore a quella corrispondente al valore dell'immobile al tempo della compravendita e perché non può operare la *compensatio lucri cum damno* non traendo l'incremento patrimoniale origine dallo stesso fatto illecito che ha dato luogo al pregiudizio» ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 491: «lo strumento della nullità è uno strumento arcaico che tende ad incidere sul valore costituito dall'atto di autonomia privata, mentre al contrario la legislazione moderna comunitaria e nazionale tende a preservare per quanto possibile il predetto valore, intervenendo solo per ricondurlo ad equità».

⁽²¹⁾ Se è vero che lo scambio efficiente dal punto di vista allocativo è quello che interviene tra soggetti che attribuiscono valori diversi al bene, è altresì vero che tale risultato non può prodursi tutte le volte in cui, a causa di asimmetrie informative, il valore attribuito al bene in sede di trattative da una delle parti non corrisponde alla reale utilità soggettiva che essa ne trae successivamente alla conclusione del contratto, come nel caso prospettato.

La diffusione della suddetta prospettazione del concetto di efficienza rispetto a possibili formulazioni alternative è attestata da BOCCACCIO, *Analisi economica del diritto: alcune perplessità neo-austriache in teoria del contratto*, in *Quadrimestre*, 1990, 54 ss.

⁽²²⁾ Cass., 9 febbraio 1980, n. 921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980. La sentenza è ricordata anche da VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Padova, 2005, 386, e da SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità pre-con-trattuale*, Milano, 2004, 287-289.

Resta tuttavia da spiegare perché mai l'ordinamento ricollegghi alla violazione della regola di correttezza *sub specie* di dolo determinante *ex art.* 1439 c.c. l'annullamento del contratto e non già la nullità, dal momento che, secondo la nostra ricostruzione, ci si troverebbe in presenza di un contratto con causa illecita per contrarietà ai principi di ordine pubblico economico di protezione ⁽²³⁾.

Più specificamente, poiché la nullità di cui parliamo appartiene alla categoria delle nullità di protezione, essa ha natura relativa ⁽²⁴⁾.

Al riguardo, riteniamo che la nullità di protezione non possa considerarsi, a dispetto dell'opinione corrente, una nullità *eccezionale*, che fa eccezione alla regola generale di cui all'art. 1421 c.c. (nullità assoluta) ⁽²⁵⁾.

Ciò essenzialmente perché essa costituisce non una *sanzione*, bensì un *rimedio* posto a tutela degli interessi privati tutte le volte in cui questi coincidano con l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato.

In realtà, come vedremo più avanti, attesa la grande mole di norme sui contratti «speciali» ⁽²⁶⁾ che prevedono nullità di protezione per l'inosservanza di obblighi informativi, non soltanto di natura formale, a tutela del consumatore o del contraente debole, sin dalla fase precontrattuale, ci si può fondatamente chiedere se esista ancora una regola generale sulla nullità assoluta e regole speciali o addirittura eccezionali sulla nullità relativa o di protezione ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ La tesi della nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico di protezione è sostenuta, con riferimento alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, da D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss., spec. 651 ss. Secondo l'Autore, tuttavia, nella prospettiva del singolo contratto, atomisticamente considerato, l'interesse individuale del contraente debole non giustificerebbe il rimedio drastico della nullità.

Nel senso della illiceità delle clausole vessatorie, v. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 388, e BELLELLI, *Art. 1469-quinquies 1° e 3° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Patti, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2003, 1033 ss.

⁽²⁴⁾ Sull'argomento, v. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 72 ss.; R. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1143 ss.

⁽²⁵⁾ In questo senso, v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 50 ss., 238 ss., il quale, ritenendo che le norme sulle nullità di protezione siano speciali e non, invece, eccezionali (cfr. art. 14 preleggi), ne suggerisce l'applicazione in via analogica tutte le volte in cui ci si trovi innanzi a «uno squilibrio, non eventuale ma strutturale, tra le parti contraenti, al quale un criterio normativo attribuisca rilevanza formale».

Contra, v. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 121 ss., secondo cui le nullità di protezione sarebbero solo testuali.

⁽²⁶⁾ La specialità è per lo più da rinvenire nel modo di conclusione del contratto ovvero nella particolare categoria di soggetti che ne sono parte.

⁽²⁷⁾ Sulla distinzione tra norme eccezionali e norme speciali, v. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 42^a ed., Padova, 2005, 50-51: «Il diritto eccezionale si caratterizza»

Se è vero, infatti, che la differenza tra i due tipi di nullità si coglie esclusivamente sul piano della legittimazione all'azione, è altresì vero che diversa è la loro funzione, onde ne consegue un nuovo modo di concepire i rapporti tra essi.

La nullità assoluta è una *sanzione* che colpisce il contratto quando esso, secondo i dettami della tradizione pandettistica, che la contrappose alla figura dell'annullabilità ⁽²⁸⁾, contrasti con un interesse pubblico che non può mai coniugarsi con gli interessi privati sottesi all'operazione negoziale, la quale è perciò totalmente disapprovata dall'ordinamento ⁽²⁹⁾.

Viceversa, la nullità relativa è un *rimedio* a disposizione della parte tutte le volte in cui il contratto contrasti con un interesse pubblico che si identifica e si compenetra con gli interessi privati, perché postula che quegli interessi siano composti liberamente e consapevolmente in un'operazione economica che aspiri a divenire giuridica.

In particolare, sotto il profilo della nullità del contratto per illiceità della causa, è possibile distinguere due diverse situazioni:

a) gli interessi delle parti sono illeciti in sé, a causa della loro intrinseca natura, essendo essi *condivisi* da entrambe le parti;

b) l'interesse di *una parte soltanto* è illecito in quanto diretto a trarre un profitto ingiusto dal contratto, mediante la lesione dell'interesse dell'altra parte alla propria libertà negoziale.

Nell'ipotesi sub a) la nullità del contratto è la sanzione comminata dall'ordinamento per la tutela dei suoi principi fondamentali.

La nullità-sanzione scoraggia il compimento di operazioni economiche antiggiuridiche, perché dirette a perseguire finalità illecite.

za per la sua contraddizione al sistema delle altre norme, mentre il diritto speciale è applicazione del sistema, con adattamenti a un ramo che ha speciali esigenze».

V. anche le belle pagine di LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 541 ss., spec. 546, secondo il quale «la distinzione fra norme generali, speciali ed eccezionali non rappresenta una gradazione omogenea (come l'antica distinzione fra *ius commune*, *proprium* e *singulare*): la distinzione fra norma generale e speciale è logico-formale (e si riconduce alla tradizionale formula per cui è speciale una norma che contenga tutti gli elementi della fattispecie di un'altra norma più x); le norme speciali possono vedersi attribuito poi, sulla base di criteri di razionalità assiologica, un ruolo espansivo, tale da ridurre la norma generale ad un ruolo residuale, come possono invece essere relegate al ruolo di eccezioni di stretta interpretazione. Il risultato è frutto di giudizi di valore, che l'interprete avrebbe sempre l'onere di chiarire ed esplicitare, nell'esprimere qualificazioni di tal genere».

⁽²⁸⁾ Cfr. SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Sacco, I, Torino, 1993, 513.

⁽²⁹⁾ Esempio di nullità sanzione è quella comminata dall'art. 2, 3° comma, della legge n. 287/1990 alle intese restrittive della concorrenza, che sono «nulle ad ogni effetto».

Nell'ipotesi sub b), invece, la nullità è il rimedio a tutela della parte lesa; tuttavia la libertà negoziale è un interesse oltre che privato anche pubblico, perché esprime i principi fondamentali del mercato concorrenziale.

L'interesse illecito di una delle parti si trasforma inevitabilmente in un'illiceità della causa, perché inficia l'assetto complessivo del regolamento contrattuale, che entra in contrasto con i principi e le regole fondamentali del libero mercato.

La nullità-rimedio, pertanto, stimola e incoraggia il compimento di operazioni economiche giuridicamente lecite, consentendo alla parte lesa, ove lo voglia, di mantenere in vita il contratto a condizioni eque.

La nullità relativa è presidio dell'autonomia privata all'interno del sistema economico di mercato fondato sulla libertà di concorrenza.

Orbene, questa peculiare funzione della nullità relativa, se osservata sotto la lente d'ingrandimento del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*, ci svela come l'inciso iniziale dell'*art. 1421 c.c.* («salvo diverse disposizioni di legge»), non può più essere letto come indice di un rapporto regola/eccezione ⁽³⁰⁾.

Rimane però il fatto che, innanzi all'ipotesi di comportamento ingannevole, il codice civile appresta il rimedio dell'annullamento e non della nullità del contratto, su iniziativa della parte lesa.

Al di là del diverso *nomen iuris* del rimedio esperibile dal *deceptus*, gli è che la differenza tra annullamento e nullità di protezione si ridurrebbe, in realtà, oltre che alla possibilità di convalida del contratto *ex art. 1444 c.c.*, alla presenza, nel primo caso, di un termine di prescrizione quinquennale, laddove la nullità relativa sarebbe imprescrittibile.

La soluzione al quesito di cui sopra, relativo al perché il codice civile preveda il rimedio dell'annullabilità del contratto viziato da dolo determinante, anziché quello della nullità relativa, a nostro avviso, è molto semplice: il legislatore del 1942, infatti, allorché predispose la disciplina del dolo determinante, non aveva presente la necessità di tutelare, *insieme all'interesse del contraente*, anche l'interesse generale al funzionamento del mer-

⁽³⁰⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 202-203: «Qualificare una norma regolare o eccezionale non è un giudizio assoluto, cioè sempre valido. Infatti, guardando a ritroso il sistema normativo ci si accorge che alcune norme, una volta valutate eccezionali (quindi non applicabili per analogia), con l'evoluzione del sistema normativo, con l'aggiunta o l'eliminazione di norme, interpretando l'intero sistema alla luce dei valori emergenti, sono da considerare regolari, espressioni di un principio generale (dunque applicabili per analogia). Viceversa, altre norme che una volta erano espressione di un principio generale oggi, in presenza di nuovi principi e sulla base di un'interpretazione sistematica dell'ordinamento giuridico, possono divenire eccezionali (quindi non applicabili per analogia). La distinzione delle norme in regolari ed eccezionali è distinzione storica, sempre risorgente ed in continua evoluzione nella dinamica dell'ordinamento giuridico».

cato in senso concorrenziale ovverosia la libertà di concorrenza (non esistendo, a quel tempo, tanto la Costituzione della Repubblica quanto il Trattato istitutivo della Comunità Europea).

Deriva che egli non guardava al dolo come comportamento precontrattuale contrario alla regola di correttezza economica, bensì unicamente al dolo come vizio della volontà di una delle parti.

In buona sostanza, l'annullamento del contratto è oggi un rimedio che non tiene conto, sul piano concettuale, della profonda compenetrazione dell'interesse privato della parte con l'interesse pubblico alla efficienza del sistema economico di mercato, che si realizza, *in primis*, attraverso il diritto delle obbligazioni e dei contratti ⁽³¹⁾.

Una prova di ciò è data, ad esempio, da quella ipotesi legale in cui, invero, il consumatore ha a disposizione il rimedio della nullità relativa per dolo determinante di un fornitore di servizi finanziari che si avvalga di una tecnica di comunicazione a distanza, di un mezzo cioè, che, senza la presenza fisica e simultanea delle parti, possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza dei suddetti servizi.

Il recente decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190 (attuazione della direttiva 2002/65/CE), infatti, prevede, all'art. 3, commi 1° e 2°, che «Nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, gli sono fornite le informazioni riguardanti: a) il fornitore; b) il servizio finanziario; c) il contratto a distanza; d) il ricorso.

Le informazioni di cui al comma 1, il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivocabile, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, *tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale* e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori» (il corsivo è nostro).

⁽³¹⁾ Cfr., in generale, le osservazioni di P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 936.

Non condividiamo, al riguardo, la distinzione concettuale effettuata da ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 842: «mentre l'annullabilità persegue l'interesse particolare della parte protetta in relazione alla condizione soggettiva in cui la stessa versa, la nullità relativa persegue un interesse della parte protetta che non è tuttavia il suo interesse particolare, bensì un *interesse di serie o di massa*, del quale la parte è portatrice in forza di una propria *condizione oggettiva*, dunque in definitiva è il *riflesso di un interesse generale*. Proteggere le vittime di errori non è, se non indirettamente e mediamente, un obiettivo politico; proteggere i clienti delle banche contro le banche è invece, in via immediata e diretta, un *obiettivo di politica economico-sociale* il cui strumento non può essere se non la nullità». Osserviamo, in proposito, che i principi fondamentali del mercato concorrenziale non possono che condurre all'unificazione dei rimedi per la loro violazione all'interno del diritto dei contratti.

Inoltre, ai sensi del successivo art. 16, commi 4° e 5°, «Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Nei contratti di assicurazione l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione. Non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. È fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni».

Orbene, la nullità relativa disposta a favore del consumatore nelle norme sopra richiamate è dunque un rimedio ad un comportamento scorretto del fornitore che violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in misura significativa la rappresentazione delle caratteristiche del contratto.

Si tratta di un'ipotesi di dolo determinante, e non deve costituire fonte di equivoci, in proposito, il fatto che la fase delle trattative si svolga mediante tecniche di comunicazione a distanza ⁽³²⁾.

Infatti, per la prestazione di un servizio finanziario, vale a dire di qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale (v. art. 2, lett. b, d.lgs. 190/2005), il rapporto contrattuale deve necessariamente essere calibrato sulle esigenze personali del singolo cliente/consumatore, onde l'inganno da parte dell'impresa fornitrice consiste non soltanto nell'omissione delle informazioni che, nel caso concreto, sono indispensabili al cliente per valutare la convenienza dell'affare, ma anche nella loro comunicazione in maniera oscura o incomprensibile ovvero in modo parziale e tendenzioso.

Inoltre, è espressamente consentito al consumatore di avvalersi dell'azione risarcitoria, in aggiunta alla domanda di nullità ovvero in alternativa ad essa.

In quest'ultimo caso, pertanto, troverebbe applicazione l'art. 1440 c.c., sul dolo incidente, con la possibilità di un riequilibrio del rapporto tramite la liquidazione del danno emergente e del lucro cessante (risarcimento per equivalente) o con la richiesta da parte del consumatore di rettifica del contratto, sulla base dell'art. 2058 c.c. (risarcimento in forma specifica).

⁽³²⁾ In generale, v. sull'argomento, A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997; GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000; C. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra «realtà virtuale» ed «interessi dei contraenti»*, in RICCIUTO, ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubb. dell'economia* diretto da Galgano, XXVII, Padova, 2002, 161 ss.

4. Il rimodellamento del sistema del diritto delle obbligazioni, che deriva dalla impostazione da noi seguita circa la centralità dell'assetto concorrenziale quale presupposto per il corretto svolgimento dei rapporti giuridici di mercato ⁽³³⁾, ci induce a riflettere su alcuni argomenti che sono di estrema attualità negli studi di diritto privato, ed in particolare sulla tradizionale distinzione tra regole c.d. di comportamento delle parti nella fase precontrattuale e regole di validità del contratto.

Il tema ha formato oggetto di alcune interessanti indagini specifiche nell'ultimo decennio, ed i risultati della maggior parte di esse sono fermi nel ribadire la netta separazione, in ossequio ad una tralatizia distinzione dottrinale, invalsa anche in ambito giurisprudenziale, tra rimedio risarcitorio originato dal mancato rispetto della regola di correttezza nelle trattative precontrattuali e sanzioni invalidatorie che possono colpire il contratto successivamente concluso tra le parti ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Sullo stretto legame che intercorre tra libertà di concorrenza e libertà contrattuale, avuto riguardo soprattutto all'attuazione del principio costituzionale di utilità sociale dell'azione economica, v. OPPO, *I principi*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2002, 45.

⁽³⁴⁾ Cfr. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; ID., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 272 ss.

Diversa è l'impostazione del problema da parte di MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino, 1995, 135 ss., la quale, partendo da una lettura in unità degli artt. 1337 e 1440 c.c., giunge a configurare, pur senza intaccare il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di buona fede, un sistema in cui lo strumento risarcitorio possa servire a riequilibrare posizioni di interessi che derivano da un contratto valido ed efficace. In questa prospettiva, il dolo incidente è il modello di disciplina legale che dà ingresso alla responsabilità precontrattuale nell'ipotesi di contratto valido. Queste conclusioni (sulle quali v. già RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 198 s., e RAVAZZONI, *La formazione del contratto. I. Le fasi del procedimento*, Milano, 1973, 26) sono ora accolte da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit. alla nota seguente, ove, per la prima volta, si enuncia esplicitamente che «La violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido».

Dubita, invece, della sopravvivenza di un principio di non interferenza tra regole di validità e di responsabilità già nella disciplina del codice civile, VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 248-249; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 177 ss., ove si chiarisce che, se la violazione della normativa di correttezza, da sola, non può comportare direttamente la nullità virtuale del contratto ai sensi dell'art. 1418, 1° comma c.c., ciò non esclude «un ruolo integrativo

Particolarmente rappresentativa dell'orientamento tradizionale è una recente pronuncia della Suprema Corte, la quale, intervenendo sulla *vexata quaestio* della responsabilità degli intermediari finanziari per violazione degli obblighi informativi ⁽³⁵⁾, ha ribadito che «i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori» ⁽³⁶⁾.

della clausola di buona fede nella delimitazione delle norme di invalidità, come l'ipotesi classica della reticenza dimostra». In questa prospettiva, la reticenza può integrare un raggio ai sensi dell'art. 1439 c.c. solo alla luce di un'interpretazione del comportamento omissivo alla stregua del principio di buona fede. L'idea era già presente in VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 91 ss., spec. 121, ove si afferma che «In verità anche la normativa sul dolo vizio della volontà assicura indirettamente la realizzazione delle regole di correttezza nelle relazioni contrattuali, allo stesso modo come a questo scopo è preordinato l'istituto della responsabilità precontrattuale. E l'annullamento si pone come rimedio analogo al risarcimento, in quanto riparatore di un pregiudizio insito nella conclusione di un contratto che non si sarebbe posto in essere se non ci fosse stata la falsa rappresentazione della realtà provocata dal dolo».

In tal senso sembra orientato anche SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787 ss., spec. 804.

⁽³⁵⁾ Si trattava degli obblighi previsti dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991.

Ma v. ora, in generale, l'art. 21, 1° comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U. sull'intermediazione finanziaria), così come modificato dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262. In argomento, v. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1049 ss.; di recente, v. la monografia di SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

⁽³⁶⁾ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss., con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di SICCHIERO, *Un buon ripensamento della S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Giur. comm.*, 2006, II, 626 ss., con nota di SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, 446 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 897 ss., con nota di PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*.

Sul punto, cfr. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896 ss.; GALGANO, *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 579 ss., ove è riportata la sentenza del Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006. Sulla stessa linea, v. in precedenza, Cass., 9 gennaio 2004, n. 111; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234.

La dottrina secondo cui esiste una incomunicabilità di stampo concettuale tra regole di validità del contratto e principio di correttezza nella formazione dello stesso ⁽³⁷⁾, sostiene tale tesi sulla base di alcuni capisaldi dogmatici, che riteniamo opportuno qui di seguito riassumere.

A) Il primo punto che viene messo in risalto a difesa del c.d. principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento *ex art.* 1337 c.c. è costituito dalla netta distinzione tra invalidità e risarcimento quali sanzioni civilistiche non destinate ad incontrarsi nella repressione della mala fede *in contrahendo*, nel senso che non possa darsi un'ipotesi di loro cumulo.

Detto in altri termini, ciò significa che se una condotta di una parte viene ritenuta dal giudice contraria al principio di correttezza nella fase precontrattuale, l'altra non potrebbe chiedere per questo motivo la declaratoria di nullità ed il risarcimento del danno. Anzi, nella accezione più rigorosa del suddetto principio, vi sarebbe spazio soltanto per la tutela risarcitoria ⁽³⁸⁾.

La spiegazione di siffatto orientamento risiede essenzialmente nella diversità di funzione delle regole di validità e di quelle di comportamento: le prime, infatti, attengono – si afferma – alla struttura del contratto e «stabiliscono le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante per entrambe le parti»; le seconde, invece, «sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni» ⁽³⁹⁾.

Questa impostazione è criticabile, perché il comportamento scorretto nella fase precontrattuale si traduce necessariamente in una struttura squilibrata del contratto; il contratto concluso a condizioni inique perché una

⁽³⁷⁾ Sotto il vigore del codice civile del 1865, v. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss., ove tuttavia, in assenza di una norma che sancisse il dovere di buona fede nelle trattative, si affermava l'idoneità del rimedio dell'invalidità a combattere l'immoralità nel diritto; successivamente, v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. (rist.), Napoli, 1989, 171.

⁽³⁸⁾ D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 40. Ma v. già P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 202 ss., 222 ss.; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 ss., il quale però, nel ribadire la (fondamentale) distinzione tra regole di validità e regole di risarcimento o di buona fede, osservava (p. 107): «Si potrebbe obiettare ancora, forse, che la distinzione delle norme in regole di validità e regole di buona fede è distinzione formalistica, che deriva essa stessa dal concettualismo, e che giudicare con essa del conflitto tra buona fede e forma significa in certo modo cadere in una petizione di principio: e in effetti questo è vero, come è vero che il nostro codice porta nelle sue strutture fondamentali le tracce e il carattere delle costruzioni logico-formali».

La teoria tradizionale è stata chiaramente espressa da MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 9: «In nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni».

⁽³⁹⁾ D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 43.

parte ha abusato della propria posizione di superiorità economica o conoscitiva tramite condotte scorrette non può, per definizione, essere vincolante per l'altra parte.

Ne è una conferma, del resto, l'annullabilità del contratto per dolo determinante, che costituisce, in buona sostanza, una condotta contraria alla regola di correttezza nelle trattative *ex art. 1337 c.c.*

Tuttavia, secondo il pensiero tradizionale, alle regole di validità, poste a presidio della certezza sull'esistenza di fatti giuridici, sarebbe estranea ogni finalità – almeno in via immediata – di giustizia sostanziale del contratto, che, invece, sarebbe appannaggio delle regole di risarcimento (*i. e.* di buona fede o correttezza) ⁽⁴⁰⁾.

B) La conseguenza più importante, ai fini del nostro discorso argomentativo, di quanto appena ricordato *sub A*), è che le regole di validità sono necessariamente, a causa della peculiare funzione da esse svolta, formalizzate in una esplicita previsione legale e, pertanto, risultano sottratte alla disponibilità delle parti ⁽⁴¹⁾.

Viceversa, sempre secondo la tesi in esame, le regole di comportamento, desunte dal principio di correttezza, sono contraddistinte dal fatto che il loro contenuto non è formalizzabile, in quanto frutto della concretizzazione giudiziale di una clausola generale ⁽⁴²⁾.

La conclusione cui si perviene, in ultima analisi, è coerente con le suddette premesse: affidare al giudice, attraverso la valutazione del comportamento corretto o meno delle parti, la statuizione circa la validità di un contratto significa, in buona sostanza, contravvenire alla necessaria formalizzazione – garanzia di certezza del diritto – delle condizioni alle quali un atto di autonomia privata può ritenersi vincolante per il suo autore ⁽⁴³⁾.

Secondo tale impostazione, il problema centrale che l'interprete deve affrontare è, quindi, quello di verificare se la disciplina dell'atto, ovvero sia la sua idoneità alla produzione di effetti giuridici, possa essere rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, essendo essa intrisa di riferimenti a valori extralegali o metagiuridici.

La preoccupazione di fondo è quella di garantire i privati dalla «fuga» nella precarietà dei rapporti giuridici, sul presupposto che i poteri giudiziali di concretizzazione della norma elastica sul dovere di comportamento corretto nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.) possano tradursi in strumento di eterointegrazione e di correzione del contenuto del contratto, sino al limite della declaratoria della sua inefficacia (totale).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., 118-119.

⁽⁴¹⁾ Cfr. D'AMICO, *op. e loco ultt. citt.*

⁽⁴²⁾ D'AMICO, *op. e loco ultt. citt.*

⁽⁴³⁾ Cfr., in tal senso, DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione di credito alle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 271 ss., spec. 287 ss., secondo cui la disciplina sulle clausole vessatorie non è applicabile in via analogica.

Si tratta però di una preoccupazione eccessiva, perché, come si è visto, l'intervento correttivo del giudice sulla base dell'*actio doli* deve giocoforza tenere conto degli interessi prospettati da entrambe le parti, così come l'eventuale declaratoria di nullità – al pari dell'annullamento per dolo determinante – non è una sanzione bensì un rimedio nella disponibilità della parte lesa.

A questo punto, la nostra attenzione deve progressivamente spostarsi sulle fattispecie legali che già pongono in dubbio l'esistenza, nel sistema del diritto privato attuale, del principio di non interferenza tra regole di validità e principio di correttezza *in contrahendo*.

Siamo in presenza di norme che riguardano tanto i rapporti tra professionista e consumatore (c.d. rapporto di consumo), quanto quelli tra imprenditori e, nell'ambito di questi ultimi, individuano il c.d. terzo contratto, ove emerge la figura del professionista «debole».

Da questa congerie normativa, emerge un dato inequivocabile: l'ordinamento civilistico riconnette una sempre maggiore importanza alla valutazione della condotta dei soggetti di una relazione precontrattuale, concedendo al contraente debole o svantaggiato la possibilità di ottenere una declaratoria giudiziale di nullità del contratto o della clausola successivamente stipulati.

Il tema è assai delicato ed è necessario tentare un approccio sistematico ad esso, innanzi all'incedere ineluttabile di questa nuova tendenza legislativa: si considerino, ad esempio, gli artt. 36, comma 3°, 52 e 76 cod. cons., l'art. 9 l. 192/1998, l'art. 7 d.lgs. n. 231/2002, gli artt. 3 e 16 d.lgs. n. 190/2005, gli artt. 117, comma 6°, 124, comma 4° e 127, comma 2°, d.lgs. n. 385/1993, l'art. 2 d.lgs. n. 122/2005, gli artt. 23, commi 2° e 3°, 24, comma 2° e 30, comma 7°, d.lgs. n. 58/1998⁽⁴⁴⁾.

In buona sostanza, non si tratta di lasciare immutato l'inveterato dogma di non interferenza tra regole di correttezza e regole di validità⁽⁴⁵⁾, bensì di comprendere le ragioni che ispirano il legislatore nel dettare una disciplina delle invalidità negoziali affatto peculiare.

⁽⁴⁴⁾ In argomento, v., da ultimo, SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, 368 ss.; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, 944 ss.; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 295 ss.

⁽⁴⁵⁾ Secondo DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 586, la distinzione tra regole di comportamento e regole di invalidità è distinzione solo dottrinale.

Sul punto, ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 50-51: «Questa crescente commistione fra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità può dispiacere a chi sia affezionato alla vecchia distinzione: ma il rimpianto non può far velo alla registrazione obiettiva delle nuove tendenze. E poi, forse, c'è un modo per sdrammatizzarle. Esso consiste nello sdrammatizzare la stessa contrapposizione

Queste ragioni sono da ricondurre alla tutela del mercato concorrenziale e tracciano, come diremo tra breve, il nuovo sistema rimediale del diritto dei contratti, che porta necessariamente ad una diversa impostazione dei rapporti tra invalidità e risarcimento del danno da inadempimento delle obbligazioni.

5. Il punto di partenza della nostra riflessione è la concezione del contratto concluso a condizione inique per una delle parti quale contratto affetto da illiceità della causa.

La correttezza economica, infatti, è regola di comportamento che esprime i valori fondanti di un sistema economico di mercato aperto ed in libera concorrenza, al vertice dei quali vi è sempre il supremo meta-valore della dignità umana.

L'azione economica dei privati, che aspira a divenire atto giuridico di autoregolamento dei loro interessi patrimoniali, deve essere incanalata, sin dalla fase precontrattuale, lungo gli argini tracciati dalla conformità di essa alla struttura concorrenziale del mercato.

In particolare, la correttezza economica nella fase di formazione del contratto vincola le parti al rispetto dei principi costituzionali di libertà di iniziativa economica privata, di solidarietà e, soprattutto, di eguaglianza sostanziale, che assicurano la libertà e la consapevolezza delle scelte negoziali di esse.

Questi principi tutelano, di regola, l'interesse di ciascun contraente alla massimizzazione del profitto ricavabile dall'operazione economica; ma può anche accadere che l'interesse di una parte sia assolutamente disancorato dal suddetto scopo, onde il sacrificio patrimoniale di una parte sia giustificato da ragioni affettive e non economiche ⁽⁴⁶⁾.

fra i due ordini di regole, stemperandola in una più generale categoria unitaria nella quale l'uno e l'altro possono trovare collocazione comune: la categoria di rimedio contrattuale. Dire che un contratto è invalido significa quasi sempre, in definitiva, accordare tutela all'interesse di una parte (quella che aspira a liberarsi dal vincolo contrattuale) contro l'altra; non troppo diversamente da come si tutela l'interesse di una parte contro l'altra, quando si dice che quest'ultima ha violato un obbligo di comportamento e ne risponde verso la prima. Certo, cambia il modo tecnico del rimedio (della tutela dell'interesse): ma sempre di rimedio (di tutela di interessi) si tratta».

⁽⁴⁶⁾ Questa circostanza è ben presente nel libro I del Progetto preliminare del codice europeo dei contratti elaborato dalla Accademia dei giusprivatisti europei presieduta dal prof. Giuseppe Gandolfi: cfr. ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPEENS, *Code Européen des Contrats, Avant-projet. Livre I*, a cura di Gandolfi e Gatt, Milano, 2004, 727, ove all'art. 156, comma 5°, in tema di azione di rescissione (prevista dall'art. 30, 3° comma, quale rimedio all'abuso di soggezione economica o morale nel contratto), si enuncia espressamente che «L'intenzione o comunque la consapevolezza

Ciò significa che l'equità dello scambio non coincide con la proporzionalità delle prestazioni a carico delle parti dal punto di vista economico. La proporzionalità è un concetto relativo, riferibile soltanto alla volontà, libera e consapevole, delle parti.

Equilibrio del contratto, nei contratti soggetti a trattativa, è sinonimo di rispetto della volontà di entrambe le parti nella determinazione del contenuto economico e/o normativo del rapporto; nei contratti per adesione, invece, equilibrio del contratto denota il rispetto degli obblighi formali di trasparenza a carico del predisponente, mentre, nei contratti ad offerta monopolistica, esso si traduce nel rispetto delle condizioni contrattuali vigenti in un mercato di confronto concorrenziale.

In tutti questi casi il comune denominatore è costituito dalla *protezione* degli interessi delle parti così come emergono dalla relazione instaurata tra le stesse per la conclusione del contratto.

Orbene, noi riteniamo che la nullità relativa di protezione sia divenuta una regola generale posta a tutela dell'efficienza dei contratti e del mercato concorrenziale ⁽⁴⁷⁾.

Non vi è, a parer nostro, alcuna incoerenza sistematica di tale rimedio, come conseguenza della violazione della correttezza, quale regola di comportamento, specie se la nullità di protezione si raffronti con l'altro rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento ⁽⁴⁸⁾.

di una parte di abusare della situazione di inferiorità o di inesperienza della controparte possono risultare dalle circostanze; *ma devono comunque escludersi* nei contratti aleatori e qualora la controparte medesima abbia manifestato la volontà di versare un corrispettivo elevato a motivo della sua particolare affezione per l'oggetto del contratto, oppure se dai rapporti fra le parti sia dato dedurre che esse hanno voluto concludere un contratto misto, a titolo sia oneroso che lucrativo» (il corsivo è nostro).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. DI MAJO, *Il contenuto del contratto*, in Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 13^a ed., Torino, 2006, 594, secondo cui «non sembra peregrino affermare che il principio della tutela del consumatore abbia finito con l'assumere una valenza primaria all'interno dell'ordinamento tanto da assurgere a canone di un ordine pubblico che, superando la tradizionale essenza di mero limite dell'autonomia negoziale rispetto ad una congerie di principi generali dell'ordinamento giuridico e discostandosi dai principi rigorosamente liberisti diviene, attraverso una serie di interventi di direzione del mercato e di protezione del contraente economicamente debole, ordine pubblico di protezione proteso a perseguire, attraverso lo strumento negoziale, una politica dirigistica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori».

V. anche DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo 7, Torino, 2002, 128.

Sul punto, cfr. le acute osservazioni di SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 119 ss., spec. 142-143.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, cit., 376 ss.

Si tratta, infatti, fondamentalmente di porre una chiara distinzione tra due diverse accezioni della correttezza:

- a) correttezza *in executivis* (art. 1375 c.c.);
- b) correttezza *in contrahendo* (art. 1337 c.c.).

Certamente, nell'ipotesi *sub a*) il comportamento scorretto di una delle parti si traduce in un difetto *funzionale* del sinallagma.

Infatti, secondo l'opinione preferibile, dalla correttezza *in executivis* nascono obblighi integrativi per l'attuazione del rapporto contrattuale. Deriva che l'inadempimento dell'obbligo di correttezza costituisce giocoforza un inadempimento del contratto. Il rimedio più appropriato è, dunque, la risoluzione del contratto *ex art.* 1453 c.c. ⁽⁴⁹⁾.

Nell'ipotesi *sub b*), invece, il comportamento scorretto nel corso delle trattative comporta un difetto *strutturale* del contratto, perché esso nasce con causa illecita *ab origine*. La nullità, tuttavia, è relativa, perché essa non ha natura di sanzione, bensì di rimedio.

Ciò perché la sproporzione o squilibrio di valore tra le prestazioni è un dato che dev'essere apprezzato dalle parti nel momento in cui viene scoperta la sua derivazione dal comportamento scorretto di una di esse.

L'equilibrio del contratto, in altri termini, non è un dato oggettivo che può essere rilevato da chiunque vi abbia interesse, fatti salvi, in ogni caso, gli effetti della trascrizione della domanda diretta a far dichiarare la nullità *ex art.* 2652, n. 6, c.c.

In linea generale, pertanto, la mancanza di equilibrio nel contratto pregiudica il contraente «debole» solo se questi ritenga che il suo interesse non possa essere soddisfatto perché il regolamento non lo consente in alcun modo.

Questa valutazione vale anche per le clausole vessatorie nei contratti del consumatore, ove il significativo squilibrio tra le prestazioni è indice di una condotta scorretta (v. art. 33, comma 1, d. lgs. n. 206/2005).

FRANCESCO SCAGLIONE

⁽⁴⁹⁾ In tal senso, v. Cass., 29 maggio 2006, n. 12801.

TRIBUNALE DI TERNI – 16 agosto 2006 (sent.) – Pres. VILLANI – Est. DE LUCA – P. N. (avv. Lorenzini) c. F. S. (avv. Orsini), E. N. (avv. ti Strinati e Clericò) e altri.

Filiazione - Dichiarazione giudiziale di paternità - Filiazione naturale - Filiazione adottiva - Genitore naturale - Rapporto successorio ex lege - Sussistenza - (c.c. artt. 250, 253, 269-279; L. 184/83 artt. 11 e 27)

È successore legittimo mortis causa il soggetto che, nonostante fosse stato dato in adozione appena nato, abbia ottenuto la dichiarazione giudiziale di paternità nei confronti del genitore naturale defunto la cui successione legittima si sia già aperta nei confronti degli eredi (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione del 26.04.2003 P. N. chiedeva che il Tribunale:

- dichiarasse che F. N. era suo padre ordinando all'Ufficiale dello Stato Civile di Perugia di effettuare l'annotazione nel relativo atto di nascita;
- dichiarasse che P. N. era l'unico erede del defunto F. N. e che esso attore era proprietario degli immobili siti in (*Omissis*) con ordine ai convenuti di restituire le somme ed i titoli depositati presso la Banca (*Omissis*) e dei beni mobili ed immobili oggetto dell'eredità del defunto F. N..

Esponeva il N. di essere nato a (*Omissis*) il (*Omissis*) da donna rimasta incognita, che ad esso venne dato il cognome A. ed affidato al brefotrofo; che successivamente era stato affidato ai Sig.ri P. N. e poi adottato dagli stessi; che da adulto era venuto a conoscenza di essere figlio di F. N., nato a (*Omissis*) il 17.01.1924 e deceduto il 19.11.2000 vittima di un suicidio, e di V. L. che aveva formato una sua famiglia mentre il N. si era sposato con N. V., deceduta il 27.11.1998; che i coniugi N., con il consenso dei genitori adottivi, avevano deciso di fare conoscere ad esso attore il proprio padre naturale; che quindi esso attore aveva appreso che il signore che si presentava a casa dei suoi genitori, che lo andava di tanto in tanto a prendere a scuola era suo padre; che i rapporti si erano sempre più intensificati; che esso fosse figlio del N. emergeva dalla lettera scritta dal N. alla famiglia adottiva, dalla lettera scritta dal parroco di (*Omissis*) ad esso esponente, da foto che dimostravano la forte somiglianza, dalle analisi dei polimorfismi del DNA effettuata da esso attore; che esso attore intendeva promuovere l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità avendo avuto l'autorizzazione dal Tribunale a ciò esposto; citava in giudizio N. A., N. L., N. E., S. F., S. G., S. M. C., S. S., in qualità di eredi di N. L., T. N. detta M. per sentire accogliere le conclusioni di cui sopra.

Si costituiva F. S. deducendo l'improponibilità della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità essendo pendente il termine per proporre reclamo contro il decreto di ammissibilità dell'azione, posto che il decreto non era stato notificato da N. P. alle controparti, eredi di N. F.; che nel merito non era vero che il N. fosse conosciuto in (*Omissis*) come figlio naturale di N. F. essendo conosciuto come nipote di N. V.; che l'esame del DNA aveva natura meramente probabilistica.

Si costituiva anche N. E. tramite il curatore G. R. deducendo la carenza di legittimazione passiva non avendo mai accettato l'eredità di N. F. né avendo mai compiuto atti di ingerenza nel patrimonio ereditario; che, anzi, essa aveva addirittura rinunciato all'eredità in oggetto l'11.03.2004 con atto ricevuto dal Cancelliere del Tribunale di Terni.

La convenuta chiedeva l'estromissione ed, in subordine, la reiezione della domanda volta alla restituzione delle somme.

Gli altri restavano contumaci all'udienza del 15.11.2004, ove si disponeva la riunione con la causa recante il N.R. 1403/04 stante la connessione oggettiva e soggettiva.

Con atto di citazione del 26.04.2004, dopo aver esposto le circostanze già indicate nell'atto di citazione di cui si è detto, P. N. deduceva che il termine per il reclamo avverso il decreto del Tribunale che aveva concesso l'autorizzazione ex art. 274 c.c. era scaduto; che, pertanto, ciò rendeva possibile l'esercizio del potere derisorio del Giudice nella causa pendente e legittimava, comunque, esso N. a proporre l'azione; che esso N. aveva, peraltro, interesse a proporre azione di petizione dell'eredità ai sensi dell'art. 533 c.c. nei confronti dei convenuti possessori dei beni ereditari; che i due giudizi dovevano essere riuniti; ciò esposto, premesso che L. N., sorella del *de cuius* F. N., era deceduta lasciando propri eredi F. W. C. e J. F. C., citava gli stessi, nonché N. A. ed E., S. F., G., M. C., S. quali eredi di N. L., nonché T. N. detta M. per sentire accogliere le domande; si costituiva, di nuovo, F. S. deducendo l'infondatezza della domanda in quanto non era vero che tra l'attore ed il defunto vi fossero rapporti intensi; che gli esami del DNA avevano una valenza meramente probabilistica e gli eredi di N. L., F. W. C. e J. F. C., con lettera del 07.10.2004 del legale dichiaravano di rinunciare alla successione di F. N. e di rinunciare ad intervenire nella causa. Gli altri convenuti non si costituivano. Espletata l'istruzione, la causa veniva ritenuta definitivamente in decisione alla udienza del 22.05.2006 (*Omissis*).

Dalla attività istruttoria svolta e nella fase di ammissione del N. alla proposizione dell'azione di riconoscimento e nel presente giudizio sono emersi elementi che dimostravano il fondamento della domanda del N.. Dalle testimonianze dei testi si evince, invero, che era conosciuta la circostanza che l'attore era figlio naturale di F. N. che aveva intrattenuto ed intratteneva rapporti con l'attore. Significativa è la testimonianza

della madre adottiva di P. N. che ha dichiarato di aver conosciuto il Sig. N. in quanto lo stesso era andato presso la sua abitazione e “confessato che voleva il bambino nato da un rapporto extraconiugale in quanto anche lui non aveva avuto figli e pertanto si era pentito di averlo abbandonato” (teste B. T., vedova N.).

La consulenza tecnica disposta dal Tribunale onde accertare sulle analisi di marcatori genetici la paternità ha permesso di potere affermare che “la paternità di F. N. nei confronti di P. N. è da considerarsi provata al di là di ogni ragionevole dubbio”. Deve dichiararsi che F. N. è il padre naturale di P. N. e che, pertanto, quest’ultimo è l’erede di F. N..

In ordine alla domanda tesa a sentire dichiarare che l’attore è proprietario dei beni immobili e mobili relitti dal defunto padre naturale, deve rilevarsi come nulla sia stato provato dall’attore in ordine alla titolarità in capo al defunto dei beni indicati nella citazione, onde il Tribunale non può affermare che l’attore è proprietario dei beni indicati nell’atto.

Le spese e competenze, stante la natura del giudizio, possono compensarsi tra l’attore ed il convenuto costituitosi. Le spese della CTU vanno poste definitivamente a carico dell’attore.

PQM

Definitivamente pronunciando tra le parti così provvede: dichiara che F. N., nato a (*Omissis*) il 12.11.1919 era il padre naturale di P. N. nato a (*Omissis*) il 25.06.1946, ordinando al competente Ufficiale di Stato Civile di provvedere alla annotazione della sentenza; dichiara che P. N. è l’erede di F. N.; rigetta il capo di domanda relativo alla declaratoria di proprietà in capo all’attore dei beni immobili e mobili asseritamente di proprietà del defunto; compensa tra le parti le spese e competenze; pone definitivamente a carico dell’attore le spese di CTU.

(1) La successione del figlio adottivo al padre biologico tra riconoscimento giudiziale di paternità *post mortem* e *status* di filiazione.

1. La sentenza proposta contiene la pronuncia in primo grado del Tribunale di Terni sulla domanda di dichiarazione giudiziale di paternità naturale a norma dell’art. 269 c.c. esperita da un soggetto che venne dato in adozione, appena nato, dal genitore naturale. La madre dell’attore rimase ignota e il padre biologico non era legato a costei da vincolo matrimoniale – né lo è mai stato –, tanto che non vi fu un riconoscimento del generato.

L’attore venne, quindi, affidato all’assistenza di un brefotrofo ed, in seguito, dato in cura ad una coppia di coniugi i quali lo adottarono dopo un periodo di prova.

In tale modo l'istante acquisì lo *status* di figlio adottivo senza mai essere stato figlio naturale riconosciuto, tantomeno legittimo, dei soggetti che lo procrearono.

Della propria situazione egli venne a sapere da adulto, avendo, tuttavia, incontrato il padre biologico svariate volte nel corso della giovinezza e, sempre con il consenso dei genitori adottivi, avendovi intrattenuto rapporti di affetto e frequentazione.

Dopo molti anni il padre dell'attore morì senza lasciare discendenti diretti, dando luogo all'apertura di una successione nei confronti degli altri parenti superstiti ma non verso costui.

L'attore non poteva, infatti, figurare tra gli eredi legittimi e necessari del presunto padre biologico, attesa la mancanza di un suo *status* di figlio naturale a fronte dell'ormai acquisita qualità di figlio legittimato della coppia che lo aveva adottato.

Fu solo dopo l'apertura della successione del preteso padre che venne intrapresa dall'attore l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità ex art. 269 c.c. nei confronti degli eredi del genitore biologico. Poiché quest'ultimo era morto qualche anno prima, i legittimati passivi nella detta azione furono gli eredi dello stesso, ossia i fratelli e sorelle del *de cuius* nonché i figli di questi.

L'azione *de qua* mirava, pertanto, ad ottenere il riconoscimento giudiziale dello *status* di figlio naturale del *de cuius* e, pertanto, a conseguire il titolo per divenire erede legittimo dello stesso ed ottenere la quota di patrimonio spettante.

Quando la detta azione ex art. 269 c.c. fu esperita, sussisteva ancora la necessità di un preventivo accertamento della presenza di specifiche esigenze tali da farla apparire giustificata, oltre ai requisiti di *fumus boni iuris* della domanda e all'interesse affettivo ed economico del figlio agente.

L'istante ebbe la prescritta autorizzazione dal Tribunale adito e poté così convenire in giudizio davanti al Giudice di Terni i soggetti eredi del preteso padre.

Nella stessa citazione l'attore, oltre alla dichiarazione di paternità naturale ed al conseguente ordine di annotazione nell'atto di nascita, chiese anche l'accertamento e la dichiarazione della sua "qualità di erede" del preteso padre naturale e la conseguente dichiarazione di "essere divenuto proprietario" di tutti i beni facenti parte dell'asse ereditario attribuiti agli eredi legittimi.

Dopo aver stabilito che la causa instaurata dovesse riunirsi con un'altra connessa, sia sul piano soggettivo che oggettivo, in precedenza avviata dallo stesso attore, il Giudice di primo grado, assunte le varie prove richieste, pronunciò la sentenza in esame riconoscendo lo *status* di figlio naturale del defunto padre in capo all'attore ed affermando che egli ne era anche erede.

Rigettò, tuttavia, la richiesta di declaratoria della proprietà dei beni ereditari già destinati agli eredi legittimi al tempo dell'apertura della successione.

La motivazione della decisione di accoglimento adottata dal Tribunale di Terni si riferisce fondamentalmente alla prova inequivocabile fornita dal risultato del c.d. test del DNA in ordine alla identità strutturale del patrimonio genetico del preteso padre con quello del figlio istante.

Venne, inoltre, assunta la testimonianza della madre adottiva, che riferì la circostanza della confessione fattale dal preteso padre naturale dell'attore, il quale le disse che «voleva il bambino nato da un rapporto extracongiugale in quanto anche lui non aveva avuto figli e pertanto si era pentito di averlo abbandonato».

Con riguardo alla domanda di “dichiarazione della acquisita proprietà di tutti i beni facenti parte dell'asse ereditario”, il Tribunale di Terni ha disposto il rigetto con la motivazione della “mancanza di prova del fatto che gli stessi fossero appartenuti al *de cuius*”.

2. Nel caso di specie l'Autorità Giudiziaria adita ha dichiarato, a seguito di domanda *ex art.* 269 c.c., che l'attore era figlio naturale del padre biologico e che, pertanto, lo stesso istante poteva succedere a questo *mortis causa*.

Il fatto della procreazione naturale affermato in sentenza è stato provato in modo inequivocabile dalle risultanze del test del DNA, ma la questione giuridica richiede un esame sotto l'aspetto della compatibilità tra *status* di filiazione.

Si nota, infatti, come l'attore rivestisse già lo *status* di figlio adottivo di una coppia di genitori adottivi e non avesse avuto un riconoscimento da parte di genitori naturali. La madre, infatti, decise di rimanere ignota ed il padre biologico non assunse mai nei rapporti con l'istante la funzione paterna, avendolo affidato ad un brefotrofo subito dopo la nascita senza mai prendersene cura.

Dopo aver disposto l'ammissibilità del giudizio di dichiarazione di paternità a norma dell'art. 274 c.c., il Tribunale di Terni ha proceduto alla valutazione della questione giuridica attinente alla possibilità di dichiarare lo *status* di figlio naturale del preteso padre defunto.

Tale giudizio preventivo aveva la funzione di accertare che chi agiva per la dichiarazione di paternità naturale avesse un'esigenza tale da far apparire giustificata la domanda oltre che evitare le liti temerarie.

Ciò è stato fatto sulla base della raggiunta prova genetica della paternità biologica, e grazie alla testimonianza della madre adottiva dell'attore che aveva ricevuto la confessione dal padre naturale di questo.

Inoltre, l'Autorità Giudiziaria motiva l'accoglimento della domanda con la c.d. prova della *fama*. In particolare è stato rilevato dalle testimonianze che nell'ambiente in cui l'attore viveva era conosciuta la circostanza che questi fosse figlio naturale del presunto padre.

Si nota, quindi, che il Tribunale adito non ha ritenuto che lo *status* di figlio adottivo rivestito dall'attore integrasse una causa di inammissibilità del riconoscimento in capo allo stesso dello *status* di figlio naturale. Più semplicemente la sentenza riportata ha determinato il cumulo in un unico soggetto di due diversi *status* giuridici di filiazione.

L'effetto di questa pronuncia, oltre al riconoscimento di uno *status* di

filiazione diverso, è stata la “dichiarazione dell’acquisto della qualità di erede” da parte dell’attore. Ciò sarebbe, a detta del Tribunale, una conseguenza della dichiarazione dello *status* di figlio naturale.

Tuttavia, *in primis*, non si comprende come l’acquisto della qualità di erede e della relativa quota ereditaria sia possibile senza l’accettazione prescritta dall’art. 459 c.c., e, in secondo luogo, quale rilievo possa avere, ai fini del *thema decidendum*, l’asserita mancanza di titolarità della proprietà dei beni ereditari in capo al *de cuius*. Infatti, come diremo tra breve, l’impossibilità della coesistenza dei due *status* di figlio naturale e di figlio adottivo, impedirebbe in radice l’accoglimento della domanda attorea.

Ciononostante, la domanda è stata rigettata dal Tribunale in base ad una motivazione che attiene esclusivamente alla mancata prova della proprietà dell’asse ereditario in capo al *de cuius*.

Ad ogni modo, la sentenza riportata offre lo spunto per alcune riflessioni di ordine generale sulle problematiche scaturenti dai diversi *status* di filiazione biologica ed adottiva normalmente contrapposti.

In una prospettiva diacronica, già nelle fonti romane compare la categoria generale dei *Filii naturales* con riferimento a tutti coloro la cui procreazione era avvenuta in matrimonio o in un’unione libera, in contrapposizione a quella di *Filii adoptivi*⁽¹⁾, il cui *status*, invece, non dipendeva dal fatto naturale della generazione.

Da questa premessa storica è facile intuire come, ancor oggi, i due *status* contrapposti non possano convivere, essenzialmente per il fatto che nel primo v’è un rapporto di sangue, assente, invece, nel secondo.

Questa marcata differenza tra i due *status* ha fatto sì che il legislatore abbia previsto a tutela del figlio non legato biologicamente al genitore adottivo un’importante conseguenza: la legittimazione.

La l. 4 maggio 1983, n. 184 (l. ad.) sull’adozione, successivamente modificata ad opera della l. 28 marzo 2001, n. 149, prevede, infatti, all’art. 27, che l’adottato acquisti lo *status* di figlio legittimo per effetto dell’adozione c.d. legittimante.

L’inevitabile differenza tra i due *status*, tuttavia, non comporta alcun declassamento, sul piano dei diritti, del figlio adottivo rispetto a quello legittimo o naturale. Anzi, il figlio adottivo è maggiormente tutelato rispetto a quello naturale, dal momento che, con l’adozione, il primo assume lo *status* di figlio legittimo del genitore adottante con ogni conseguente diritto. Ciò, del resto, emerge sia dal tenore della legge che dalla giurisprudenza formatasi in materia, ove si rinviene un’attenzione costante alla salvaguardia delle ragioni del figlio adottivo, in tutto parificate a quelle del figlio legittimo⁽²⁾.

⁽¹⁾ PALAZZO, *La filiazione*, Milano, 2007, 433, ove amplia bibliografia sulle fonti del diritto romano.

⁽²⁾ Si veda per tutte Cass., 1 aprile 2005, n. 6365, con nota di SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S. C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo status di figlio legittimo altrui*, in *Fam e dir.*, 2005, 27.

Nel caso in esame si vede come l'attore non abbia mai acquisito lo *status* di figlio naturale riconosciuto. Tale *status* non sarebbe, quindi, mai venuto ad esistere per il fatto che esso non rappresenta una conseguenza automatica della nascita, ma dipende dalla dichiarazione del genitore nell'atto di nascita ovvero da un successivo riconoscimento ⁽³⁾.

Nel caso in esame l'attore venne adottato quando era minore, determinando, così, l'interruzione di ogni rapporto giuridico con i genitori biologici.

L'avvenuta adozione permette di intraprendere la delicata questione dell'affezione esistente tra i soggetti del rapporto adottivo. Può, infatti, affermarsi che il rapporto affettivo che lega il figlio al padre adottivo, nonostante non ne sia genitore naturale, rivesta fondamentale importanza.

Vi è, infatti, un interesse reciproco al rapporto affettivo che è tanto più forte quanto maggiore sia la consapevolezza che ciascun soggetto di questo legame abbia dell'origine altruistica dello stesso.

Non sembra, pertanto, eticamente corretto impedire ad un adottato di conoscere la propria origine biologica, così come non può negarsi la rilevanza dell'affezione venutasi a creare in un rapporto adottivo.

In questa prospettiva, la questione centrale è se sia possibile consentire l'acquisto dello *status* di figlio naturale da parte di un soggetto che riveste un diverso *status*, giuridicamente certo, di figlio adottivo legittimato.

La problematica che ne consegue attiene alla questione giuridica ed etica collegata al conflitto tra verità biologica e verità giuridica ⁽⁴⁾.

In particolare, la verità biologica è quella resa tale dalla dimostrazione della paternità mediante il risultato positivo della prova del DNA, mentre la verità giuridica è quella conseguente al perfezionamento dell'adozione ⁽⁵⁾.

Sorge, così, un conflitto relativo a quale delle due verità debba prevalere, atteso che il figlio potrebbe avere interesse affettivo o patrimoniale sia all'una che all'altra. Non trascurabile è, infatti, la possibile necessità di reperire informazioni biologiche utili nel trattamento di malattie, ovvero certezze giuridiche per poter affermare pretese patrimoniali.

Non pochi sono i casi in cui un soggetto dotato di *status* di figlio legittimo altrui voglia accertare la verità biologica al fine di richiedere gli alimenti al presunto padre naturale ⁽⁶⁾.

Si può, pertanto, affermare che vi sia un interesse superiore alla certezza dello *status* di filiazione tanto in capo al figlio, quanto nei riguardi del padre o della madre.

Vi sono diverse azioni dirette al perseguimento di questa certezza, sia essa giuridica che biologica, e ad ottenere definitivamente uno *status* di filiazione con i conseguenti effetti giuridico-patrimoniali-affettivi.

⁽³⁾ Lo si desume dalla lettura degli artt. 250, 253 e 254 c.c.

⁽⁴⁾ PALAZZO, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁵⁾ PALAZZO, *op. cit.*, 239 ss.

⁽⁶⁾ PALAZZO, *op. cit.*, 255.

Nel caso di specie si tratta dell'azione diretta ad ottenere la c.d. verità naturale della procreazione e conoscere così l'identità, sino a quel momento, presunta del genitore.

Condizione essenziale per esperire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità naturale è la riconoscibilità del soggetto istante. In particolare, l'attore può essere riconosciuto solo in conformità all'art. 253 c.c., ossia quando ciò non contrasti con lo *status* di figlio legittimo o legittimato in cui il soggetto si trovi, ossia quando questo non abbia già uno *status* di filiazione incompatibile ⁽⁷⁾.

Pertanto, può affermarsi che nel caso in cui si proceda preventivamente ad un disconoscimento della paternità *ex art.* 244 c.c., ovvero di revoca dell'adozione, venga meno l'incompatibilità.

L'azione *de qua* resta, inoltre, esclusa quando il figlio sia frutto di una relazione incestuosa così come risulta dalla lettura dell'art. 251 c.c., salvo che i genitori avessero ignorato il vincolo al tempo del concepimento ovvero che fosse stato dichiarato nullo il matrimonio da cui derivava l'affinità.

Nella fattispecie di cui si parla, l'azione di cui all'art. 269 c.c. venne esperita da un soggetto che rivestiva lo *status* di figlio adottivo non preventivamente revocato ⁽⁸⁾. Solo quest'ultimo fatto avrebbe messo l'attore in condizione di intraprendere l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità naturale *ex art.* 269 c.c..

Inoltre, fino al 2006, l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità era subordinata *ex art.* 274 c.c. all'accertamento preventivo della sussistenza, oltre ai requisiti del *fumus boni iuris* della domanda e all'interesse affettivo ed economico del figlio, di specifiche esigenze tali da farla apparire giustificata. In assenza di tale presupposto, l'aspettativa al riconoscimento dell'origine naturale dell'istante risultava frustrata prima ancora che l'azione potesse iniziarsi ⁽⁹⁾.

Tuttavia, la sentenza n. 50/06 ⁽¹⁰⁾ della Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 274 c.c. per il pericolo di lesione dei diritti dei figli c.d. non matrimoniali rispetto a quelli nati in costanza di matrimonio, rendendo inoperativo l'obbligo di preventivo accertamento.

⁽⁷⁾ PALAZZO, *La filiazione*, cit., 474.

⁽⁸⁾ Ciò può avvenire solamente nei casi tassativamente previsti dalla legge; v. CATTANEO, *Adozione*, in *Dig. Disc. Priv.* – Sez. civ., I, Torino, 1987, 123.

⁽⁹⁾ Corte Cost., 19 giugno 1997, n. 216, in *Foro it.*, 1998, I, 38.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte Cost., 10 febbraio 2006, n. 50. La sentenza ha dichiarato incostituzionale l'art. 274 c.c. perché la previsione del preventivo giudizio di delibazione sull'ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità esperita da parte di un maggiorenne contrastava con l'art. 3, co. 1, Cost. circa la disparità di trattamento dei figli non matrimoniali rispetto a quelli matrimoniali nell'accertamento dello *status*. Inoltre, contrastava con gli artt. 2, 24 e 30 Cost. per l'obiettivo ostacolo alla tutela dei diritti fondamentali dei figli naturali che potrebbe derivare dal preventivo giudizio di ammissibilità.

Molto importanti, inoltre, sono ritenuti gli scopi soggettivi di colui che intende essere riconosciuto, tanto che, nel caso in cui l'azione ex art. 269 c.c. abbia fini preminentemente patrimoniali, sarà possibile, oltre che più corretto e facile ⁽¹¹⁾, esperire l'azione di mero accertamento ex art. 279 c.c. per ottenere il mantenimento, anche a carico dell'eredità, del figlio naturale senza ottenere il relativo *status*.

Quanto agli aspetti probatori della questione in esame va rilevato come la sola prova medica del DNA sarebbe stata sufficiente per fondare, al di là di ogni ragionevole dubbio, la decisione di accoglimento della domanda attorea.

Allo stato attuale della scienza, infatti, la sovrapposibilità del patrimonio genetico dell'attore con quello del preteso padre è ormai ritenuta la prova regina in tutte le azioni di accertamento della genitura biologica, tanto da rendere superflue le altre risultanze probatorie.

Tuttavia, dalla motivazione si nota che la pronuncia in esame si è basata anche su diverse altre prove, tra cui la lettera che il presunto padre aveva scritto alla famiglia adottiva dell'attore, la testimonianza della madre adottiva che ha riferito la confessione fattale dal genitore naturale, e le cc.dd. prove della *fama* e del *tractatus*.

Queste ultime due in particolare sono le tradizionali prove poste a carico dell'attore nei giudizi diretti al riconoscimento della genitura naturale, tra i quali la dichiarazione giudiziale di paternità ex art. 269 c.c..

Quanto alla *fama* essa si riferisce alla considerazione come figlio del presunto padre di cui il soggetto che domanda il riconoscimento ha goduto da parte dei terzi nei rapporti sociali e familiari.

Il *tractatus* consiste nel trattamento da parte del preteso genitore del soggetto istante come figlio proprio con tutti i conseguenti diritti e doveri reciproci.

In ordine alla legittimazione passiva dei soggetti nei cui confronti far valere il diritto al riconoscimento dello *status* di figlio naturale bisogna considerare il caso in cui il preteso padre sia deceduto, come nella fattispecie in esame.

A norma degli artt. 269 e 276 c.c., in un giudizio diretto alla dichiarazione di paternità naturale, l'istante può agire, in mancanza del presunto genitore naturale, contro gli eredi di questo.

Tuttavia, tenuto conto del tenore delle norme in esame si può affermare che ciò debba incontrare un necessario limite negli eredi diretti del preteso padre naturale ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Si ritiene, infatti, che l'azione non necessiti di far prima cessare lo *status* di adottivo legittimato in capo al richiedente gli alimenti.

⁽¹²⁾ Cass., S.U. 3 novembre 2005, n. 21287, in *Corr. giur.*, 2006, III, 347, con nota di FERRANDO, *Diritto allo status e legittimazione passiva nella dichiarazione giudiziale di paternità*.

Nel caso in esame mancano, infatti, sia gli ascendenti che i discendenti del defunto padre, mentre vi sono fratelli e sorelle dello stesso nonché gli eredi di questi, i quali, come si è detto, non sono certo eredi diretti *de cuius*.

L'affermazione vale ad escludere che gli eredi degli eredi rientrino nella categoria dei legittimati passivi all'azione esperita dall'attore per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale *ex artt. 269 e 276 c.c.*, essendo tali solo i fratelli e le sorelle ancora in vita.

Tutto quanto è stato detto porta a trarre una conseguenza, ossia che il permanere delle disuguaglianze tra figli basate sulla sola circostanza del mancato riconoscimento è causa di iniquità ⁽¹³⁾.

È pur vero che nel caso di specie vi è incompatibilità tra lo *status* posseduto e quello richiesto, ma ciò è giustificato dalla adozione e dalla tutela della affettività venutasi a creare nel nuovo nucleo familiare.

Le disuguaglianze, tuttavia, si presentano nell'ambito del confronto tra figli legittimi e naturali e formano oggetto del disegno di legge presentato in Parlamento nel corso dell'attuale legislatura ⁽¹⁴⁾.

L'oggetto di tale intervento è quello di eliminare ogni residua ed iniqua differenza tra i diversi *status* di filiazione che attentino alla previsione Costituzionale di cui agli artt. 2 e 30.

Alla luce di quanto detto, non sembra, quindi, possibile individuare la qualità di erede del genitore naturale in un soggetto che rivesta lo *status* di figlio adottivo legittimato, essendo costui non riconoscibile secondo il combinato disposto degli artt. 250, 253 e 269 c.c..

Come si è detto, infatti, il figlio che assume la qualità di adottato non può assumere contemporaneamente anche un diverso *status* di figlio naturale o legittimo altrui, vigendo un principio di certezza dello *status*.

Al contrario, il soggetto che non possa esperire l'azione *ex art 269 c.c.* potrebbe domandare il mantenimento di cui all'art. 279 c.c., consistente nel diritto all'assegno alimentare per il figlio non riconoscibile. Ciò va, tuttavia, analizzato alla luce della compatibilità con la disposizione dell'art. 27, l. ad, che prevede un taglio netto dei rapporti dell'adottato con la famiglia di origine ad esclusione dei divieti matrimoniali.

La prestazione alimentare *de qua* viene posta a carico del genitore naturale il cui *status* non sia contestato ⁽¹⁵⁾ e, in caso di morte dello stesso, a carico dell'eredità attribuita agli eredi.

⁽¹³⁾ PALAZZO, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹⁴⁾ Si tratta del disegno di legge C. 2514 presentato il 12 aprile 2007 presso la Camera dei Deputati con il quale si tenta di ridisegnare la materia della filiazione nell'ottica di una sola distinzione tra figli matrimoniali e non matrimoniali. Sempre più pronunce della Consulta e della Cassazione si sono, infatti, allineate nel solco della ingiustizia delle distinzioni – seppur sottili – tra i figli che un soggetto può procreare con persone a lui legate da vincolo matrimoniale e non. Si veda sulla questione PALAZZO, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹⁵⁾ Si ammette, infatti, la domanda di accertamento *incidenter tantum* della

3. Nel caso che ha visto coinvolto l'attore vengono meno tutti i criteri legali di accertamento della paternità di un figlio come la classica presunzione legale di concepimento durante il matrimonio *ex art.* 232 c.c., nonché la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c., attesa la mancanza del necessario presupposto della generazione avvenuta da un padre biologico legato alla madre da vincolo matrimoniale. Costoro, infatti, non erano nemmeno stabilmente conviventi nel periodo del concepimento e, addirittura, la madre decise di non essere nominata nell'atto di nascita ⁽¹⁶⁾.

Sulla base di quanto già detto in precedenza si può comprendere perché, nel caso di specie, l'attore mirasse ad ottenere dal Giudice la dichiarazione di paternità naturale del preteso padre biologico.

Lo *status* di figlio naturale non è, infatti, un'automatica conseguenza della procreazione, ma è frutto di una dichiarazione del genitore nell'atto di nascita, il quale costituisce l'unico titolo della condizione di filiazione ⁽¹⁷⁾. Per questo motivo il soggetto istante non ha mai goduto di alcuno *status* di figlio riconosciuto del padre biologico.

Al contrario, la presenza dello *status* di figlio adottivo legittimato, *ex art.* 27, l. ad., in capo all'istante per l'azione di cui all'art. 269 c.c., esclude che questi possa non solo ottenere, ma anche domandare, la dichiarazione di *status* di figlio naturale senza prima aver ottenuto la revoca dell'adozione, fatto che consegue solo nei casi tassativi previsti dagli artt. 305-310 c.c. di indegnità dell'adottante o dell'adottato ⁽¹⁸⁾.

Si è già detto più volte, infatti, che l'adozione legittimante produce l'acquisto dello *status* di figlio legittimo degli adottanti ⁽¹⁹⁾ e la cessazione dei

genitura biologica al solo fine dell'adempimento degli obblighi a carico dei genitori.

⁽¹⁶⁾ Peraltro, si tenga conto che quando la madre chieda di non essere nominata nell'atto di nascita, viene meno il titolo per la presunzione legale di paternità di cui all'art. 231 c.c.. Inoltre, quando nemmeno il padre effettui la dichiarazione di nascita, il figlio risulta nato ma non si conosce la sua origine biologica, atteso che l'identità dei genitori viene tenuta celata sino a che costui non abbia raggiunto i requisiti di età maggiore di venticinque anni ovvero di diciotto in presenza di gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica. Cfr. art. 28, co. 5, L. 4 maggio 1983, n. 184 (l. ad.) così come modificata dalla L. 28 marzo 2001, n. 149. Cfr. anche Corte Cost., 5 maggio 1994, n. 171, in *Fam. e dir.*, 1994, 493, e Cons. di Stato, 12 gennaio 1971, n. 16, in *Foro it.*, 1971, III, 1, 496.

⁽¹⁷⁾ Il titolo dello *status* di filiazione è, infatti, l'atto di nascita nel quale una persona che abbia assistito al parto – un genitore o entrambi, il medico o altra persona – dichiara la nascita di un soggetto. L'atto può anche non contenere il riconoscimento da parte dei genitori e la madre può domandare di non essere nominata, ma il figlio non viene più dichiarato «di genitori ignoti». PALAZZO, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 152.

⁽¹⁸⁾ In argomento v. SCIARRINO, *Tutela del minore e comunità familiari nel sistema delle adozioni*, Napoli, 2003, *passim*.

⁽¹⁹⁾ Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo *status* di figlio legittimo dei genitori adottanti sia sul piano dei diritti personali che di quelli patrimoniali. I

rapporti con la famiglia di origine ⁽²⁰⁾. Tra le conseguenze più evidenti di questo effetto di legittimazione vi è il subentro dell'adottato fra gli eredi necessari e legittimi dei genitori adottivi *ex artt.* 536 e 567 c.c..

Proprio quest'ultima affermazione giuridica consentirebbe di escludere che il figlio legittimato dall'adozione, che sia erede dei genitori adottivi, possa annoverarsi tra i successibili *ex lege* (art. 565 c.c.) del preteso genitore naturale, ancorché quest'ultimo venga dichiarato tale *ex art.* 269 c.c..

La questione da analizzare riguarda, pertanto, la possibilità che venga ammessa, in un sistema giuridico ove la certezza del diritto è un principio cardine, la titolarità di due *status* di filiazione diversi e, di conseguenza, la possibilità di divenire erede del genitore naturale oltre che dei genitori adottivi.

Non è chiaro, infatti, se la titolarità dello *status* di figlio adottivo legittimato *ex art.* 27, l. ad., sia compatibile con la dichiarazione di paternità naturale del defunto padre biologico.

In una situazione così particolare verrebbero a scontrarsi due verità, una giuridica, derivante dalla adozione legittimante, e l'altra biologica ⁽²¹⁾.

Quale delle due verità debba prevalere è difficile da affermarsi, ma quello che è certo è che non appare verosimile la coesistenza di due *status* di filiazione tanto diversi come quelli di figlio naturale e figlio adottivo.

Pertanto, lo *status* di figlio adottivo dell'attore non sembra compatibile con la posizione affermata in sentenza perché vi osterebbe l'art. 253 c.c., che non ammette il riconoscimento in contrasto con lo *status* di figlio legittimo o legittimato ⁽²²⁾.

Appare evidente che il legislatore si riferisce alla categoria dei figli legittimi ovvero naturali legittimati, ma non va dimenticato che l'art. 27, co. 1, l. ad., riconduce all'adottato l'acquisto dello *status* di figlio legittimo dei genitori adottivi, con tutte le conseguenze, compresa l'impossibilità che questo possa ottenere uno *status* di filiazione diverso senza prima far cessare quello esistente.

Inoltre, sempre a norma dell'art. 27, ult. co., l. ad., non può trascurarsi l'affermazione della cessazione dei rapporti dell'adottato con la propria famiglia di origine ⁽²³⁾.

genitori adottanti devono, pertanto, esercitare la potestà, curare, istruire e mantenere l'adottato il quale ha tutti i diritti e tutti i doveri verso di essi. Inoltre, si istaura anche un diritto successorio dell'adottato verso gli adottanti. Anche in Corte Cost., 24 giugno 2002, n. 268, in *Foro it.*, 2003, I, 2933.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 24 novembre 1995, n. 12169, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 563, con nota di LAPERCHIA, *Interesse del minore ed irrevocabilità dell'adozione*.

⁽²¹⁾ PALAZZO, *op. cit.*, *passim*.

⁽²²⁾ A sostegno della tesi dell'incompatibilità v. l'opinione di PALAZZO, *La filiazione*, cit., 434, 475; in base all'art. 253 c.c. «in nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato in cui la persona si trova».

⁽²³⁾ L'elemento di maggiore spicco nella riforma dell'adozione operata dalla L. 431/67 fu la previsione della rescissione di ogni legame giuridico tra adottato e fami-

Nel caso di specie, inoltre, non può nemmeno parlarsi di famiglia atteso che questa non è mai venuta ad esistenza, essendo mancato un rapporto matrimoniale tra i genitori biologici dell'attore (art. 29 Cost.), dal momento che la madre è rimasta ignota ed il padre ha formato una propria famiglia con altra donna.

La dichiarazione giudiziale di paternità naturale è, infatti, soggetta ex art. 274 c.c. alla necessaria presenza di circostanze tali da farla apparire giustificata⁽²⁴⁾. Tali sarebbero, tra le altre, le esigenze descritte all'art. 279 c.c., consistenti nello stato di bisogno del soggetto agente che lo autorizza a domandare gli alimenti al genitore presunto.

Inoltre, secondo quanto detto finora, si trae la conseguenza che il soggetto che intenda ottenere il riconoscimento di uno *status* di filiazione diverso da quello in suo possesso, potrà esperire l'azione solo dopo aver fatto cessare lo *status* preesistente, incompatibile con quello domandato.

Nel caso di specie, pertanto, l'attore avrebbe dovuto conseguire prima la rimozione dello *status* di adottivo – nei casi tassativamente previsti – e solo dopo di ciò si sarebbe potuto ammettere al giudizio ex art. 269 c.c.

Si può ora comprendere che, nel caso esaminato, solo l'effetto derivante dalla sentenza dichiarativa della paternità naturale avrebbe permesso all'attore di acquisire lo *status* di filiazione che gli avrebbe dato il diritto di succedere al padre morto. A norma degli artt. 536, 566 e 567 c.c., infatti, solo i figli legittimi, naturali, legittimati sono successori necessari e legittimi.

Qualche dubbio potrebbe presentare l'affermazione operata dall'art. 279 c.c. che ammette, in ogni caso in cui non si possa agire a norma dell'art. 269 c.c., l'azione del figlio volta ad ottenere il mantenimento a carico del genitore naturale.

Secondo l'art. 279 c.c., infatti, «in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione»⁽²⁵⁾.

Si tratta di una previsione a vantaggio di tutti quei figli che, non avendo titolo per ottenere la dichiarazione di cui all'art. 269 c.c. si trovano, tuttavia, in condizioni di bisogno tali da richiedere l'ammissione di un diritto all'ottenimento degli alimenti dal genitore.

glia di origine al fine, eticamente elevato, di consentire a coppie di adottanti di legittimare gli adottati e conseguire effetti positivi sia per questi ultimi che per esse.

⁽²⁴⁾ Attualmente non più oggetto di un preventivo giudizio diretto a valutare l'ammissibilità dell'azione per effetto della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.

⁽²⁵⁾ Diverso, invece, è il caso del figlio, il quale versando in stato di bisogno, chieda l'assegno alimentare al genitore naturale, nei cui confronti non possa però esperire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità.

A tal fine si tratta di interpretare la suddetta norma per individuare la categoria degli aventi diritto al mantenimento.

La regola generale è che l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità non è consentita nei casi in cui il riconoscimento non è ammesso (art. 269 c.c.), ossia nei casi di figli incestuosi, salva la buona fede dei genitori (art. 251 c.c.); genitori che non abbiano compiuto il sedicesimo anno di età (art. 250, ult. co., c.c.); mancanza di assenso del figlio ultra sedicenne (art. 250, co. 2, c.c.); mancanza di consenso del genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, salva l'autorizzazione del Tribunale (art. 250, co. 3 e 4, c.c.); minori privi di assistenza morale e materiale per i quali siano intervenuti la dichiarazione di adottabilità o l'affidamento preadottivo (art. 11, u.c., l. ad.); di riconoscimento che si ponga in contrasto con lo stato di figlio legittimo o legittimato in cui la persona si trova (art. 253 c.c.)⁽²⁶⁾.

Ciò porterebbe ad affermare che in tutti questi casi sarebbe, invece, ammessa l'azione diretta ad ottenere gli alimenti.

⁽²⁶⁾ Sul punto v. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S. C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo status di figlio legittimo altrui*, cit., 28 ss., secondo il quale «Ai fini del discorso, il profilo rilevante è quello che concerne il fondamento della distinzione operata dalla Corte tra figli che “consapevolmente” hanno omesso di esercitare l'azione di disconoscimento, e figli che, invece, non l'hanno potuta intraprendere. A tale riguardo, deve in primo luogo rilevarsi che l'amplissimo tenore dell'art. 244 c.c., che fissa i termini dell'azione di disconoscimento, lascia spazio a ben poche ipotesi nelle quali il figlio non abbia la possibilità di agire per contestare la propria paternità: soprattutto con riguardo all'elevato grado di certezza che oggi si raggiunge attraverso le prove ematologiche e genetiche (art. 235, n. 3, c.c.). Più in generale, appare difficilmente giustificabile il criterio suggerito dalla Corte che poggia in definitiva sul principio del divieto di venire *contra factum proprium*, divieto di cui, nel contesto dei principi che regolano la filiazione non v'è traccia, e che anzi si fonda sul criterio della buona fede in senso oggettivo, la cui applicazione, propria dei rapporti obbligatori, mal si concilia con il carattere di indisponibilità dei diritti familiari, nel cui novero vanno ricompresi quelle di cui trattasi. A mio parere, dal combinato disposto degli artt. 253 e 279 c.c., non è dato distinguere casi in cui l'azione non possa proporsi per fatti riconducibili alla volontà dell'interessato; la legge vuole che, in omaggio ad una regola di rango costituzionale, colui che ha generato un figlio risponda nei suoi riguardi per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, e che il figlio abbia un'attribuzione successoria. Trattasi di diritti indisponibili in relazione ai quali non è ammessa alcuna rinuncia preventiva, tantomeno tacita o per *facta concludentia*. Ne consegue – una volta ammesso, giusta l'attuale indirizzo della Corte, che anche colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui può esigere il trattamento successorio conseguente alla morte del genitore naturale – che non appaiono corrette ulteriori indagini in ordine alle “ragioni” o “all'imputabilità” di tale condizione. Le richiamate sentenze della Suprema Corte si occupavano del diritto successorio del figlio non riconoscibile; tuttavia la decisione del 1986 – se pur in guisa di *obiter dictum* – affronta anche la questione dell'attribuzione dei diritti previsti all'art. 279 c.c., affermando che se il minore riceve già dai propri genitori legittimi mantenimento, educazione ed istruzione in misura ottimale, non ha certo interesse a chiederli ai genitori naturali.

Tornando, infine, alla questione in esame, si nota la contraddizione consistente nell'autorizzazione – ora, tuttavia, non più richiesta ⁽²⁷⁾ – all'azione di dichiarazione di paternità naturale da parte di un soggetto che ha già uno *status* di figlio adottivo e, pertanto, *ex art. 27, l. ad.*, non ha più rapporti con i genitori naturali ⁽²⁸⁾. Infatti, egli con l'adozione è assunto a rango di figlio legittimo dell'adottante, sia sul piano degli effetti personali che di quelli patrimoniali, assumendone anche il cognome ⁽²⁹⁾.

La conseguenza deducibile dall'avvenuto riconoscimento dello *status* di figlio naturale in capo al figlio adottato sarebbe, pertanto, la possibilità, per il figlio, di essere considerato successibile *ex lege* contemporaneamente di due diversi padri, quello adottivo e quello naturale.

In conclusione si può ritenere che il figlio adottivo non possa, alla luce del sistema vigente, assumere la qualità di erede legittimo del genitore naturale, giacché la sussistenza di un rapporto di natura successoria sarebbe esclusa *in radice* dall'altro *status* derivante dalla adozione che, come ricordato, fa cessare *qualsiasi* rapporto con la famiglia di origine. Né, tanto meno, il figlio adottivo potrebbe assumere lo *status* di figlio naturale giudizialmente dichiarato, essendo tale dichiarazione equiparabile al riconoscimento (artt. 250, 277, co. 1, c.c.) e, pertanto, inammissibile (art. 253 c.c. ed art. 27, l. ad.) ⁽³⁰⁾.

ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA

Analogo principio vale per il figlio maggiorenne che chiede gli alimenti. Ritiene. Dunque, la Corte che nel sistema vi sia spazio, nei limiti sopra indicati, per attribuire al figlio che pur risulti legittimo altrui, i diritti di cui all'art. 279 c.c.; conclusione che, per le ragioni tutte da me a suo tempo esposte mi pare del tutto condivisibile».

⁽²⁷⁾ L'obbligo di preventiva autorizzazione per l'esperibilità dell'azione di dichiarazione di paternità naturale previsto dall'art. 274 c.c. si è già ricordato come esso sia venuto meno a seguito della pronuncia n. 50 del 2006 della Consulta; ma la sentenza in commento risale ad una data anteriore alla suddetta dichiarazione di incostituzionalità.

⁽²⁸⁾ A norma dell'art. 27, L. 4 maggio 1983, n. 184. V. anche Cass., 24 novembre 1995, n. 12169, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 563.

⁽²⁹⁾ Cfr. Corte Cost., 24 giugno 2002, n. 268, in *Foro it.* 2003, I, 2933.

⁽³⁰⁾ PALAZZO, *La filiazione*, cit., 432.

DIRITTO PENALE

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 7 febbraio 2006 – *Pres. Est. Medoro*
– R. A.

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Riestradizione per l'estero – Riestradizione di imputato minorenni – Disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato – Inammissibilità (Cost., art 31; c.p.p., artt. 705 - 711).

Non può essere concessa la riestradizione di un soggetto minorenni all'epoca dei fatti per i quali è stato condannato, nel caso in cui il processo al quale lo stesso sia stato sottoposto da parte dello Stato richiedente risulti in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano volti alla tutela della condizione minorile (1).

(*Omissis*). Quanto, poi, alle ragioni che sorreggono la preannunciata reiezione della richiesta di riestradizione proposta dal Procuratore Generale, giova, anzitutto, richiamare, sia pure brevemente, il preciso disposto dell'art. 705 del codice di rito penale. Tale norma – la cui rubrica si intitola “Condizioni per le decisioni”, prevede, al primo comma, che, quando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente, la Corte di appello pronuncia sentenza favorevole all'estradizione se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna e se, per lo stesso fatto, nei confronti della persona della quale è domandata l'estradizione, non è in corso un procedimento penale né è stata pronunciata sentenza irrevocabile nello Stato. La stessa norma prevede, poi, al secondo comma, che la Corte di appello pronuncia comunque sentenza contraria all'estradizione:

a) se per il reato per il quale l'estradizione è stata domandata, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura i diritti fondamentali;

b) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato;

c) se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta agli atti, alla pena e ai trattamenti indicati nell'art. 698 comma 1.

Orbene la Corte ritiene che nella fattispecie in esame ricorrano proprio le condizioni ostative alla riestradizione del R. delineate nel secondo comma della norma sopra citata e, segnatamente, quelle previste dalle lettere a) e b).

Per convincersi di ciò, è sufficiente rilevare due precise circostanze assolutamente certe, ricavabili dagli atti e dai documenti trasmessi dalle stesse autorità albanesi e prodotti dal Procuratore Generale a sostegno della propria richiesta.

La prima di tali circostanze attiene all'età che l'estradando aveva all'epoca in cui commise i reati di tentato omicidio volontario e di porto illegale di armi per i quali è stato poi condannato dal Tribunale di Vlora con la sopra citata sentenza n. 124 del 10.5.2002.

Ebbene, il R. , essendo nato il 20 marzo 1984, aveva appena 16 anni e 7 mesi all'epoca della commissione dei predetti reati, ossia il 20 dicembre 2000.

Ciò vuol dire che egli era sicuramente minorenne, come peraltro lo stesso Tribunale di Vlora esplicitamente riconosce nella propria sentenza, nel determinare la pena da infliggere.

L'altra circostanza attiene alla tipologia di processo al quale il R. è stato sottoposto dal predetto Tribunale.

La semplice lettura della sentenza n. 124, più volte menzionata, dimostra, infatti, all'evidenza che l'estradando, nonostante fosse minorenne all'epoca della commissione dei fatti-reato contestatigli, fu processato come un adulto, sia perché nel collegio giudicante non risulta la presenza, oltre i tre giudici ordinari o tra di essi, di un qualsiasi componente esperto in materia minorile; sia perché non vi è la benché minima traccia di un qualche accertamento specifico sull'imputabilità del minore, né da parte della competente Procura del distretto giudiziario di Vlora, che ebbe a condurre le indagini, né, tanto meno, da parte del collegio giudicante.

Senza dire, poi, che dagli atti e dai documenti trasmessi dalle autorità albanesi non si ricava alcuna prova in ordine alle modalità di esecuzione della pena inflitta al minore R. né, tanto meno, in ordine alla esistenza di eventuali procedure e/o istituti penitenziari che tengano conto proprio dell'età dello stesso minore e della particolare finalità di recupero che l'esecuzione della pena inflittagli dovrà avere nei suoi riguardi.

Né ha pregio la contraria tesi sostenuta dal P. M., secondo cui dovrebbe invece farsi ugualmente luogo alla richiesta di riestradizione del R. in quanto costui è stato comunque ritualmente giudicato sia pure in contumacia, da un Tribunale albanese ordinario, con la regolare assistenza di un difensore d'ufficio, in conformità alle regole processuali

vigenti in Albania, non potendosi pretendere che l'ordinamento giuridico di quel paese abbia necessariamente un Tribunale per i Minorenni, al pari di quello previsto dall'ordinamento giuridico italiano.

La tesi, pur suggestiva, è soltanto apparentemente fondata sia perché si basa sul presupposto, erroneamente attribuito a questa Corte, che il R. avrebbe dovuto essere giudicato da un organo giudiziario modellato sul Tribunale per i Minorenni previsto dal nostro sistema giudiziario; sia, soprattutto, perché tale tesi non tiene conto che la decisione di questa Corte si fonda invece sul fatto che il processo cui il R. è stato sottoposto nel suo Paese, contrasta semplicemente con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano.

Tali principi sono ricavabili, in parte, da norme interne allo stesso ordinamento giuridico italiano e, in parte, invece, sono da questo recepite da patti e convenzioni internazionali.

Quanto alle prime, ha valore fondamentale quella espressa dall'art. 31 comma 2 della Costituzione.

Tale norma recita, infatti, che la Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

Quanto alle altre, pari valore presenta la norma dell'art. 14, par. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966 e ratificato dal nostro paese con la legge 25 ottobre 1977 n. 884.

Significativa in proposito è la decisione adottata dalla Suprema Corte di Cassazione Sez. 6° con la recente sentenza n. 15108 del 19 gennaio 2004 depositata il 30 marzo 2004.

La Suprema Corte, infatti, ha testualmente affermato:

“Va ribadito che, in considerazione della tutela che il nostro ordinamento accorda alla condizione minorile (art. 31 Cost.), la quale assurge al valore di diritto fondamentale della persona, e tenuto conto dell'art. 14, par. 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, ratificato con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, non può essere concessa l'estradizione di un minorenni qualora l'ordinamento dello stato richiedente preveda che lo stesso sarà giudicato come se fosse un adulto, la sua imputabilità sarà presunta senza alcun previo accertamento e la pena eventualmente inflittagli sarà eseguita negli ordinari istituti per adulti. Inoltre, a tal fine, non può prescindersi dalla garanzia che l'accertamento della imputabilità del minore passi attraverso la dimostrazione della sua capacità di intendere e volere, che, in base alle norme fondamentali sopra richiamate, implica che al giovane deviante sia assicurato un trattamento processuale e sostanziale diverso da quello ordinario e conformato a prospettive di recupero (v. Corte cost., sent. n. 128 del 1987). Ancora, va sottolineato che, in base all'art. 26.3 delle Regole minime sull'amministrazione della giustizia minorile (c.d. “Regole

di Pechino”), adottate dalla Assemblea generale delle Nazioni unite con la risoluzione n. (40)33 del 29 novembre 1985, i minori devono essere tenuti in istituti separati da quelli degli adulti; e che analoga previsione è contenuta nell’art. 15 della Raccomandazione n. (87)20 sulle risposte sociali alla delinquenza minorile, emanata dal Consiglio d’Europa il 18 aprile 1988, nonché nell’art. 37, lett. c), della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a Nuova York il 20 novembre 1989, ratificata con la legge 27 maggio 1999, n. 176”.

Va peraltro osservato che quanto asserito dalla Corte Suprema nella sentenza appena citata, si pone in un “solco” giurisprudenziale conforme, che non risulta essere stato contraddetto, allo stato, da pronunce di orientamento diverso.

Per completezza, però, la Corte ritiene, che il mancato accoglimento della richiesta di riestradizione del R. verso la Repubblica di Albania, imponga, per altro verso, l’applicazione nella fattispecie della norma dettata dall’art. 10 comma 2 c.p.

Tale norma – la cui rubrica si intitola “Delitto commesso dallo straniero all’estero” – prevede, infatti, che se uno straniero – quale è certamente il R. – commette all’estero – quale è certamente l’Albania – ai danni di un altro straniero – quale è certamente il K. – un delitto punito con l’ergastolo o la reclusione non inferiore a tre anni, allora il colpevole è punito secondo la legge italiana a richiesta del Ministro della Giustizia, sempre che:

1 si trovi nel territorio dello Stato;

2 si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena dell’ergastolo o della reclusione non inferiore a tre anni;

3 l’estradizione di lui non sia concesso: condizioni queste, ricorrenti tutte nel caso concreto.

Ne consegue che copia di tutti gli atti del presente procedimento dovrà essere trasmessa, a cura della Cancelleria penale di questa Corte d’appello al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Perugia, per quanto di sua competenza nei confronti del R., dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza (*Omissis*).

(1) Tutela del minore e dinamiche estradizionali.

1. La pronuncia che si annota consente di saggiare la portata dirimente che, in sede applicativa, assumono i principi informatori dell’ordinamento giuridico interno allorché l’organo giurisdizionale sia chiamato a pronunciarsi in ordine ad un’istanza avanzata da un’autorità straniera volta ad ottenere la consegna di un soggetto da sottoporre a processo o ad espiazione della pena.

In termini generali, l'estradizione rappresenta una delle principali forme di collaborazione internazionale tra Stati in materia penale ⁽¹⁾.

La maturata consapevolezza del carattere sempre più spesso transnazionale del reato e la prassi diffusa del reo di fuggire dal territorio nazionale di appartenenza per sottrarsi agli effetti della perpetrazione del crimine hanno indotto, infatti, le Autorità competenti non solo a moltiplicare gli strumenti di cooperazione internazionale, semplificandone le dinamiche operative ⁽²⁾, ma, soprattutto, a ricorrere in maniera sempre più diffusa allo strumento estradizionale.

La ragione di siffatto successo può, in effetti, ricondursi alla rapida instaurazione di un rapporto di collaborazione tra Stati in forza del quale quello richiedente, che intenda sottoporre a processo o ad espiazione della pena colui che si sia reso responsabile di un reato nel proprio territorio nazionale, possa ottenerne la consegna in tempi brevi da parte dello Stato nel cui territorio il reo ha tentato di trovare una garanzia alla propria impunità.

Tale rapporto, che generalmente coinvolge solo due apparati istituzionali, assume, invece, una peculiare dimensione trilaterale allorché ve ne sia un terzo che, a sua volta, richiede la consegna dello stesso soggetto già estradato, al fine di sottoporlo a giudizio nel proprio territorio nazionale ovvero alla espiazione di una pena, già inflitta con sentenza passata in giudicato, irrogata dagli organi giurisdizionali interni.

In questo caso, il paradigma operativo della c.d. riestradizione, cui si applica il regime giuridico dell'estradizione ordinaria, postula, quale requisito ulteriore rispetto ai presupposti applicativi delineati dagli artt. 705 e ss. del codice di rito, il consenso dello Stato che, per primo, ha accolto l'istanza

⁽¹⁾ Per una panoramica generale sulle problematiche connesse all'estradizione cfr., tra gli altri, ACHILUZZI, *Estradizione*, in *Rapporti intergiurisdizionali*, coordinato da Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2002, 149; RANALDI, *La clausola di specialità dell'estradizione tra presupposto del processo e cognizione del procedere*, in *Giur. it.*, 2004, 2217; Id., *La cooperazione internazionale in materia penale tra estradizione e mandato d'arresto europeo*, *ibidem*, 228; DE DONATO, *L'estradizione. Profili giuridici ed operativi del sistema europeo ed italiano*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, 1261; MARCHETTI, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990; ESPOSITO, voce *Estradizione (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1; DE ROBERTO, *Aspetti del contraddittorio nel procedimento di estradizione passiva*, in *Giur. it.*, 1986, II, 20; CATELANI-STRIANI, *L'estradizione*, Milano, 1983.

⁽²⁾ Si consideri, a titolo esemplificativo, la normativa sul mandato d'arresto europeo, in ordine alla quale cfr., *ex plurimis*, TIBERI, *Il mandato d'arresto europeo*, Roma, 2006; AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di Bargis-Selvaggi, Torino, 2005; AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di Kalb, Milano, 2005; AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, a cura di Pansini-Scafati, Napoli, 2005.

di estradizione ⁽³⁾. E' evidente, infatti, che, in assenza di un tale presupposto, la riestradizione si atteggierebbe a strumento privilegiato di elusione della normativa codicistica in materia di collaborazione internazionale ed, in particolare, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato per primo richiesto della consegna del reo.

Invero, la collaborazione tra Stati, sebbene improntata a criteri di semplificazione processuale volti a garantire la piena esplicazione del potere punitivo di ogni singolo Stato per i reati commessi nel proprio territorio nazionale, non può non soggiacere al rispetto dei canoni ispiratori dell'Ordinamento giuridico dello Stato in cui l'estradando si trova. Diversamente opinando, si dovrebbe affermare la prevalenza del principio di sovranità dello Stato richiedente, per i reati commessi sul proprio territorio nazionale dal cittadino, rispetto al pieno rispetto dei principi fondamentali che ispirano l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto ⁽⁴⁾.

Tale profilo assume connotati peculiari laddove l'estradizione passiva ovvero, come nel caso di specie, la riestradizione sia richiesta al solo scopo di dare esecuzione ad una pena già inflitta in forza di una sentenza che lo Stato richiedente abbia adottato sulla scorta di principi che non garantiscono la piena tutela delle prerogative individuali assicurate dall'Ordinamento giuridico dello Stato nel cui territorio il reo si trova.

L'esigenza primaria che deve essere soddisfatta in sede di estradizione o riestradizione esecutiva, infatti, è non solo la piena osservanza delle disposizioni di diritto oggettivo regolanti il rapporto tra Stati, bensì anche il rispetto di tutte quelle disposizioni interne poste a garanzia dei diritti fondamentali dell'interessato ⁽⁵⁾.

L'estradizione, in effetti, costituisce uno degli strumenti attraverso il quale è possibile incidere maggiormente sui diritti fondamentali della persona umana nei suoi due aspetti della libertà e della sicurezza. Essi, peraltro, assurgendo a diritti di rango costituzionale nel nostro ordina-

⁽³⁾ Cfr. art. 15 della Convenzione Europea di Estradizione il quale prevede che «il consenso della parte richiesta sarà necessario per permettere alla parte richiedente di consegnare ad un'altra parte o ad un terzo Stato la persona che le sia stata consegnata e che sia ricercata dall'altra parte o dal terzo Stato per dei reati precedenti alla consegna». Sul punto v., altresì, Cass., sez. VI, 3 febbraio 2000, Fiorini, in *Cass. pen.*, 2001, 2414, la quale specifica come «il consenso dello Stato rifugio alla consegna dell'estradato ad un terzo Stato che ne abbia fatto richiesta può essere legittimamente acquisito nel corso del procedimento, sempre che intervenga prima della consegna a tale ulteriore Stato».

⁽⁴⁾ V. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995, 216; DELOGU, *Clausola di specialità e potere giurisdizionale dello Stato richiedente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 515.

⁽⁵⁾ LOMBARDO, *Estradizione per l'estero e tutela dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2005, 1256.

mento, non sono suscettibili di restrizione alcuna al di fuori dei casi ed alle condizioni espressamente previsti dalla legge ⁽⁶⁾.

Ciò significa, in altre parole, che, al fine di scongiurare che la cooperazione tra Stati si risolva in uno strumento legalizzato attraverso il quale violare i diritti fondamentali del singolo che trovano espresso riconoscimento nella nostra Carta costituzionale, occorre che il procedimento principale definito all'estero, in forza del quale è stata richiesta l'estradizione esecutiva, si sia svolto nel pieno rispetto del contenuto minimo ed essenziale di quel diritto di difesa che l'Ordinamento dello Stato richiesto riconosce ad ogni imputato ⁽⁷⁾.

Alla luce di dette argomentazioni, l'art. 705, comma 2, richiamato dall'art. 711 del codice di rito, nel prospettare le condizioni al cospetto delle quali è precluso al giudice competente l'accoglimento della richiesta di riestradizione, contempla l'ipotesi in cui la sentenza, in ragione della quale sia stata attivata la procedura collaborativa, contenga disposizioni contrarie ai principi fondamentali che l'Ordinamento giuridico italiano riconosce al singolo, sia esso un soggetto adulto o minorenne.

2. In tale contesto, la maturata sensibilità per le specifiche esigenze di formazione e recupero dei soggetti di giovane età che abbiano commesso crimini ha indotto il legislatore interno a non limitarsi a dettare norme processuali che assicurino il pieno rispetto delle prerogative difensive garantite dalla Costituzione, bensì a disciplinare il processo a carico di imputati minorenni secondo canoni derogatori della normativa procedurale e sostanziale prevista per gli imputati maggiorenni.

Invero, l'irrogazione e la successiva esecuzione della pena, conseguenti alla riscontrata violazione di una norma incriminatrice, assumono un significato del tutto peculiare in ragione degli obiettivi di rieducazione dell'imputato minorenne che l'ordinamento si propone di

⁽⁶⁾ Cfr., DI CHIARA, *Note minime in tema di estradizione passiva: verso un nuovo indirizzo giurisprudenziale* in *Cass. pen.*, 1988, 1885. Sul punto v. *Cass.*, sez. I, 6 luglio 1995, Bertola, in *Cass. pen.*, 1996, 3018.

⁽⁷⁾ Sul punto vedi ampiamente *Cass.*, sez. I, 8 giugno 1987, Drivas, in *Cass. pen.*, 1988, 1882 che impone espressamente che il procedimento definito all'estero per il quale sia richiesta l'estradizione si sia svolto nel rispetto del contenuto minimo ed essenziale del diritto di difesa che l'ordinamento dello stato richiesto riconosce ad ogni imputato. Se così non fosse, l'estradizione si risolverebbe – pericolo questo connaturale all'istituto – in un «sistema giuridico per violare la libertà e la sicurezza dell'individuo, laddove il procedimento di garanzia giurisdizionale mira, nel rispetto di tale diritto, proprio ad evitare che l'istituto possa risultare snaturato rispetto alla sua naturale finalità di doverosa cooperazione giudiziaria internazionale, nei casi e nei modi dalla legge predeterminati». Sul punto v. DI CHIARA, *Note minime in tema di estradizione passiva: verso un nuovo indirizzo giurisprudenziale*, cit., 1885.

perseguire, con imponenti risvolti anche sul piano estradizionale ogni qualvolta l'interessato non riceva dalla legislazione straniera un livello di tutela assimilabile a quello della normativa nazionale improntata al rispetto dei canoni codificati negli artt. 31, comma 2, e 27, comma 3, della Costituzione.

In tale prospettiva, la pronuncia della Corte d'Appello di Perugia si segnala per la piena valorizzazione dei principi sottesi alla regolamentazione del processo penale minorile a fronte della richiesta di collaborazione internazionale avanzata dallo Stato albanese, nel rispetto della più completa ed incondizionata tutela dei diritti fondamentali del minore.

La fattispecie concreta trae origine dall'arresto in territorio greco di un cittadino albanese indagato di omicidio in Italia e fuggito in Grecia subito dopo il fatto.

Ottenuta l'extradizione dell'indagato dalla Grecia, all'Italia veniva successivamente richiesta dall'Albania la riestradizione esecutiva nei confronti del medesimo soggetto, al fine di sottoporlo ad una pena detentiva comminata dal Tribunale locale per il reato di tentato omicidio commesso in epoca precedente al raggiungimento del diciottesimo anno di età.

Sebbene all'epoca dei fatti per cui venne pronunciata sentenza dal Tribunale albanese l'imputato avesse solo sedici anni, egli fu, tuttavia, processato alla stessa stregua di un soggetto adulto da un organo giurisdizionale composto da soli giudici ordinari, in assenza di qualsivoglia accertamento preventivo circa i profili concernenti la sua imputabilità, venendo, poi, condannato ad una pena le cui modalità esecutive non parevano specificamente calibrate sulla sua minore età.

Se a ciò si aggiunge che il reato per cui l'imputato all'epoca minorene fu tratto a giudizio fu un tentato omicidio e che il processo si svolse in contumacia ⁽⁸⁾, è evidente come la gravità della fattispecie criminosa contestata, da un lato, e le conseguenze sanzionatorie sul reo allora minore dall'altro, abbiano imposto alla Corte d'Appello italiana accertamenti approfonditi ed ulteriori, volti a stabilire se la pronuncia resa dal tribunale albanese, in forza della quale era stata richiesta la riestradizione esecutiva, fosse in contrasto con i diritti fondamentali dell'imputato minorene espressamente garantiti dalla nostra Costituzione e dalla relativa normativa ordinaria di attuazione.

⁽⁸⁾ In ordine alla valenza di una pronuncia adottata in contumacia ai fini della concessione dell'extradizione cfr. Cass., sez. VI, 12 aprile 2000, Gartz, in *Mass. uff.*, 220754; Cass. sez. VI, 1 marzo 1999, Poporogu, in *Cass. Pen.*, 2000, 1128; Cass., sez. VI, 7 luglio 1987, Graziano, in *Riv. pen.*, 1990, 90. In dottrina v. UBERTIS, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, Milano, 1984, 139.

D'altra parte – a livello sovranazionale - l'attenzione per la specificità dell'amministrazione della giustizia nei confronti dei minori ha trovato espresso riconoscimento sia nelle c.d. regole di Pechino ⁽⁹⁾ che nelle "Reazioni sociali alla delinquenza minorile" ⁽¹⁰⁾ che hanno spinto il legislatore interno all'emanazione della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 prima, e del successivo D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, poi ⁽¹¹⁾.

Da un punto di vista squisitamente procedurale, questo complesso legislativo individua le singole disposizioni applicabili al procedimento minorile, sancendo norme *ad hoc* per ogni singola fase del processo e prevedendo il ricorso alle regole contenute nel codice di procedura penale solo in via residuale per quanto non espressamente previsto dalla normativa speciale.

Pertanto, in attuazione delle previsioni contenute nelle fonti sovranazionali, nonché del combinato disposto dei precetti di cui agli artt. 27 comma 3, e 31, comma 2, Cost. – evocativo della peculiare finalità rieducativa della pena nei confronti dei soggetti minorenni – e, talvolta, a discapito delle esigenze di effettiva punizione e difesa sociale, tale complessa regolamentazione interna mira a raggiungere un irrinunciabile equilibrio tra l'esigenza di difesa sociale avverso l'autore di un reato e la risposta ai bisogni di un soggetto ancora *in fieri*.

Già l'art. 49 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 sull'Ordinamento giudiziario, precorrendo notevolmente i tempi, prefigurava l'istituzione di un apposito apparato giudiziario specializzato per i procedimenti a carico di imputati minorenni, avente competenza esclusiva per tutti i reati commessi dai minori degli anni diciotto e caratterizzato dall'assoluta indifferenza, in punto di radicamento della giurisdizione, tanto dell'eventuale raggiungimento della maggiore età da parte del reo in epoca successiva al fatto criminoso, quanto della ipotetica connessione con altri reati commessi dal medesimo soggetto in età adulta.

Il legislatore mirava, cioè, ad assicurare, a colui che all'epoca dei fatti fosse risultato minorenne, la stabilità delle guarentigie originariamente acquisite, senza che su di esse potessero influire fatti cronologicamente successivi.

La prevalenza della componente rieducativa ed assistenziale rispetto a quella giuridico-sanzionatoria può, peraltro, scorgersi anche alla luce della composizione dell'organo preposto alla conoscenza dei reati

⁽⁹⁾ Risoluzione delle Nazioni Unite n. 40/33 approvata dall'Assemblea generale del 29 novembre 1985 concernente le "Regole minime per l'amministrazione della giustizia dei minori".

⁽¹⁰⁾ Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 87/20 approvata dal Comitato dei Ministri in data 17 settembre 1987.

⁽¹¹⁾ Per un'attenta analisi v. GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, Milano, 2001.

minorili: i peculiari connotati della normativa processuale minorile hanno, infatti, spinto il legislatore interno ad attribuire la cognizione dei fatti oggetto di addebito ad un organo specializzato composto da magistrati togati e da due membri laici, un uomo e una donna, cultori delle scienze antropologiche, psicologiche e pedagogiche ⁽¹²⁾, il che attesta ulteriormente come fine precipuo di questo peculiare modello processuale sia non tanto la sanzione del comportamento *contra legem*, quanto la rieducazione del minore prodromica alla piena reintegrazione nella società.

Se è pur vero che – come egregiamente ribadito anche nella sentenza in esame – non è possibile pretendere che ogni Stato estero sia dotato di un organo giurisdizionale conforme al modello del Tribunale per i Minorenni italiano, affinché non si prefiguri la lesione delle garanzie apprestate dall'ordinamento a tutela del minore occorre, comunque, che il giudice cui sia richiesta l'estradizione o, come nel caso in esame, la riestradizione compia un preliminare accertamento sul rispetto di tali esigenze da parte della normativa processuale e sostanziale straniera.

Non può, infatti, sottacersi che acconsentire alla consegna dell'interessato onde dare esecuzione ad una sentenza che muova, sia pure implicitamente, dalla equiparazione tra la condizione del minore di età e quella dell'adulto, anche in tema di modalità esecutive della eventuale pena inflitta, significherebbe violare principi fondanti dell'Ordinamento giuridico interno ⁽¹³⁾.

Nel caso di specie, la Corte locale correttamente si discosta dalla tesi fatta propria dal Procuratore Generale secondo cui, al fine di acconsentire alla richiesta di riestradizione, sarebbe sufficiente che l'imputato sia stato giudicato da un Tribunale ordinario, nell'osservanza di tutte le norme procedurali vigenti nel paese straniero, con la regolare assistenza di un difensore.

Al contrario, ritenendo privo di fondamento tale approccio esegetico, il collegio afferma che la mera pronuncia di una sentenza, ritenuta validamente emessa dallo Stato straniero che ha richiesto l'estradizione, e la circostanza che l'imputato sia comunque stato assistito da un difensore, non rappresentano elementi di per sé dirimenti ed idonei a ritenere per ciò solo rispettati i principi fondanti dello Stato.

Si rileva, peraltro, come, nel caso di specie, se è pur vero che il minore venne assistito da un difensore, è anche vero che la difesa venne

⁽¹²⁾ CUOMO – LA GRECA – VIGGIANI, *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, Milano, 1990; LA GRECA, voce *Tribunale per i minorenni*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, 872.

⁽¹³⁾ Da ultimo v. Cass, sez. VI, 7 ottobre 2005, Baran, in *Foro it.*, 2007, II, 111.

assunta solo da un patrocinatore d'ufficio che, in quanto tale, non poté intrattenere quel rapporto fiduciario con l'imputato che solo garantisce appieno una strategia processuale espressiva del diritto difensivo del presunto reo.

Dalla lettura della motivazione della pronuncia della Corte d'Appello, pertanto, si evince come il sindacato richiesto al competente organo giurisdizionale dello Stato cui sia stata avanzata richiesta di riestradizione, analogamente a quanto accade a fronte di una semplice istanza di estradizione, imponga qualcosa di più del mero accertamento della sussistenza di una sentenza validamente emessa dall'organo giudicante del paese straniero. Trattasi, invero, di accertare se le regole procedurali e sostanziali che modellano il sistema dello Stato richiedente siano conformi a quelle interne dello Stato richiesto, in modo tale da escludere qualunque contrasto con i principi fondamentali dello Stato italiano ⁽¹⁴⁾.

Nello specifico caso di soggetto minorenni, la giurisprudenza della Suprema Corte, ormai pacifica, ha più volte ribadito come non possa essere concessa l'estradizione ad uno Stato che non assicuri nei confronti del minorenni un trattamento giuridico differenziato e mitigato rispetto a quello riservato all'adulto, ostandovi le esigenze di tutela della condizione minorile che nel nostro ordinamento assurgono al rango di prerogative inviolabili ⁽¹⁵⁾. In altri termini, sebbene la minore età in sé considerata non sia ostativa all'estradizione, insorge una preclusione alla consegna ogniqualvolta lo Stato richiedente manchi di una legislazione minorile in sintonia con i principi fondamentali accolti, in tale materia, dalla nostra Costituzione. Sarà, pertanto, dovere della competente Corte d'Appello, nella fase giurisdizionale della procedura di estradizione, accertare se la condizione minorile dell'imputato trovi o meno, nell'ordinamento giuridico dello Stato richiedente, una tutela conforme a quella apprestata dal Legislatore italiano.

In concreto, l'orientamento consolidato della Suprema Corte ritiene che, affinché possa essere emessa sentenza favorevole all'estradizione,

⁽¹⁴⁾ Cfr., Cass., sez. VI, 19 aprile 2005, Niculita, in *Mass. uff.*, 232060; Cass., sez. VI, 27 gennaio 2005, Rafik, *ivi*, 230968.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 7 ottobre 2005, Baran, *cit.*; Cass., sez. VI, 19 gennaio 2004, Spika, in *Cass. pen.*, 2005, 2626, secondo cui non può essere concessa l'estradizione di un imputato minorenni nell'ipotesi in cui l'ordinamento dello stato richiedente preveda che lo stesso sarà giudicato come se fosse un adulto, la sua imputabilità sarà presunta senza alcun previo accertamento e la pena eventualmente inflittagli sarà eseguita negli ordinari istituti per adulti. Conforme, Cass., sez. I, 25 maggio 1987, Sciacca, in *Cass. pen.*, 1989, 1258; Cour d'Appel (Francia) Reims, 14.02.1985, in *Arch. pen.*, 1985, 568.

dalla documentazione allegata alla domanda di estradizione, o dalle informazioni acquisite presso l'autorità richiedente in ordine al trattamento giuridico dell'imputato minorenni, debba accertarsi se l'ordinamento straniero preveda un rito minorile differenziato da quello degli adulti, se l'esecuzione della pena eventualmente inflitta avvenga in istituti diversi da quelli degli adulti, se sia riconosciuto il diritto all'assistenza da parte dei genitori o di chi eserciti la potestà sul minore, se sia riconosciuta la presunzione di non imputabilità del minore ⁽¹⁶⁾ ed, infine, se sia prevista una specifica riduzione di pena per i reati commessi dal minorenni ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ In particolare sul punto cfr. Corte d'Appello di Milano, 19 aprile 2006, Buta, in *Foro it.*, 2007, II, 114, secondo cui: «L'extradizione del minorenni è ammessa dall'ordinamento giuridico italiano purché lo Stato richiedente abbia dimostrato nella celebrazione del processo di aver tutelato i diritti fondamentali riguardanti la condizione minorile dell'imputato. Di conseguenza non può essere concessa l'extradizione di un minorenni in presenza di una legislazione dello Stato richiedente che non assicuri, sul piano processuale e sostanziale, un trattamento giuridico differenziato e mitigato rispetto a quello riservato all'adulto, ostandovi le esigenze di tutela della condizione minorile, che nell'ordinamento giuridico italiano assume rango di diritto fondamentale della persona, ai sensi dell'art. 31 Cost. Orbene l'esame delle sentenze emesse dall'autorità giudiziaria romana mostra chiaramente che il Buta e il suo coimputato, entrambi minori di età, sono stati in pratica giudicati come se fossero stati adulti. In particolare si osserva che il procedimento non era stato trattato da un organo giudicante specializzato nei reati commessi da minorenni; l'imputabilità e la maturità erano state presunte, senza alcun previo accertamento sullo sviluppo della personalità; nessuna diminuzione di pena specifica per la condizione minorile era stata applicata. A parere della corte vi sono dunque ragioni ostative all'accoglimento della domanda di estradizione proposta dall'autorità giudiziaria estera, non essendo stata adeguatamente tutelata nel procedimento penale celebratosi in Romania la condizione minorile dell'extradando, che costituisce un diritto fondamentale della persona, garantito dall'art. 31 Cost.».

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 7 ottobre 2005, Baran, cit., 113, secondo cui: «È stato già affermato nella giurisprudenza di questa corte il principio che non può essere concessa estradizione — ostandovi le esigenze di tutela della condizione minorile che nel nostro ordinamento (art. 31 Cost.), assume rango di diritto fondamentale della persona — in presenza di legislazione straniera che non assicura, sul piano processuale e sostanziale, un trattamento giuridico differenziato (e mitigato) rispetto a quello riservato all'adulto. Sul piano delle normative specifiche opportunamente si ricordano — proprio nella sentenza citata da ultimo e dalla quale non c'è motivo di discostarsi, viste le conformi conclusioni dello stesso p.g. di udienza — l'art. 14.4 del patto internazionale (ratificato con l. 25 ottobre 1977 n. 881) relativo ai diritti civili e politici, che prevede il divieto di estradizione per il minorenni destinato a essere giudicato come un adulto, in condizioni d'imputabilità presunta (cioè senza alcun accertamento sul grado di maturità psichica) sol che abbia raggiunto una certa età e con la prospettiva di esecuzione della pena detentiva eventualmente inflittagli in un istituto comune di adulti. Analoghi principi si leggono nelle c.d. «regole di Pechino» (adottate nell'assemblea generale dell'Onu (risoluzio-

Tali elementi, infatti, assurgono ad indici sintomatici di un processo penale che solo garantisce l'inderogabile diritto dell'imputato minorene a un trattamento giuridico differenziato e mitigato rispetto a quello dell'adulto, con la conseguenza che la loro insussistenza impone all'autorità competente di negare l'estradizione ai sensi dell'art. 705, comma 2, c.p.p. ⁽¹⁸⁾.

La Corte d'Appello, quindi, facendo propri gli assunti del giudice di legittimità, rigetta la richiesta di estradizione dell'imputato, incentrando il proprio sindacato su peculiari profili.

Quanto alla composizione dell'organo giurisdizionale, rileva come l'imputato, all'epoca minorene, fu processato come un adulto, dinanzi ad un tribunale ordinario privo di qualunque esperto in materia minorile. Pertanto, pur non ritenendosi necessaria la presenza nello Stato richiedente di un organo assimilabile al tribunale per i minorenni nazionale, occorre, tuttavia, che sia assicurato al minore di età un livello di garanzie che, tra le altre cose, contempra la presenza di almeno un esperto in materia minorile tra i componenti il collegio.

ne n. 33 del 29 novembre 1985) e nella raccomandazione del consiglio d'Europa del 18 aprile 1988, oltre che nell'art. 37, lett. c), della convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176), pure richiamata dal ricorrente. D'altronde, già da tempo la Corte costituzionale (sent. 128/87, id., 1988, I, 1469) ha sottolineato l'esigenza che il necessario trattamento particolare del minore passi sia attraverso la dimostrazione della capacità d'intendere e di volere, sia (quando per legge risulti inevitabile l'assoggettamento a pena detentiva) per un sistema penitenziario capace di garantire al deviante concrete prospettive di recupero. Nel caso di specie — a prescindere da non rassicurante silenzio mantenuto su questi punti dallo Stato richiedente — risulta dalla sentenza di condanna: a) che il Baran fu giudicato insieme con imputati maggiorenni, quindi da un giudice ordinario e con rito non differenziato (che esista o non in quel paese un organo specializzato); b) che di nessun particolare accertamento si fa cenno nel documento quanto a una possibile verifica in concreto delle condizioni di imputabilità; c) che neanche vi è accenno alla circostanza che un di lui genitore (o persona che ne faccia le veci) abbia avuto notizia del procedimento in corso, quanto meno ai fini della scelta del difensore. Risulta viceversa — dalla certificazione del collegio degli avvocati di Suceava da ultimo prodotta dalla difesa, atto al quale comunque è da assegnare un valore — che in Romania sono istituiti soltanto dei penitenziari comuni, con la particolarità che i minori vengono "raggruppati nella stessa stanza". Deriva da questo quadro che l'ordinamento romeno si pone, per la parte che qui interessa, in contrasto coi diritti fondamentali riguardanti la condizione minorile, mentre i due argomenti usati dalla corte d'appello in risposta ai rilievi difensivi sono il primo (data del mandato di cattura) incongruo, il secondo inappropriato, perché è vero che i sistemi processuali dello Stato richiedente e di quello richiesto non debbono necessariamente coincidere (cosa evidentemente inesigibile, vista la diversità delle politiche legislative) ma nel caso all'esame si parla di altro».

⁽¹⁸⁾ In senso conforme al principio enunciato cfr. Cass., sez. VI, 25 maggio 1987, Sciacca, cit.

In altri termini, la concessione dell'extradizione esecutiva non viene subordinata alla istituzione nello Stato straniero di un organo giurisdizionale specializzato, ma, in un'ottica di contemperamento tra salvaguardia della sovranità nazionale e garanzia dei principi fondanti l'ordinamento interno, si richiede che lo Stato straniero preveda quantomeno una normativa differenziata per l'imputato minore di età che si adatti alle peculiarità del soggetto processuale.

3. Il secondo ordine di motivi per i quali la Corte di Appello di Perugia non concede la riestradizione risiede nelle valutazioni cui, a livello sostanziale, ha proceduto il Tribunale straniero.

Il Collegio incentra il proprio diniego sulla mancata effettuazione di un qualunque accertamento sulla imputabilità del minore, né da parte della competente Procura, che ebbe a condurre le indagini, né, tantomeno, da parte del collegio giudicante.

Per altro verso - rileva ancora la Corte - dagli atti trasmessi dall'autorità albanese non si ricava alcuna specificazione in ordine alle modalità di esecuzione della pena inflitta e ad eventuali procedure e/o istituti penitenziari che tengano conto dell'età dello stesso minore, nonché della particolare finalità di recupero che l'esecuzione della pena inflitta avrebbe dovuto avere nei suoi riguardi.

La differenziazione della normativa relativa al procedimento penale minorile deve manifestarsi, infatti, - ad avviso della Corte - oltre che a livello di regolamentazione della dinamica processuale, anche attraverso la previsione di modalità esecutive della pena adeguate all'età del condannato, comunque orientate a favorirne il recupero.

Pertanto, non solo i minorenni devono scontare la pena inflitta in istituti appropriati e distinti rispetto a quelli predisposti per gli adulti, ma l'Ordinamento straniero deve anche prevedere istituti che favoriscano la risocializzazione del minorenne nel rispetto dei propri diritti umani⁽¹⁹⁾.

Sul piano sostanziale, il legislatore interno, in considerazione della condizione del minorenne, ha introdotto un regime giuridico peculiare in favore del minore di età sia in tema di sindacato dell'imputabilità del minorenne che in tema di esecuzione della pena.

⁽¹⁹⁾ V. RANALDI, *Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 2020. Sul divieto di estradizione qualora vi sia motivo di ritenere che l'estradando verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti cfr. Cass., sez. VI, 26 aprile 2004, Martinez, in *Cass. pen.*, 2005, 2627. In senso conforme v. Cass., sez. VI, 18 novembre 1998, Frederick, in *Giust. pen.*, 1999, III, 575. In dottrina v. MARCHETTI, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, cit., 61.

Quanto al primo aspetto, la Corte d'Appello cui sia richiesta la riestradizione dovrà verificare che il minore di età, condannato con sentenza straniera, sia stato sottoposto ad approfonditi accertamenti inerenti la sua capacità di intendere e di volere all'epoca dei fatti.

Se per l'imputato maggiorenne, infatti, la normativa italiana richiede che il giudice proceda agli accertamenti circa l'effettiva capacità di intendere e volere solo in presenza di dubbi giustificati da particolari fattori pregressi o coevi alla condotta criminosa, per i minorenni gli artt. 97 e 98 c.p. stabiliscono un trattamento differenziato, l'uno escludendo in radice l'imputabilità del soggetto minore di anni quattordici, l'altro imponendo un preventivo ed ineliminabile riscontro della effettiva capacità di intendere e volere del minore al momento del fatto, così prefigurando una contestualità tra il "processo sul fatto" e il "processo sull'autore del fatto" ⁽²⁰⁾.

Scopo di tale regime è, invero, quello di evitare che l'imputato minorenni sia processato, condannato e costretto ad espiare una pena pur non essendo stato in condizione di rendersi conto della effettiva portata del proprio comportamento e di indirizzare la propria volontà in modo tale da resistere agli impulsi criminogeni, essendogli, altresì, preclusa la possibilità di recepire il contenuto rieducativo della pena ⁽²¹⁾.

E', infatti, palese che la riferibilità psichica del fatto al suo autore è elemento fondante dell'ordinamento penale in virtù del principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost., così come altrettanto evidente è il fatto che la pena irrogata potrà ritenersi effettivamente rieducativa, secondo il disposto dell'art. 27, comma 3, Cost., solo laddove il condannato sia in grado di percepire la portata della sanzione e di volere la propria risocializzazione ⁽²²⁾. In tal senso, la rieducazione del minore ed il suo recupero non sarebbero possibili qualora egli non fosse in condizione di avere compiutamente contezza del contenuto del precetto penale e delle conseguenze afflittive connesse alla sua violazione. Pertanto, l'accertamento della effettiva imputabilità del minore si pone in un'ottica di stretta correlazione con la piena cognizione del contenuto sanzionatorio e deterrente della pena.

Se queste sono le esigenze fatte proprie dal nostro ordinamento, è evidente come alle stesse, acclamate nella stessa Carta costituzionale,

⁽²⁰⁾ Sul punto cfr. Cass., sez. I, 19 gennaio 1982, Moriggio, in *Cass. pen.*, 1983, 293, con nota di LA GRECA, *Discontinuità e progressi nella giurisprudenza sulla imputabilità del minore*.

⁽²¹⁾ V. C. Cost., sent. n. 128 del 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1469, con nota di DEL TUFO, *Sui limiti costituzionali alla estradabilità del minore*.

⁽²²⁾ Sul tema del rapporto tra imputabilità del minore e rieducazione della pena v. ampiamente DEL TUFO, *Sui limiti costituzionali alla estradizione del minore*, cit., 1473.

non possa abdicarsi neanche nell'ambito dei rapporti con uno Stato straniero che prospetti una richiesta di estradizione.

A sostegno del proprio convincimento, la Corte evoca anche il dettato dell'art. 14.4 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ratificato con l. 25 ottobre 1977, n. 881) che prevede l'espresso divieto di estradizione per il minorenni destinato a essere giudicato come un adulto in condizioni di imputabilità presunta, senza alcun accertamento, cioè, sull'effettivo grado di maturità psichica raggiunta dal minorenni e sulla scorta del mero raggiungimento di una determinata età, con la prospettiva, inoltre, di dover eseguire la pena detentiva eventualmente inflittagli in un istituto comune di adulti ⁽²³⁾.

Ciascuno Stato aderente, nel predisporre una legislazione apposita in materia, deve, viceversa, tenere conto dell'esigenza di assicurare il recupero e la riabilitazione del minore, anche attraverso organi giurisdizionali specializzati a ciò preposti la cui composizione rispecchi e garantisca il rispetto delle esigenze della personalità minorile salvaguardate nelle fonti internazionali ratificate.

Analoghi principi - rileva la Corte - si rinvencono nelle c.d. «regole di Pechino» e nella raccomandazione del Consiglio d'Europa del 18 aprile 1988, oltre che nell'art. 37, lett. c), della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176), le quali tutte, nell'escludere l'estensione automatica delle norme ordinarie dettate per l'imputato adulto a quello minorenni, vincolano il giudice nazionale cui sia richiesta l'estradizione, in virtù del rinvio mobile contenuto nell'art. 696, comma 1, c.p.p.

Ad ulteriore conforto della decisione del Collegio non può non sottolinearsi come i predetti principi in tema di estradizione dell'imputato minorenni abbiano, altresì, plasmato la normativa disciplinante il mandato di arresto europeo, ove si è inequivocabilmente perseguito l'intento di dettare criteri uniformi anche per la tutela del minore.

L'art. 18, lett. I) della legge n. 69 del 2005 ⁽²⁴⁾, attuativa del mandato di arresto europeo, nel dettare le cause ostative alla consegna allo Stato richiedente del soggetto minorenni che si trovi nel territorio nazionale, annovera, fra le altre, l'incompatibilità tra restrizione della libertà personale e processi educativi in atto, la mancata differenziazione di trattamento carcerario tra minore di anni 18 e soggetto maggiorenne, nonché la mancata previsione nell'ordinamento dello Stato membro che abbia

⁽²³⁾ Per un'ampia disamina degli accordi e convenzioni di diritto internazionale in materia, cfr. PISANI, *Estradizione o consegna del minore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 29 s.

⁽²⁴⁾ Cfr. TIBERI, *Art. 18. Commento alla legge 22.4.2005 n. 69*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2006, II, 830.

emesso il mandato di istituti volti ad imporre l'accertamento della effettiva capacità di intendere e di volere al momento del fatto ⁽²⁵⁾.

D'altronde, già da tempo la Corte costituzionale aveva avuto modo di sottolineare, in tema di estradabilità del minorenne, come la tutela dello stesso imponga sia l'accertamento della sua capacità d'intendere e di volere, sia (quando per legge risulti inevitabile l'assoggettamento a pena detentiva) la predisposizione, da parte della normativa straniera, di un sistema penitenziario capace di garantire al reo concrete prospettive di recupero ⁽²⁶⁾.

A tali assunti, invero, offre specifica "copertura costituzionale" il disposto dell'art. 31 Cost. il quale sancisce che, tra i compiti dello Stato, vi è anche quello di proteggere l'infanzia, attribuendo, altresì, alla Repubblica il compito specifico di favorire gli istituti preposti a tale scopo.

L'esame congiunto di tali profili vincola, in definitiva, la Corte d'Appello, chiamata a decidere sulla richiesta di riestradizione esecutiva avanzata dallo Stato di Albania, correttamente e con motivazione assolutamente ineccepibile, a negare il proprio consenso alla consegna dell'imputato.

Ritiene, peraltro, la Corte che il mancato accoglimento della richiesta di riestradizione dell'interessato non precluda l'applicazione della norma dettata dall'art. 10, comma 2, c.p.

In altri termini, l'esigenza di evitare che lo straniero che abbia commesso nel proprio territorio d'origine un delitto grave vada esente da pena, impone di punire comunque il colpevole che si trovi in territorio italiano, secondo la legge interna, a richiesta del Ministro della Giustizia. A tal proposito, la mancata concessione dell'estradizione, come verificatosi nel caso in esame, rappresenta esattamente uno dei presupposti perché il meccanismo prefigurato nell'art. 10 possa in concreto operare.

In tal modo, la Corte d'Appello di Perugia, pur negando il consenso alla richiesta di riestradizione nel rispetto di quei principi caratterizzanti l'ordinamento giuridico interno volti alla tutela della condizione minorile, garantisce, comunque, l'interesse dello Stato albanese alla punizione del reo per il delitto commesso nel territorio straniero attraverso una strada differente rispetto alla estradizione, ma ugualmente efficace, contemperando in modo esemplare la tutela dei diritti fondamentali della persona e l'esigenza di repressione del crimine.

GIUSEPPE MAGLIOCCA

⁽²⁵⁾ Per approfondimenti v. PANSINI, *Spunti problematici sulla eseguibilità del mandato di arresto europeo nei confronti dei minori*, in *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, a cura di Rozo Acuna, Padova, 2004, 263.

⁽²⁶⁾ Cfr. C. Cost., sent. n. 128 del 1987, cit. In dottrina, v. SOTTANI, *Estradizione di un minore negata a uno Stato estero e processo in Italia*, in *Giur. it.*, 1989, II, 216; MARCHETTI, voce *Estradizione*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 405.

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 5 ottobre 2006 – *Pres. est. Medoro* – K.

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Convenzione europea di estradizione – Estradizione per l'estero – Condizioni – Insussistenza (Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, ratificata con L. 30 gennaio 1963, n. 300, art. 2 § 1; c.p.p., artt. 605 e 704, comma 2).

In conformità a quanto previsto dall'art. 2 par. 1, secondo periodo, della Convenzione europea di estradizione firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, non può essere concessa l'extradizione al fine di dare esecuzione ad un provvedimento cautelare, qualora la durata della misura restrittiva sia inferiore a quattro mesi (1).

(*Omissis*). La Corte ritiene di dover rigettare la domanda di estradizione del cittadino polacco K. W. A., formulata dalla repubblica di Polonia in data xxx.

La ragione di questa decisione – che disattende sia le richieste dal procuratore generale della repubblica che la requisitoria depositata il xxx sia quelle formulate dal P.M. d'udienza – appare chiara ove, da un lato, si tenga presente il provvedimento in esecuzione del quale l'extradizione è stata domandata; ed, ove, dall'altro, si valuti tale provvedimento alla luce della normativa applicabile nella fattispecie in esame.

Alla stregua di tale metodo, la Corte rileva, anzitutto, che la domanda di estradizione in parola è stata proposta al fine di dare esecuzione al provvedimento di custodia cautelare che il tribunale Circondario le polacco di Swidnica ha emesso in data xxx nei confronti del K., per avere egli, nel periodo tra il dicembre 2002 e il gennaio 2003, distribuito, in località D., marijuana a tre minorenni, per un totale di grammi 3: fatto, questo, punito con la pena massima di cinque anni, per violazione dell'art. 45 della legge antidroga in relazione all'art. 12 del c.p. polacco.

Ma v'è di più. Una semplice ma attenta lettura delle "carte" trasmesse dalle autorità giudiziarie polacche consente, infatti, di rilevare che il provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale del K., adottato dal Tribunale di Swidnica su formale richiesta del competente Procuratore della repubblica, è stato emesso per un periodo di appena tre mesi, decorrenti dall'arresto dell'estradando. Trattasi di una circostanza particolarmente rilevante ai fini della decisione negativa adottata da questa Corte, in quanto proprio la limitata durata della predetta misura cautelare adottata nei confronti del K. Integra una condizione assolutamente ostativa all'accoglimento della domanda di estradizione:

ciò per il preciso disposto dell'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge 30 gennaio 1963, n. 300, con la quale lo Stato italiano ha ratificato e recepito nel nostro ordinamento giuridico la Convenzione europea di estradizione firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, la cui applicazione peraltro è stata invocata dalla repubblica di Polonia.

Tale norma – la cui rubrica si intitola, significativamente, “Fatti che danno luogo all’extradizione” recita testualmente, nel primo periodo: “Daranno luogo all’extradizione i fatti che le leggi della Parte richiedente e della Parte richiesta puniscono con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà di un massimo di almeno un anno o con una pena più severa”.

La norma prosegue, poi, stabilendo altrettanto significativamente, nel secondo periodo, che “Quando la condanna a una pena è stata pronunciata o una misura di sicurezza è stata inflitta sul territorio della Parte richiedente, la sanzione pronunciata deve essere della durata di almeno quattro mesi”.

Orbene, non può ragionevolmente dubitarsi che la norma in esame, oltre a richiedere, di regola, la c.d. “doppia incriminabilità”, ai fini di una valida domanda di estradizione, postuli un ulteriore requisito, prevedendo che si possa far luogo all’extradizione nel caso in cui sia necessario dare esecuzione ad una misura di sicurezza (da intendersi nel senso lato come misura restrittiva della libertà personale) inflitta nel territorio della Parte richiedente, soltanto quando tale misura abbia almeno la durata di quattro mesi.

Trattasi di una norma la cui ratio è peraltro condivisibile, in quanto con essa si è voluto fissare – peraltro nel pieno rispetto di quanto pattuito dai paesi firmatari della citata convenzione europea di estradizione del 13.12.1957 – un limite minimo – quello di quattro mesi – riferibile sia alla pena inflitta con la sentenza di condanna sia alla “misura di sicurezza” (ossia alla misura restrittiva della libertà personale) – limite in presenza del quale soltanto è consentito attivare la procedura estradizionale, procedura commessa e delicata in quanto suscettibile di incidere nella sfera dei diritti fondamentali della persona, quale, quello della libertà personale costituzionalmente garantita.

La Corte ritiene, pertanto, alla stregua della considerazioni svolte, che nella fattispecie esaminata difetti proprio la condizione indispensabile appena evidenziata, avendo il tribunale circoscrizionale di Swidnica legittimamente ritenuto, nella sua autonomia, di dover fissare in appena tre mesi la durata della misura cautelare adottata nei confronti di K. W. A.

Il rigetto della domanda di estradizione comporta, necessariamente, la revoca della misura cautelare alla quale il K. è attualmente sottoposto in forza dell’ordinanza di questa Corte del xxx. (*Omissis*).

(1) Meccanismi ostativi alla consegna in materia di estradizione passiva

1. La decisione in commento s'inserisce nel contesto della problematica relativa alle richieste di estradizione passiva (o per l'estero), come disciplinata dalla convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, ed in particolare all'art. 2 § 1 della stessa.

Nel merito, la Corte di appello di Perugia rigettava la domanda di estradizione del cittadino polacco K. W. A., formulata dalla Repubblica di Polonia e riproposta al fine di dare esecuzione ad un provvedimento di custodia cautelare per l'averne egli, secondo l'accusa mossa a suo carico, distribuito della marijuana a tre minorenni, nel periodo tra il mese di dicembre 2002 e di gennaio 2003, per un totale di tre grammi.

Una corretta ricostruzione dell'*iter* logico-motivazionale seguito dalla Corte, presuppone una concisa analisi dell'istituto, anello di congiunzione tra la *lex fori* e l'ambito di cooperazione sopranazionale.

2. Il cammino verso l'effettivo passaggio «da un sistema di cooperazione giudiziaria ad uno spazio giudiziario comune» ⁽¹⁾, va oggi sempre più concretizzandosi a seguito dell'adozione della decisione quadro del 13 giugno 2002 ⁽²⁾, istitutiva del mandato di arresto europeo ⁽³⁾.

⁽¹⁾ LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, 6, 1040.

⁽²⁾ Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, in *G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, L-190, 1.

⁽³⁾ Con tale espressione si intende, in base alla definizione datane dall'art. 1 della decisione quadro, una «decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà». Per un'approfondita analisi in merito all'istituto del "mandato di arresto europeo", ed alle prospettive di collaborazione internazionale, si veda AA.VV. *Mandato di arresto europeo. Dall'estradizione alla procedura di consegna*, a cura di Bargis - Selvaggi, 2005; AA.VV. *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di Pansini e Scalfati, 2005; AA.VV. *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di Kalb, 2005; BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Pol. dir.*, 2004, 1, 67; Id., *Il mandato di arresto europeo: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2003, 2422; BRUTI LIBERATI - PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *Quest. giust.*, 2002, 76; CAIANIELLO VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 465; CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1565; GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006; GREVI, *"Il mandato di arresto europeo" tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, 2002, 119; MANZIONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *Leg. pen.*, 2002, 977; RANALDI, *La*

Il nuovo istituto che è andato delineandosi affonda le sue radici nel complesso fenomeno dell'extradizione, la quale, pur essendo destinata ad essere sostituita per ciò che riguarda l'aspetto regolamentato dalla convenzione europea di estradizione⁽⁴⁾, conserva un ruolo determinante nel settore dei rapporti con le autorità straniere⁽⁵⁾.

Dietro alla denominazione di estradizione si dipana un istituto alquanto sfaccettato, costituito da un complesso di atti miranti alla stipulazione e successiva esecuzione di un accordo di cooperazione internazionale, di carattere particolare in materia penale⁽⁶⁾, il cui risultato finale consiste nella consegna di una persona perseguita in uno Stato per uno o più fatti costituenti reato⁽⁷⁾. Connotato da una forte commistione tra una fase prettamente giurisdizionale ed un imprescindibile vaglio di natura politico-amministra-

cooperazione internazionale in materia penale tra estradizione e mandato di arresto europeo, in *Giur. it.*, 2004, 228; ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione*, 2004; SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1031; SIRACUSANO, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2003, 926; TIBERI, *Il mandato di arresto europeo*, Roma, 2006. In relazione alla legge italiana di attuazione, n. 69 del 22 aprile 2005, si veda AA.VV., *Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, in *Guida dir.*, 2005, 19, 65-113; BRUTI LIBERATI, *Un mandato di arresto europeo che tradisce i principi comunitari*, in *Guida dir.*, 2005, 18, 11 s.; DE AMICIS - IZZOLINO, *Al via in Italia il mandato d'arresto Ue*, in *Dir. giust.*, 2005, 19, II, 58 ss. (inserto speciale); ID., *Mandato d'arresto Ue e legge italiana: così le disposizioni finali e transitorie*, in *Dir. giust.*, 2005, 21, 118 s.; RANDAZZO, *Uno strumento di cooperazione con garanzie ancora da «ratificare»*, in *Guida dir.*, 2005, 18, 13.

⁽⁴⁾ Nel preambolo della decisione quadro (9° Considerando) è espressamente stabilito che «il mandato di arresto europeo dovrebbe sostituire tra gli Stati membri tutti i precedenti strumenti in materia di estradizione (...)».

⁽⁵⁾ L'art. 16 § 3 della decisione quadro disciplina il «caso di conflitto tra un mandato di arresto europeo ed una richiesta di estradizione presentata da un paese terzo» stabilendo come, in tale ipotesi, «la competente autorità dell'esecuzione» decide «se dare la precedenza al mandato di arresto europeo o alla richiesta di estradizione (...)». Ne discende il ruolo di riferimento che ancor oggi ricopre l'istituto dell'extradizione.

⁽⁶⁾ ESPOSITO, voce *Estradizione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1.

⁽⁷⁾ Nato essenzialmente quale strumento per preservare l'ordine e la potestà del Sovrano, garantendo al contempo rapporti pacifici con gli altri Stati, l'istituto dell'extradizione assume la sua attuale veste di strumento di collaborazione internazionale con la nascita e l'affermazione degli Stati nazionali. Per un'attenta analisi delle origini storiche dell'extradizione vedi BASSIOUNI, *Premesse in tema di estradizione nel diritto penale internazionale*, in *Estradizione e spazio giuridico europeo. Incontro di studio e documentazione giuridica per magistrati*, Roma, 1981, 17. In particolare, è a seguito dell'affermazione delle teorie illuministiche ed alla caduta dei regimi assoluti, che si assiste ad un ampliamento delle procedure e delle formalità esecutive le quali, seppur nate al fine di garantire un'effettiva affermazione dei diritti fondamentali, hanno spesso determinato disfunzioni operative.

tiva ⁽⁸⁾, il suddetto procedimento assume forme peculiari in base al contesto e all'angolo visuale nel quale si inserisce. Si possono così distinguere un'extradizione di tipo processuale (o cognitiva) da una esecutiva, a seconda che la consegna della persona sia richiesta per sottoporla a giudizio, ovvero per eseguire una pena detentiva; diversamente, si avrà un'extradizione convenzionale o extraconvenzionale in relazione alla presenza o meno di una fonte pattizia a regolamentare l'istituto. Ulteriore criterio distintivo viene infine a caratterizzare il rito estradizionale a seconda che l'Italia sia lo Stato richiedente (extradizione attiva o dall'estero) o richiesto (extradizione passiva o per l'estero) di effettuare la consegna.

3. Il libro XI del vigente codice di rito penale si apre con una puntualizzazione emblematica sin dalla rubrica: nell'indicare le fonti regolatrici dell'istituto, il legislatore si è premurato di porre in posizione apicale le disposizioni delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato ⁽⁹⁾, alle quali subentrano, con funzione suppletiva, le norme di diritto internazionale generale ed infine, ma solo dinnanzi alla totale assenza di regolamentazione, il disposto degli artt. 696 e seguenti del codice di rito.

La scelta codicistica risente in maniera evidente dell'influsso, derivante da consolidate esperienze convenzionali, in una consapevole consonanza d'intenti con il dettato dell'art. 2 della legge delega n. 81 del 1987, nel quale si colloca il *dictat* per il legislatore delegato di «(...) adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale».

Così come delineato, pertanto, il meccanismo dell'extradizione si profila quale istituto di diritto processuale penale internazionale, di natura incidentale, che va innestandosi nell'ambito di un procedimento principale di cognizione ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Si possono individuare, all'interno del rito estradizionale, una fase preliminare ed una fase finale di spettanza del Ministero della Giustizia, ed una fase di garanzia giurisdizionale ad appannaggio dell'autorità giudiziaria. Così ESPOSITO, voce *Extradizione*, cit., 11.

⁽⁹⁾ MOSCONI-PISANI, *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria*, 1984, 39. Le principali fonti del diritto convenzionale europeo in materia di estradizione sono: la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e i due Protocolli addizionali, la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977, la Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990, la Convenzione di Bruxelles del 10 marzo 1995 e la Convenzione di Dublino del 27 settembre 1996 (quest'ultime due non ancora ratificate dall'Italia e non ancora entrate in vigore a livello europeo).

⁽¹⁰⁾ CATELANI-STRIANI, *L'extradizione*, 1983, 315. Il fatto che la relativa disciplina contenga disposizioni concernenti il tipo di reati o delle persone soggette ad estradizione non incide sulla natura dell'istituto, che resta di natura processuale.

4. A prescindere dall'addentrarsi nel merito delle dinamiche procedurali dell'istituto ⁽¹¹⁾, ed in relazione al caso di specie, preme in questa sede dedicare particolare attenzione all'aspetto sopranazionale, nello specifico alla Convenzione europea di estradizione, sottoscritta a Parigi il 13 dicembre 1957 e resa esecutiva in Italia con legge 30 gennaio 1963, n. 300 ⁽¹²⁾.

Innanzi alla sempre maggiore capacità di organizzarsi della delinquenza, specie oltre i confini nazionali, si assiste ad una rinnovata attenzione per lo strumento dell'extradizione, la quale viene ad essere oggetto non più solo di singoli accordi bilaterali, spesso inadatti ad assicurare un'adeguata azione comune, ma di convenzioni multilaterali, quali la richiamata Convenzione europea di estradizione del 1957 ⁽¹³⁾. Fulcro e scopo dell'Accordo è sostanzialmente quello di individuare un compromesso tra le due anime dell'extradizione, la quale, se da un lato si propone di contrastare il crimine, dall'altro va sapientemente bilanciata per salvaguardare esigenze umanitarie ⁽¹⁴⁾.

Nel tentativo di semplificare le procedure estradizionali dettando criteri uniformi cui attenersi, nel corpo della convenzione vengono preliminarmente codificati notevoli limiti all'attivazione dell'istituto, di natura sia soggettiva che oggettiva. A titolo esemplificativo, i più rilevanti sono il divieto di estradizione per i reati politici ⁽¹⁵⁾, la condizione di cittadino del

⁽¹¹⁾ Per il quale si rinvia all'esauriente trattazione di ESPOSITO, voce *Estradizione*, cit., 1; GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, 963 ss.; CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995; MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990; ACHILLUZZI, *Estradizione*, in *Rapporti intergiurisdizionali*, coord. da Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2002, 149; RANALDI, voce *Estradizione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, 470.

⁽¹²⁾ Tale atto è stato definito come "il primo vero tentativo di regolare la materia fra gli Stati europei a mezzo di un accordo che ne toccasse tutti gli aspetti". Così TIZZANO, *La convenzione europea di estradizione*, in *Ann. dir. internaz.*, 1965, 207. La convenzione, la cui stipula è contemporanea alla firma del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo (MEC), rappresenta la base del processo di unificazione dell'Europa.

⁽¹³⁾ Alla quale hanno poi fatto seguito due protocolli, sottoscritti a Strasburgo rispettivamente nel 1975 e nel 1978, riguardanti l'uno l'interpretazione restrittiva del concetto di reato politico, l'altro concernente il reato fiscale, il giudizio in contumacia, l'applicazione dell'amnistia e talune regole di procedura. Il testo della Convenzione europea di estradizione e dei protocolli addizionali può leggersi in MARCHETTI, *La convenzione europea di estradizione*, Milano, 1990.

⁽¹⁴⁾ Tale dicotomia emergeva dal rapporto pubblicato dal Consiglio di Europa assieme al testo della convenzione. V. CATELANI-STRIANI, *L'extradizione*, cit., 316.

⁽¹⁵⁾ L'art. 3 della Convenzione vieta l'extradizione qualora il reato per cui essa viene richiesta sia considerato di natura politica dallo Stato richiesto. In merito alla nozione ed alla definizione di reato politico si veda CORDERO, *Codice di procedu-*

soggetto da estradare ⁽¹⁶⁾, le clausole di non discriminazione ⁽¹⁷⁾ ed infine il c.d. "requisito della doppia prevedibilità del fatto", ossia che il fatto per il quale si richiede di procedere sia previsto come reato in entrambi gli ordinamenti ⁽¹⁸⁾.

La regola non presuppone identità di reato negli ordinamenti dei due Stati. Di conseguenza, è ammissibile l'estradizione anche quando sia data al fatto una qualificazione giuridica diversa. Il fatto che tale principio, pur traendo fondamento da quello di legalità ⁽¹⁹⁾, in base al quale nessuno può

ra penale, Torino, 1990, 793; CHIAVARIO, *Rapporti tra delitto politico ed estradizione*, in *Estradizione e spazio giuridico europeo*, Incontro di studi e documentazione giuridica per magistrati, Roma, 1981, 191.

⁽¹⁶⁾ All'art. 6 della Convenzione è prevista la facoltà, per ciascuno Stato contraente, di rifiutare l'estradizione di propri cittadini, in accordo con l'art. 26 della nostra Costituzione, il quale contempla la possibilità di concedere l'estradizione solo a patto che vi sia un trattato e solo a condizione che abbia ad oggetto reati comuni.

⁽¹⁷⁾ Le quali permettono allo Stato di rifiutare l'estradizione se vi sono fondati motivi per ritenere che il soggetto possa venire sottoposto ad un trattamento processuale o subire una pena esecutiva la quale si risolva in un trattamento discriminatorio per motivi razziali, sociali, religiosi o politici. Tale clausola è contenuta sia nell'art. 3 § 2 della Convenzione che, con un più ampio ambito di applicazione, nell'art. 698 del c.p.p.

⁽¹⁸⁾ Art. 2 della Convenzione.

⁽¹⁹⁾ La discussa natura di una simile disposizione, che per alcuni trova origine nel principio di reciprocità che sta alla base della collaborazione internazionale (in tal senso SHEARER, *Extradition in international law*, 1971, 137), nella letteratura italiana trae giustificazione nel principio di legalità. Al riguardo, per un'approfondita ricognizione di insieme, si veda PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, Milano, 1973; DE FRANCESCO, *Il concetto di fatto nella previsione bilaterale e nel principio del "ne bis in idem" in materia di estradizione*, *Ind. pen.*, 1981, 633 ss., il quale puntualizza come sia dapprima necessario esaminare il fatto oggetto di qualificazione («e già qualificato») alla stregua di una fattispecie penale dell'ordinamento dello Stato richiedente; e, successivamente, di stabilire (...) se il fatto costituisce reato nello stato detentore in virtù di quei medesimi elementi che integrano una fattispecie penale nello stato che domanda l'estradizione». In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 14 settembre 1995, Aramini, in *Cass. pen.*, 1996, 3686. Delineato il concetto di "fatto", risulta necessario, in secondo luogo, verificare l'incidenza di eventuali cause di giustificazione, condizioni obiettive di punibilità, ovvero cause di estinzione del reato e della pena (V. RANALDI, voce *Estradizione*, cit., 473 s.). Se in merito alle prime si segnalano correnti contrastanti, distinguendo tra chi ne sostiene l'irrelevanza ai fini della verifica del requisito della doppia incriminabilità (DE FRANCESCO, *op. cit.*, 643) e chi, invece, ritiene che il persistere di una causa scriminante precluda al fatto per cui è domandata l'estradizione di configurare un reato (v. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, cit., 72), vi è uniformità nel considerare rilevanti le condizioni obiettive di non punibilità ai fini della previsione bilaterale del fatto (per tutti MARCHETTI, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, cit., 54. Analogamente DE FRANCESCO, *op. cit.*, 639). Del tutto mutevole, in relazione al contesto ed alle soluzioni operative applicate in sede

essere punito per un fatto che non sia previsto dalla legge come reato, non trovi alcuna copertura costituzionale, essendo recepito solo nell'art. 13 del codice penale⁽²⁰⁾, rende difficile qualificare l'effettiva portata della disposizione. Mentre secondo un orientamento si reputa necessaria la coincidenza degli elementi costitutivi la fattispecie delittuosa, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito nei diversi ordinamenti⁽²¹⁾, di recente si è andata affermando l'ipotesi per la quale assurge consistenza il semplice disvalore penale attribuito al fatto dagli Stati interessati, essendo irrilevante sia l'eventuale diversità del titolo che l'effettivo trattamento sanzionatorio⁽²²⁾.

Nell'articolo 2 § 1, secondo periodo, alla regola della "doppia incriminabilità", la convenzione europea di estradizione, a differenza degli accordi bilaterali che l'hanno preceduta, procede ad associare il c.d. metodo "eliminativo", o "quantitativo", consistente nell'ancorare l'attivazione del meccanismo non ad un singolo reato, ma all'entità della pena (o della misura di sicurezza) prevista o inflitta per un determinato fatto criminoso in entrambi gli Stati contraenti⁽²³⁾. In pratica viene stabilito che, per procedere alla consegna, debba sussistere un determinato *quantum* di pena⁽²⁴⁾, richiedendo quale *conditio sine qua non* che i fatti siano puniti nei rispettivi ordinamenti con una pena restrittiva della libertà personale o con una misura di sicurezza detentiva non inferiore ad un anno, o con pena più severa; se,

sovranaazionale, è invece il rilievo assunto sia delle condizioni di procedibilità che delle cause estintive del reato e della pena.

⁽²⁰⁾ Ed è comunque derogabile in sede convenzionale. Così SELVAGGI-DE DONATO, *Art. 13*, in *Comm. c.p. Lattanzi e Lupo*, I, Milano, 2000, 328.

⁽²¹⁾ V. *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 12 maggio 1998, Alabdullah, in *Giust. pen.*, 1999, III, 602; Cass., sez. I, 16 dicembre 1989, Almiak., in *Riv. pen.*, 1991, 221. In dottrina PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, cit. 46.

⁽²²⁾ In dottrina MARCHETTI, *Estradizione*, cit., 401. In senso analogo, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 1° ottobre 2003, Buda, in *Mass. uff.*, n. 227818; Cass., sez. VI, 29 gennaio 1999, Sardinias., in *Mass. uff.*, 214137.

⁽²³⁾ Nei trattati più antichi era invece d'uso prevedere un'elencazione delle fattispecie criminose, integrabile poi, di volta in volta, dalle leggi speciali dei singoli Stati (c.d. metodo enumerativo, o qualitativo). V. QUADRI, voce *Estradizione* (dir. intern.), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 25. Frutto dell'iniziale indisponibilità a contrattare obblighi di cooperazione, nella pratica ciò comportava svantaggi sia in relazione alla difficoltà di ricondurre ad un determinato *nomen iuris* tipologie di reato differentemente qualificati, sia perché veniva richiesta una costante opera di adeguamento ai sempre più frequenti mutamenti legislativi per mezzo di successivi accordi integrativi.

⁽²⁴⁾ In giurisprudenza si è puntualizzato come il limite di pena deve intendersi riferito alla pena edittale massima contemplata nella legislazione di entrambi gli Stati: Cass., sez. I, 17 novembre 1989, Grandia, in *Riv. pen.*, 1990, 890; in ipotesi di reato continuato bisogna invece fare riferimento non alla pena astrattamente prevista per ciascun reato, ma a quella complessivamente inflitta: così Cass., sez. V, 10 dicembre 1985, Bernardini, in *Cass. pen.*, 1987, 577. In dottrina MOSCONI-PISANI, *Le convenzioni di estradizione ed assistenza giudiziaria*, cit., 56.

invece, si tratta di estradizione esecutiva - sentenza di condanna o misura di sicurezza ⁽²⁵⁾ -, la pena inflitta non deve essere inferiore a quattro mesi.

De iure condendo, va segnalato come nella recente disciplina del “mandato di arresto europeo” si sia optato per un’applicazione congiunta dei due metodi ⁽²⁶⁾. Se da un lato si è superato il criterio della doppia incriminazione, operando il mandato di arresto europeo per tutti quei reati che, in forza della legge dello Stato membro richiedente, prevedono in astratto una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà personale, della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, in caso di mandato a fini esecutivi, per condanne di durata non inferiore a quattro mesi ⁽²⁷⁾, d’altro canto, nel secondo paragrafo si provvede ad un’elencazione tassativa di reati, in presenza dei quali gli Stati sono obbligati ad eseguire il mandato.

5. Nell’ipotesi di merito, la *querelle* trae origine dall’avere, l’autorità polacca, erroneamente invocato l’applicazione del suddetto art. 2 § 1 della Convenzione europea di estradizione a fronte di un provvedimento cautelare custodiale emesso per un periodo limitato di appena tre mesi, il quale, come rilevato dal Collegio, risulta *contra tenorem rationis, per tabulas* inidoneo ad attivare il meccanismo di consegna. Come osservato in motivazione, la soglia quantitativa minima richiesta dalla disposizione convenzionale risponde all’esigenza di fissare un *quantum* di consistenza affinché si proceda ad attivare la delicata e complessa procedura estradizionale, «susceptibile di incidere nella sfera dei diritti fondamentali della persona, quale quello della libertà personale costituzionalmente garantita».

ALESSIO DAVID FORTUNA

⁽²⁵⁾ Da intendersi in senso lato, comprensivo di ogni misura restrittiva della libertà personale. V. MOSCONI-PISANI, *Le convenzioni di estradizione ed assistenza giudiziaria*, cit., 57.

⁽²⁶⁾ V. art. 2 decisione quadro.

⁽²⁷⁾ In tali ipotesi la normativa europea rimette ai singoli Stati membri la scelta di eseguire o meno il mandato. Nello specifico il nostro Paese ha optato per dare esecuzione ai reati non compresi nella lista solo a condizione che ricorra il requisito della doppia incriminazione (art. 7 legge 69 del 2005).

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 15 dicembre 2006 – *Pres. est.*
Muscato – L.

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Estradizione per l'estero – Estradizione di imputato minorenni – Disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato – Inammissibilità (Cost., art 31; Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificata con L. 30 gennaio 1963, n. 300; c.p.p., art. 705).

Non può essere concessa l'estradizione di imputato che alla data del commesso reato era minorenni, nel caso in cui la legislazione dello Stato richiedente non assicuri un trattamento giuridico differenziato rispetto a quello dell'adulto, idoneo a soddisfare l'esigenza di tutela della condizione minorile che nell'ordinamento italiano assume il rango di diritto fondamentale della persona (1).

(*Omissis*). Osserva, in primo luogo, la Corte che non possono sussistere dubbi circa l'autenticità della documentazione posta a sostegno della richiesta, per essere questa stata trasmessa con nota dell'ambasciata di Romania in Italia inviata alla procura generale presso questa corte con nota del ministero degli affari esteri, e che non v'è ragione di ritenere che il condannato verrà sottoposto agli atti persecutori o discriminatori, ovvero alle pene e trattamenti configuranti violazioni dei diritti fondamentali della persona, specificati nell'art. 698 codice di procedura penale. Tuttavia è da escludere che sussistano le condizioni richieste dalla legge per procedere all'estradizione del L.I.

È pacifico che l'estradando, essendo nato il ..., alla data del commesso reato, ..., era minorenni, come è certo che fu giudicato da un giudice ordinario. La Suprema Corte di Cassazione, con decisione che questa corte ritiene del tutto condivisibile, ha stabilito che «È stato già affermato nella giurisprudenza di questa Corte (Cass., sez. I, 25 maggio 1987, Sciacca; Cass., sez. VI, 19 gennaio 2004, Spika) il principio che non può essere concessa estradizione – ostandovi le esigenze di tutela nella condizione minorile che nel nostro ordinamento (art. 31 Cost.) assume rango di diritto fondamentale della persona – in presenza di legislazione straniera che non assicura, sul piano processuale e sostanziale, un trattamento giuridico differenziato (e mitigato) rispetto a quello riservato all'adulto. Sul piano delle normative specifiche opportunamente si ricordano – proprio nella sentenza citata da ultimo e dalla quale non c'è motivo di discostarsi, viste le conformi conclusioni dello stesso P.G. di udienza – l'art. 14.4 del Patto internazionale (ratif. con L. 25 ottobre

1977, n. 881) relativo ai diritti civili e politici, che prevede il divieto di estradizione per il minorenni destinato ad essere giudicato come un adulto, in condizioni di imputabilità presunta (cioè senza alcun accertamento sul grado di maturità psichica) sol che abbia raggiunto una certa età e con la prospettiva di esecuzione della pena detentiva eventualmente inflittagli in un istituto comune di adulti. Analoghi principi si leggono nelle c.d. "Regole di Pechino" (adottate nell'Assemblea Generale dell'ONU risoluz. N. 33 del 29/11/1985) e nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 18 aprile 1988, oltre che nell'art. 37, lett. c) della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratif. con L. 27 maggio 1999, n. 176), pure richiamata dal ricorrente. D'altronde, già da tempo la Corte Costituzionale (sent. n. 128/1987) ha sottolineato l'esigenza che il necessario trattamento particolare del minore passi sia attraverso la dimostrazione della capacità di intendere e di volere, sia (quando per legge risulti inevitabile l'assoggettamento a pena detentiva) per un sistema penitenziario capace di garantire al deviante concrete prospettive di recupero. Nel caso di specie risulta dalla sentenza di condanna: a) che il Baran fu giudicato insieme con imputati maggiorenni, quindi da un giudice ordinario e con rito non differenziato (che esista o non in quel Paese un organo specializzato); b) che di nessun particolare accertamento si fa cenno nel documento quanto a una possibile verifica in concreto delle condizioni di imputabilità; c) che neanche vi è accenno alla circostanza che un di lui genitore (o persona che ne faccia le veci) abbia avuto notizia del procedimento in corso, quantomeno ai fini della scelta del difensore. Risulta viceversa – dalla certificazione del Collegio degli Avvocati di Suceava da ultimo prodotta dalla difesa, atto al quale, comunque, è da assegnare un valore – che in Romania sono istituiti soltanto dei penitenziari comuni, con la particolarità che i minori vengono "raggruppati nella stessa stanza".

Deriva da questo quadro che l'ordinamento rumeno si pone, per la parte che qui interessa, in contrasto coi diritti fondamentali riguardanti la condizione minorile» (*Omissis*).

(1) Estradizione e diritti dell'imputato minorenne

1. La sentenza in epigrafe ha ritenuto insussistenti nei confronti dell'imputato, cittadino rumeno, minorenne all'epoca del commesso reato, le condizioni per l'accoglimento della domanda di estradizione esecutiva presentata dal Governo della Repubblica di Romania. In particolare, la Corte d'Appello di Perugia ha ritenuto decisiva, ai fini del rigetto della domanda, la circostanza che nell'ordinamento giuridico rumeno il processo non fosse stato trattato da un giudice specializzato e che, sotto il profilo strettamente

normativo, non sia prevista una diminuzione di pena per l'imputato minore e l'accertamento della sua responsabilità penale si fondi sulla medesima presunzione di imputabilità operativa per quello maggiorenne.

Tutto ciò, secondo la Corte, è incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, nel quale la minore età dell'imputato comporta, innanzitutto, un accertamento specifico della capacità di intendere e di volere, nonché un trattamento specifico sia nella fase del giudizio che in quella di esecuzione della pena; la rinuncia a tali principi comporta, pertanto, una lesione dei principi fondamentali dello Stato e della sua sovranità, che nell'ambito della procedura di estradizione passiva costituisce un motivo obbligatorio di rifiuto della consegna, ai sensi dell'art. 705, comma 2, lett. a) e b) c.p.p.

2. Nell'ordinamento interno la minore età in sé considerata non è ostativa all'estradizione. Né la normativa interna, né quella convenzionale⁽¹⁾ – salvo limitate eccezioni⁽²⁾ –, contengono alcuna disciplina specifica concernente l'estradabilità dell'infradiciotenne.

Sulla materia è però destinata ad incidere una pronuncia della Corte Costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità della legge 9 ottobre 1974, n. 632 per contrasto con gli artt. 27, 1° e 3° comma, e 31, ultimo comma, Cost., nella parte in cui, ratificando il Trattato di estradizione tra Italia e gli Stati Uniti firmato a Roma il 18 gennaio 1973, consentono l'estradizione dell'imputato minore anche quando l'ordinamento dello

⁽¹⁾ Le principali fonti del diritto convenzionale europeo in materia di estradizione sono la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e i due Protocolli addizionali; la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977; la Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990; la Convenzione di Bruxelles del 10 marzo 1995 e la Convenzione di Dublino del 27 settembre 1996 (quest'ultime due non ancora ratificate dall'Italia e non ancora entrate in vigore a livello europeo). Il testo delle convenzioni è reperibile in PISANI-MOSCONI, *Codice delle leggi di estradizione ed assistenza giudiziaria penale degli Stati membri delle Comunità europee*, Milano, 2004, 453 ss. e 943 ss. In dottrina in generale v. RANALDI, voce *Estradizione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Torino, 2005, 470; ESPOSITO, voce *Estradizione*, in *Enc. giur.*, XIII, 1989, Roma, 1 ss.; CATELANI-STRIANI, *L'estradizione*, Milano, 1983.

⁽²⁾ Cfr. gli artt. 7 del Trattato di estradizione Italia-Austria del 1985; 3.1 lett. g del Trattato di estradizione Italia-Bulgaria del 1992; 3.1 lett. h della Convenzione di estradizione Italia-Polonia del 1989; nonché gli artt. I.4 dell'Accordo Italia-Austria aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 1957, firmata a Vienna il 20 febbraio 1983, resa esecutiva con L. 9 giugno 1977, n. 628 ed entrato in vigore il 27 novembre 1977; e I.2 dell'Accordo Italia-Germania aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 1957, firmato a Roma il 24 ottobre 1979, resa esecutivo con L. 11 dicembre 1984, n. 969, ed entrato in vigore il 4 luglio 1985. Per tali riferimenti cfr. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 870, nonché PISANI, *Estradizione o consegna del minore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 29.

Stato richiedente non lo considera minore, ed applica, di conseguenza, nei suoi confronti il trattamento processuale riservato all'adulto⁽³⁾.

Seppur concernente una specifica regolamentazione pattizia, peraltro neppure riprodotta nel vigente accordo di estradizione tra Italia e Stati Uniti⁽⁴⁾, i principi di tale autorevole decisione non possono che assumere una portata generale. La Corte, in particolare, evidenzia la necessità di valutazioni del giudice fondate su prognosi individualizzate in ordine alla prospettive di recupero del minore, sottolineando che l'esigenza di tutelare la condizione minorile nel processo penale deriva non soltanto dalla norma sulla tutela della gioventù (art. 31 Cost.), come espressamente riconosciuto anche nella sentenza in epigrafe, ma altresì dal principio di rieducazione del reo, che l'art. 27, comma 3, Cost. considera finalità essenziale della pena e che impone al processo minorile di assumere una specifica, peculiare struttura idonea alla rieducazione ed al reinserimento sociale del minore⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cfr. Corte cost., 15 aprile 1987, n. 128, in *Foro it.*, 1988, I, 1469, a margine della quale v. BASSO, *L'extradizione dell'imputato minorene nel trattato Italia-U.S.A. ed una declaratoria di parziale illegittimità*, in *Leg. pen.*, 1988, 116 ss.; DEL TUFO, *Sui limiti costituzionali alla estradibilità del minore*, in *Foro it.*, 1988, I, 1469 ss. Il Trattato del 1973, infatti, all'art. VII, contiene la clausola secondo cui «qualora una domanda di estradizione venga presentata a norma del presente Trattato per una persona che alla data di tale domanda sia minore degli anni diciotto e sia considerata dalla Parte richiesta come proprio residente, la Parte richiesta, qualora ritenga che l'extradizione sconvolgerebbe il reinserimento sociale e la riabilitazione di detta persona, può raccomandare alla Parte richiedente di revocare la domanda di estradizione, precisandone le ragioni».

⁽⁴⁾ Trattato firmato a Roma il 13 ottobre 1983 e reso esecutivo con L. 24 maggio 1984, n. 224, entrata in vigore il 24 settembre 1984. Il Trattato del 1983, rispetto a quello del 1973, non contiene, infatti, alcuna norma specifica per il minore estradando. In argomento STRIANI, *L'extradizione con gli Stati Uniti d'America*, in *Quaderni Giustizia*, 1984, 36, 54.

⁽⁵⁾ Corte cost., 15 aprile 1987, n. 128, cit., 1470. La pronuncia si inserisce all'interno dell'ormai nota "vicenda Sciacca". Antony Sciacca, infradiciassettenne al momento della commissione dei fatti, era stato arrestato in Italia per fini estradizionali. Un ordine di cattura era stato a suo tempo emesso da una Corte dello Stato di New York, in ordine a una serie di delitti che, per la loro gravità, alla stregua della legislazione dello Stato di New York, privavano il minore delle particolari forme di tutela riservate, *ratione aetatis*, al c.d. delinquente minorile. Conseguenze: lo Sciacca sarebbe stato giudicato dagli organi giudiziari come fosse un adulto; la sua imputabilità sarebbe stata presunta senza alcun previo accertamento; nella fase esecutiva avrebbe subito il trattamento degli adulti. In linea di fatto la Corte d'Appello di Palermo aveva deliberato potersi concedere l'extradizione, e contro tale pronuncia era stata chiamata ad intervenire la Cassazione. Quest'ultima, in due riprese (v. Cass., sez. I, 26 novembre 1984, (ord.), Sciacca, in *Giur. cost.*, 1985, II, 363; Cass., sez. I, 22 novembre 1985, (ord.), Sciacca, *ivi*, 1986, II, 778), aveva quindi investito la Corte Costituzionale in ordine alla asserita illegittimità, alla stregua degli artt. 27, comma 3° e 31 Cost., della normativa – *in primis* la l. 9

Tale decisione rappresenta il caposaldo di ulteriori ed ampi sviluppi giurisprudenziali ⁽⁶⁾: alla luce dei principi affermati dalla Consulta, infatti, si afferma in tutta la giurisprudenza successiva il principio per cui la minore età non costituisce, di per sé, un ostacolo alla concessione dell'extradizione, ma rileva in senso ostativo solo ove il paese richiedente non preveda meccanismi differenziati rispetto a quelli applicabili ai soggetti adulti, idonei a tutelare, in sede sia processuale che esecutiva, le specificità dell'individuo minorenni ⁽⁷⁾.

Del resto, sottolinea la medesima giurisprudenza, la tutela dei diritti fondamentali del minore è apprestata non solo dalla Costituzione, ma anche negli Accordi internazionali in vigore per lo Stato. Infatti, sotto il profi-

ottobre 1974, n. 632 – che aveva disposto per l'esecuzione e la ratifica del Trattato di estradizione Italia-USA sottoscritto a Roma nel 1973. La Corte ha ritenuto che il trattamento processuale ed esecutivo che veniva delineandosi per l'imputato Sciacca, in caso di estradizione non fosse «compatibile con i principi che regolano nella Costituzione della nostra Repubblica la tutela della gioventù». Richiamando una serie di propri precedenti la Corte sottolinea la necessità di valutazioni del giudice fondate su prognosi individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante, questo essendo l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost. Ma ancor prima che con l'art. 31 Cost. la Corte ravvisava un contrasto con l'art. 27 Cost, con particolare riferimento al 1° comma, sulla premessa che personalità della responsabilità penale, fissata in tale comma, postuli la capacità di intendere e di volere, e quindi un suo necessario accertamento, e al 3° comma, nel senso che non può la pena «tendere alla rieducazione del condannato» se il condannato non è in grado di intenderne il contenuto rieducativo, né di volere la sua risocializzazione.

⁽⁶⁾ V., specialmente, Cass., sez. I, 25 maggio 1987, Sciacca, in *Giur. it.*, 1989, II, 216, la quale, chiamata a pronunciarsi in ordine alla menzionata decisione della Corte d'Appello di Palermo, a conclusione del "dialogo" instaurato con la Corte costituzionale e recependo i principi da quest'ultima enunciati, negava l'extradizione dell'imputato; analogamente Cass., sez. VI, 19 gennaio 2004, Spika, in *Riv. pen.*, 2005, 9, 1020, su ricorso riguardante richiesta di estradizione processuale da parte della Repubblica di Lettonia. Nel corso dei suoi accertamenti di merito, la Cassazione acquisiva dalla Lettonia una comunicazione circa le norme *ivi* vigenti in tema di processi a carico di imputati minorenni; dalle previsioni normative così riferite, la corte deduceva che, se pure la condizione del minore in quella repubblica baltica «è oggetto di un trattamento punitivo differenziato e mitigato rispetto a quello applicato al maggiorenne» non risulta tuttavia «né che il minorenni condannato a pena detentiva riceve un trattamento penitenziario in speciali istituti, né che l'accertamento giudiziale circa la sua capacità di intendere e di volere sia effettuato sulla base di indagini che tengano conto della specifica considerazione della sua personalità in via di sviluppo»; nello stesso senso, da ultimo, Cass., sez. VI, 7 ottobre 2005, Baran, in *Foro it.*, 2007, 2, 2, 111, su richiesta di estradizione avanzata dal governo della Repubblica di Romania. Per la giurisprudenza di merito v. App. Milano, 19 aprile 2006, Buta, in *Foro it.*, 2007, 2, 2, 114.

⁽⁷⁾ In questo senso DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., 870; MARCHETTI, voce *Estradizione*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 405.

lo del diritto internazionale, analoghi limiti all'estradiabilità del minore derivano dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'assemblea generale delle Nazioni unite il 16 dicembre 1966⁽⁸⁾ e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989⁽⁹⁾.

I due accordi sono stati ratificati dallo Stato italiano, rispettivamente con L. 25 ottobre 1977, n. 881 e con l. 27 maggio 1991, n. 176, e sono, dunque, vincolanti per l'Autorità giudiziaria, in virtù del rinvio mobile contenuto nell'art. 696, 1° comma, c.p.p.

In particolare, il Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che, nell'ambito del processo penale «la procedura applicabile ai minorenni dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro riabilitazione» (art. 14 par. 4); mentre la Convenzione di New York prevede che «ogni fanciullo privato di libertà sia trattato ... in maniera da tenere conto delle esigenze delle persone della sua età» (art. 37 lett. c) e impone agli Stati di adottare procedure specifiche per i fanciulli sospettati, accusati o riconosciuti colpevoli di aver commesso reati, in particolar modo attraverso la costituzione di autorità e istituzioni giudiziarie specializzate (art. 40 par. 3).

Non bisogna dimenticare, inoltre, la disciplina contenuta nelle "Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile" – note come "regole di Pechino" – approvate il 29 novembre 1985 con la Risoluzione 40/33 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Pur trattandosi solo di regole di politica legislativa, occorre fare presente che la Risoluzione parla di "regole minime" in quanto esse sono state «deliberatamente formulate in modo da essere applicate in sistemi giuridici differenti e, nello stesso tempo, per fissare delle norme minime per il trattamento dei giovani che delinquono, qualunque sia la loro definizione e qualunque sia il sistema che viene loro applicato»⁽¹⁰⁾; pertanto, in qualche modo, vincolanti per l'autorità giudiziaria italiana.

Valori, insomma, che, in quanto riconosciuti come fondamentali, trascendono la nozione di cittadinanza; al quale riguardo sarebbe forse più corretto dire che, più che essere "espressi dall'art. 31 Cost.", in esso si riflettono⁽¹¹⁾.

Ne deriva che, in tutti i casi in cui si profili un contrasto con tali principi, l'estradiizione non può essere concessa, ricorrendo la condizione ostativa di cui all'art. 705, 2° comma, c.p.p., in relazione alla tutela dei diritti fondamentali del minore, riconosciuti nella Costituzione e negli Accordi internazionali in vigore per lo Stato.

⁽⁸⁾ Il testo della Convenzione è riportato in VIGONI, *Codice della giustizia penale minorile*, Milano, 2005, 344.

⁽⁹⁾ Per il testo cfr. VIGONI, *Codice della giustizia penale minorile*, cit., 389.

⁽¹⁰⁾ Così il commento ufficiale al par. II della Risoluzione 40/33 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; se ne veda il testo in VIGONI, *Codice della giustizia penale minorile*, cit., 349 ss.

⁽¹¹⁾ Così PISANI, *Estradiizione o consegna del minore*, cit., 44.

3. Per meglio comprendere la problematica, e anche al fine di verificare i profili di compatibilità o di contrasto della legislazione minorile dello Stato richiedente con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, è opportuno delineare brevemente le caratteristiche del nostro sistema di giustizia minorile. Si tratta di un sistema di giustizia minorile, appunto, costituzionalmente orientato ⁽¹²⁾.

Non solo, infatti, l'ordinamento italiano prevede, come è noto, una presunzione assoluta di non imputabilità sino al raggiungimento del quattordicesimo anno di età (art. 97 c.p.), nonché un'ulteriore garanzia fondamentale per il minorenni, costituita dall'accertamento della capacità di intendere e di volere con riguardo agli infradiciottenni, quale presupposto per la punibilità degli stessi (art. 98 c.p.) ⁽¹³⁾, ma altre garanzie sono poi predisposte, essendosi realizzato un effettivo regime differenziato tra

⁽¹²⁾ In merito LARIZZA, *Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale*, Pavia, 1992, 7 e ss.; DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e Procedura penale minorili*, Milano, 1999, 37 ss.; LARIZZA, *Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 89; PALERMO FABRIS, *L'ascolto del minore e la giustizia penale*, in *Ind. pen.*, 2000, 1257 ss.; PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Milano, 2002, 35 ss. In generale sul processo penale minorile BOUCHARD, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 137; COCUZZA, voce *Procedimento a carico di minorenni*, in *Enc. giur.*, XIVbis, Roma, 1991, 1 ss.

⁽¹³⁾ Circa l'imputabilità dei minorenni in generale si vedano BARSOTTI-CALCAGNO-LOSANA-VERCELLONE, *Sull'imputabilità dei minori tra 14 e 18 anni*, in *Riv. it.*, 1975, 1226; BAVIERA, *Diritto minorile*, Milano 1976, II, 25 ss.; PIGHI, *La capacità di intendere e di volere dei minori fra i quattordici e i diciotto anni nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1976, 311; NOSENGO, *Questioni in tema di accertamento dell'imputabilità minorile*, in *Giur. it.*, 1979, II, 15; MORELLO, *Psicologia evolutiva e imputabilità del minore*, in *Giust. pen.*, 1982, I, 300; PONTI-GALLINA FIORENTINI, *Imputabilità e immaturità nel procedimento penale minorile*, in *Riv. polizia*, 1983, 560; PEPINO, voce *Imputato minorenni*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 286; PONTI-GALLINA FIORENTINI, voce *Immaturità*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 145; MARINI, *Minori e operatori del servizio sociale nell'esecuzione penale*, in *Riv. polizia*, 1995, 368; DOMANICO, *Minori ultraquattordicenni tra esperienze recenti e mutazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 761; MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 1996, 381 ss.; MARINI, voce *Imputabilità*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, Roma, 8; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 619 ss.; RICCIOTTI, *La giustizia penale minorile*, Padova, 2001, 22 ss.; PATANÉ, *Imputabilità minorile, misura e qualità della risposta penale: profili di diritto comparato*, in CATALDO-NEUBURGER (a cura di), *Processo penale minorile: aggiornare il sistema*, Padova, 2004, 117 ss.; nonché CAPRI, *L'accertamento della capacità di intendere e di volere nell'adolescente autore di reato*, in CATALDO-NEUBURGER (a cura di), cit., 139 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. V, 6 novembre 1992, Rizzotto, in *Riv. pen.*, 1993, 805; Cass., sez. I, 7 gennaio 1999, Abrigata, in *Giust. pen.*, 1999, II, 451, con nota di MANERA, *Osservazioni sul modo di computare l'età di una persona*; più di recente Cass., sez. II, 12 maggio 2005, Mansi, in *Mass. Uff.*, 231877; Cass., sez. IV, 26 gennaio 2005, Jovanovic, *ibidem*, 231046.

adulti e minori, non solo in materia sostanziale e processuale, ma anche *post rem iudicatam*.

Le coordinate fondamentali di un tale sistema sono state tracciate proprio dalle pronunce della Consulta, la quale, a più riprese, nell'intento di rendere i precetti costituzionali effettivamente operativi in questa materia, ha armonizzato al dato costituzionale il sistema penale minorile, spronando e anticipando il legislatore del 1988⁽¹⁴⁾, riproponendo principi enunciati in sede internazionale da atti e convenzioni a tutela dei minori⁽¹⁵⁾.

Va detto che nella Costituzione non esistono specifiche norme che facciano espresso riferimento al sistema di giustizia minorile. Tuttavia, è l'art. 31, comma 2, Cost., che, imponendo alla repubblica il compito di «proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo», costituisce un punto di riferimento imprescindibile, capace non solo di orientare la lettura delle norme costituzionali, ma anche di erigersi a parametro alla cui stregua valutare la compatibilità di qualsiasi proposizione normativa pensata per i minori⁽¹⁶⁾.

I principi e i corollari deducibili da tale premessa sono emersi e si sono concretizzati nelle pronunce della Corte costituzionale, la quale, in adempimento di quell'obbligo di protezione della gioventù, ha sollecitato l'adozione di un regime di più intensa diversificazione del trattamento del minore rispetto all'adulto⁽¹⁷⁾, sottolineando l'esigenza della necessaria specializzazione dell'organo giudicante⁽¹⁸⁾, la necessità di prognosi individualizzate⁽¹⁹⁾, la tutela del minore *nel* processo e *dal* processo⁽²⁰⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. il d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, recante «Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni».

⁽¹⁵⁾ LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Milano, 2004, 86 ss.,

⁽¹⁶⁾ Per un quadro delle implicazioni di questa importante disposizione costituzionale cfr. BESSONE, *Commento all'art. 31 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, 135.

⁽¹⁷⁾ V. in particolare Corte cost., 23 marzo 1964, n. 25, in *Giur. cost.*, 1964, 228.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 21 luglio 1983, n. 222, in *Giur. cost.*, 1983, 1319. In dottrina, sulla necessaria specializzazione dell'organo giudiziario deputato a commettere dei fatti commessi dai minori cfr. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002, 103; PALERMO FABRIS, *Introduzione al sistema di giustizia penale minorile*, in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di Palermo Fabris e Presutti, Milano, 2002, 11.

⁽¹⁹⁾ È nel 1978 che la Corte sancisce il bando di ogni automatismo in campo minorile, in quanto antinomico con la finalità di recupero imposta dall'art. 31, comma 2 Cost. V. Corte cost., 20 aprile 1978, n. 46, in *Giur. cost.*, 1978, 537.

⁽²⁰⁾ Tutelare il minore *nel* processo significa salvaguardarlo da una pubblicità negativa; cfr. in generale sul principio di destigmatizzazione DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e procedura penale minorili*, cit., 509; PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., 100. L'esigenza di tutela del minore *dal* processo è stata fatta propria dal legislatore del 1988 che ha strutturato il rito penale minorile introducendo

Le determinazioni del legislatore del 1988 sono, infatti, notevolmente influenzate dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali ⁽²¹⁾. Esse si caratterizzano per avere riconosciuto al minore il diritto non solo ad un proprio giudice, ma anche ad un proprio processo ⁽²²⁾.

Ma l'opera con la quale la Corte ha consentito ai principi costituzionali di permeare la disciplina del rito penale minorile non esaurisce l'impegno della Consulta per l'adeguamento del sistema penale dei minori ai precetti della Carta fondamentale. Il tema cruciale della questione minorile, rappresentato dal trattamento del minore autore di reato ⁽²³⁾, è stato oggetto di interventi della Corte che ha sempre dimostrato un netto sfavore nei confronti dell'applicazione della pena detentiva e, specularmente, un percepibile favore nei confronti degli istituti introdotti dal legislatore del 1988, che congiuntamente al proscioglimento per immaturità e al perdono giudiziale, consentono di rendere effettivamente residuale il ricorso al carcere ⁽²⁴⁾.

Peraltro, le esigenze di recupero del minore impongono non solo che la carcerazione debba essere effettivamente utilizzata come ultima *ratio*, ma

istituti e congegni volti non solo a propiziare un'uscita quanto più possibile rapida (soddisfa questa esigenza l'istituto della irrilevanza del fatto, su cui v. LARIZZA, *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e procedura penale minorile*, cit., 189), ma anche a rendere effettivamente residuale l'utilizzazione dello strumento processuale. Di questi sviluppi la Corte si è resa pienamente consapevole, anche dopo il 1988, per chiarire il significato del divieto di costituzione di parte civile, il ruolo dell'udienza preliminare, la *ratio* sottesa all'irrilevanza del fatto, tutti istituti che obbediscono al criterio di rendere l'esperienza processuale la più rapida possibile: Corte cost., 23 dicembre 1997, n. 443, in *Giur. cost.*, 1997, 3865; Corte cost., 11 marzo 1993, n. 77, *ivi*, 1993, 702; Corte cost., 6 giugno 1991, n. 250, *ivi*, 1991, 2046.

⁽²¹⁾ Sul rapporto tra convenzioni internazionali e disposizioni sul processo penale minorile v. GIOSTRA, *Art. 1 D.P.R. 488/1988*, in GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, Milano, 2001, 6.

⁽²²⁾ In particolare, il processo penale a carico di soggetti minori di età viene modellato secondo lo schema del processo penale per gli adulti, ma viene adattato alle ulteriori, particolari esigenze derivanti dalla circostanza che il minorente entra in conflitto con l'ordinamento quando ancora la sua personalità è in evoluzione. Sul principio di adeguatezza applicativa di cui all'art. 1 del d.p.r. 488/1988 v. GIOSTRA, *Art. 1 D.P.R. 488/1988*, cit., 11. Infatti, nel processo minorile trova riaffermazione l'esigenza, da un lato, di «eliminare o ridurre al minimo ogni stimolazione inutilmente negativa» e, dall'altro, di «cogliere e valorizzare le possibili stimolazioni positive insite in un corretto confronto con la società civile e le sue regole: cosicché le valenze sostanziali possano essere canalizzate e utilizzate a vantaggio del minore e non a suo danno», così, la Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni) in GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova, 2001, 14.

⁽²³⁾ In proposito PAZÉ (a cura di), *I minori e il carcere*, Milano, 1989.

⁽²⁴⁾ In merito LARIZZA, *I principi costituzionali della giustizia penale minorile*, in PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, cit., 92.

anche che essa debba differenziarsi, quanto a modalità esecutiva rispetto agli adulti. Di fronte a questa esigenza, e alla colpevole inattività del legislatore penale ⁽²⁵⁾, la Corte si è trovata nella necessità di muovere censure, “potando” altresì, fin dove possibile, i rami secchi della normativa vigente: «nella perdurante inerzia del legislatore, che non ha ancora dettato una disciplina differenziata dell'esecuzione penale minorile, così protraendo nel tempo l'estensione provvisoria ai condannati minori dell'ordinamento penitenziario generale, sancita dall'art. 79 della legge n. 354 del 1975, questa Corte ha censurato più volte norme di tale ordinamento, o altre norme, che stabilivano preclusioni rigide ed automatiche alla concessione di misure premiali, o alterative alla detenzione, o di altri benefici, in quanto, applicandosi ai minori, impedivano quelle valutazioni flessibili ed individualizzate sull'idoneità e opportunità delle misure o dei benefici medesimi, che sono invece necessarie perché l'esecuzione della pena e in generale la disciplina delle restrizioni alla libertà personale siano conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore» ⁽²⁶⁾.

4. Il problema della consegna del minore all'estero, come equipollente dell'estradizione ⁽²⁷⁾, per la prima volta si è posto specificamente all'attenzione del nostro legislatore a seguito della “Decisione-quadro del Consiglio dell'UE del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri 2002/584/GAI” ⁽²⁸⁾, la quale, all'art.

⁽²⁵⁾ Sulla colpevole assenza di un ordinamento penitenziario minorile, diffusamente, LA GRECA, *Bisognosa di adeguamento la disciplina penitenziaria minorile dopo più di un ventennio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 768; DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e procedura penale minorili*, Milano, 1999, 488 e ss.; PALERMO FABRIS, *L'ascolto del minore e la giustizia penale*, cit., 1254; BOUCHARD, *L'esecuzione penale e le misure penitenziarie*, in *Diritto e procedura penale minorile*, cit., 541.

⁽²⁶⁾ Così Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 450, in *Giur. cost.*, 1998, 3738. In dottrina v. RANALDI, *Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 2020.

⁽²⁷⁾ Si trattava appunto di inserire nel nostro ordinamento una nuova tipologia di equipollenti alla consegna dell'estradando: v. PISANI, *La consegna dell'estradando: tipologia ed equipollenti*, in *Temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2001, 53. Infatti, nel corso del vertice di Tampere, tenutosi il 15 e 16 ottobre 1999, il Consiglio europeo aveva stabilito di semplificare la procedura di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea. Le conclusioni di Tampere sono pubblicate in *Cass. pen.*, 2000, 302 ss.

⁽²⁸⁾ Il testo della decisione-quadro è reperibile in ARMONE-TESAURO, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano: le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, 406 ss. Amplissima la dottrina in tema di mandato di arresto europeo: TIBERI, *Il mandato di arresto europeo*, Roma, 2006; GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 1 ss.; PANSINI-SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005; TIBERI, voce *Mandato di arresto europeo*,

3, configurando i «motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato», ha delineato anche l'ipotesi in cui «la persona oggetto del mandato d'arresto europeo non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine» di tale mandato «in base alla legge dello Stato membro di esecuzione»⁽²⁹⁾.

La disciplina interna di recepimento della decisione-quadro, contenuta nella Legge 22 aprile 2005, n. 69, enuncia, all'art. 18, una numerosissima serie di casi di rifiuto obbligatorio della consegna⁽³⁰⁾. Al minore è dedicata la casistica specifica di cui alla lettera i), che prevede il rifiuto della consegna «se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni quattordici al momento della commissione del reato⁽³¹⁾, ovvero se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni diciotto quando il reato per cui si procede è punito con una pena inferiore nel mas-

in *Dig. disc. pen., Agg., III*, Torino, 2005, 852; CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 974; SELVAGGI, *Dall'extradizione al mandato di arresto europeo: problemi e prospettive*, in *Questione giustizia*, 2005, 5, 887; MANZIONE, *Il mandato di arresto europeo e la procedura di consegna tra gli stati membri dell'Unione europea*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, 881; BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione-quadro alle prospettive di attuazione*, in *Politica dir.*, 2004, 49; CHIAVARIO, *Mandato di arresto europeo: davvero superata (e superabile) il principio di doppia incriminazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 115; IUZZOLINO, *Mandato di arresto europeo: la scadenza del termine per l'attuazione della decisione-quadro e il problema dell'adattamento del diritto italiano*, in *Foro it.*, 2004, IV, 3, 167; SELVAGGI, *Con l'avvio del mandato di arresto europeo per l'Italia si impone una scelta di qualità*, in *Guida dir.*, 2004, n.1, 108; CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1565; RANDAZZO, *Mandato di arresto europeo: sì all'attuazione, ma senza calpestare la nostra Costituzione*, in *Guida dir.*, 2003, n. 45, 11; SIRACUSANO, *Mandato di Arresto Europeo e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, n. 3, 888; SELVAGGI-VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 445; GALANTINI, *Prime osservazioni sul mandato di arresto europeo*, in *Foro ambrosiano*, 2002, 2, 268; CHIAVARIO, *Giustizia: il mandato di cattura europeo mette a nudo le contraddizioni italiane*, in *Guida dir.*, 2001, n. 49, 11; Con riferimento alle recenti applicazioni giurisprudenziali del mandato di arresto europeo: Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Mass. Uff.*, 235348; v. anche Cass., sez. VI, 21 marzo 2007, Compagnin, *ibidem*, 2007, 235949; Cass., sez. VI, 13 marzo 2007, Stoimenovski, *ibidem*, 235948; Cass., sez. VI, 22 settembre 2006, Jagela, in *D&G*, 2006, n. 46, 79, con nota di GANDINI, *Mandato d'arresto UE: legge o Consulta. Le due strade per uscire dall'impasse*.

⁽²⁹⁾ Cfr. PANSINI, *Spunti problematici sulla eseguibilità del mandato d'arresto europeo nei confronti dei minori*, in ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione*, Padova, 2004, 263.

⁽³⁰⁾ In merito DEL TUFO-PANSINI, *I motivi di rifiuto della consegna*, in PANSINI-SCALFATI (a cura di), *Il mandato di arresto europeo*, cit., 137 ss.

⁽³¹⁾ Di altro non si tratta, com'è noto, se non della trasposizione dell'art. 97 c.p., il quale presuntivamente esclude l'imputabilità del minore infraquattordicenne.

simo a nove anni, o quando la restrizione della libertà personale risulta incompatibile con i processi educativi in atto, o quando l'ordinamento dello Stato membro di emissione non prevede differenze di trattamento carcerario tra il minore di anni diciotto e il soggetto maggiorenne o quando, effettuati i necessari accertamenti, il soggetto risulti comunque non imputabile o, infine, quando nell'ordinamento dello Stato membro di emissione non è previsto l'accertamento della effettiva capacità di intendere e di volere».

Lungi dall'essere semplice trasposizione dell'art. 3 della decisione-quadro, dunque, il rifiuto della consegna per ragioni di età previsto dall'art. 18, lett. i), L. 69/2005 come appena illustrato, prevede, invece, una articolata serie di ipotesi di rifiuto⁽³²⁾: anche in questa occasione, evidentemente, in sede di lavori parlamentari, i principi enunciati dalla Consulta hanno esercitato una risolutiva incidenza⁽³³⁾.

5. Come anticipato, nella pronuncia in commento la Corte d'appello di Perugia è stata chiamata a decidere sulla richiesta di estradizione avanza-

⁽³²⁾ Di fronte ad una serie così cospicua di casi di rifiuto, IZZOLINO, *La decisione sull'esecuzione del mandato di arresto europeo*, in BARGIS-SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedura di consegna*, Torino, 2006, 293, parla di «vistosa deroga, introdotta dal legislatore, ai principi che regolano lo stesso istituto nel contesto del diritto di estradizione».

⁽³³⁾ In particolare è stato determinante in tal senso il parere 20 novembre 2003 espresso dalla Commissione Affari costituzionali della Camera. Tale parere richiamava, in primo luogo, la sentenza n. 128 del 1987 della Corte Costituzionale relativa al caso Sciacca (per un cenno al fatto che il riferimento alla sentenza 128 del 1987 della Corte è stato largamente sfruttato v. MARZADURI, *Tutela dei diritti individuali e disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Ind. pen.*, 2005, 912, nota 84). In seconda istanza, il parere sottoponeva a critica l'art. 7 della proposta di legge (n. 4226) Kessler e altri, per il suo limitarsi a prevedere, in ordine alle misure coercitive funzionali alla consegna della persona richiesta, sia maggiorenne che minorenni, una disciplina congegnata come quella, codicistica, relativa all'estradizione (art. 714 comma 2 c.p.p.). A tale proposito, il parere lamentava che, per contro, in quell'art. 7 nessun "accenno" si facesse «al particolare regime esistente per i minorenni, e, in particolare, a quegli artt. 9 e 23 della legge n. 48 del 1988, che prevedono, da un lato che il giudice tenga conto dei processi educativi in atto, e dall'altro che la custodia cautelare possa essere disposta solo per i reati puniti con l'ergastolo, ovvero con una pena non inferiore nel massimo a nove anni» ovvero per una serie di altri gravi delitti, e pur sempre nella sussistenza dei restrittivi presupposti indicati nel comma 2 dell'indicato art. 23. Così, gli estensori del parere lamentavano che il criticato art. 7 della proposta di legge veniva a concretizzare «una frattura costituzionale con i principi sanciti dall'art. 31 cost.». Ebbene, attraverso lo sviluppo degli "accenni" di cui si lamentava la carenza, queste proposizioni del parere hanno rappresentato la matrice testuale di una parte della disciplina, dell'art. 18 lett. i). In tal senso PISANI, *Estradizione o consegna del minore*, cit., 51. Il testo del disegno di legge Kessler è reperibile in PEDRAZZI (a cura di), *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, 249; per i riferimenti all'iter parlamentare v., inoltre, KALB (a cura di), *Mandato di Arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, 535 ss.

ta dal Governo della Repubblica di Romania per esecuzione della sentenza definitiva di condanna ad anni uno e mesi sei di reclusione pronunciata dalla Corte d'Appello di Suceava per il reato di complicità in furto aggravato (reato previsto e punito dagli artt. 26, 208, 209 del codice penale rumeno) nei confronti di imputato minorenni all'epoca del commesso reato.

Trova, dunque, applicazione la Convenzione multilaterale europea di estradizione sottoscritta a Parigi il 13 dicembre 1957, e ratificata dall'Italia con legge 30 gennaio 1963, n. 300, nonché, nel 1997, dalla Romania; come sopra ricordato, questa nulla di specifico prevede a proposito della posizione del minore.

Ricorre, inoltre, il requisito imprescindibile della doppia incriminabilità, in quanto i fatti per i quali procede l'autorità giudiziaria straniera sono previsti come reato e puniti anche dalla legislazione italiana (artt. 624-625 c.p.)⁽³⁴⁾.

Esclusa, pertanto, in via preliminare la condizione ostativa di cui alla lettera c dell'art. 705 c.p.p.⁽³⁵⁾, in linea con la consolidata giurisprudenza richiamata, la Corte d'Appello deve, allora, nella fase giurisdizionale della

⁽³⁴⁾ Il principio della doppia incriminazione è ritenuto uno dei più importanti in materia di estradizione; oltre ad essere previsto in quasi tutte le convenzioni, è sancito anche dall'art. 13, comma 2, c.p. Secondo la prevalente dottrina il principio della doppia incriminazione si fonda su esigenze garantistiche. Per suo tramite il principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) viene esteso dall'ordinamento interno al settore dell'extradizione. In tal senso si veda PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'extradizione*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Milano, 1973, 147 ss. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2001, 959, lo considera «requisito intrinseco, connaturato, dell'extradizione». In giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 27 maggio 1999, Galati, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1252, con osservazione di PECCIOLI; Cass., sez. VI, 12 maggio 1998, Abdullah, in *Giust. pen.*, 1999, III, 602; Cass., sez. I, 14 settembre 1995, Aramini, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 429, con nota di FAVINO, *Diritti della persona ed estradizione del cittadino italiano in USA in un caso di «conspiracy»*; Cass., sez. VI, 4 novembre 1994, Parretti, in *Cass. pen.*, 1996, 30, 25; Cass., sez. I, 17 Agosto 1995, Gligic, *ibidem*, 1996, 2629, con osservazione di DIOTALLEVI; Cass., sez. I, 7 novembre 1990, Checchini, *ivi*, 1992, 1218; cfr., inoltre, con particolare riferimento all'applicazione di tale principio nei rapporti tra Italia e Romania, Cass., sez. VI, 1 ottobre 2003, Buda, *ivi*, 2005, 11, 3409 e App. Milano, 3 dicembre 2003, in *Foro Ambrosiano*, 2004, 58.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 24 maggio 2006, Radnef, in *Mass. Uff.*, 234767: «In tema di estradizione per l'estero, il divieto di pronuncia favorevole che l'art. 705 comma 2 lett. c) c.p.p. stabilisce per i casi in cui vi sia motivo di ritenere che l'estradando verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona, opera esclusivamente nelle ipotesi in cui la allarmante situazione sia riferibile ad una scelta normativa o di fatto dello stato richiedente, a prescindere da contingenze estranee ad orientamenti istituzionali e rispetto ai quali sia possibile comunque una tutela legale». Nella specie, la Corte ha ritenuto non ricorrente questa situazione ostativa in Romania, in considerazione anche del suo definitivo ingresso nell'Unione europea.

procedura di estradizione passiva, accertare se la condizione minorile dell'imputato trovi, o meno, nell'ordinamento giuridico dello Stato richiedente, una specifica tutela, sia in fase di esecuzione, sia in sede di cognizione. In concreto: dalla documentazione allegata alla domanda di estradizione, o dalle informazioni acquisite presso l'autorità richiedente in ordine al trattamento giuridico dell'imputato minore, deve risultare che l'ordinamento straniero prevede un rito minorile differenziato da quello degli adulti; che l'esecuzione della pena eventualmente inflitta avvenga in istituti diversi da quelli degli adulti, che sia riconosciuto il diritto all'assistenza da parte dei genitori o di chi eserciti la potestà sul minore; che sia riconosciuta la presunzione di non imputabilità del minore; che sia prevista una specifica riduzione di pena per i reati commessi dal minore.

Tali elementi rappresentano, come sopra illustrato con riferimento alla legislazione penale minorile italiana, gli indici sintomatici di un processo penale che garantisce l'inderogabile diritto dell'imputato minore ad un trattamento giuridico differenziato e mitigato rispetto a quello dell'adulto.

Nel caso di specie, tuttavia, risultando che l'imputato fu «giudicato insieme con imputati maggiorenni, quindi da un giudice ordinario e con rito non differenziato (che esista o no in quel Paese un organo specializzato); che di nessun particolare accertamento si fa cenno nel documento quanto a una possibile verifica in concreto delle condizioni di imputabilità, che neanche vi è accenno alla circostanza che un di lui genitore (o persona che ne faccia le veci) abbia avuto notizia del procedimento in corso, quanto meno ai fini della scelta del difensore. Risulta viceversa – dalla certificazione del Collegio degli Avvocati di Suceava da ultimo prodotta dalla difesa ... – che in Romania sono istituiti solo penitenziari comuni, con la particolarità che i minori vengono “raggruppati nella stessa stanza”», la Corte d'Appello perugina deve pronunciare sentenza contraria all'extradizione, ai sensi dell'art. 705, comma 2 lett. a) e b), c.p.p.

Due brevi riflessioni si impongono, allora, con riferimento ai riflessi di una tale soluzione, che ha trovato il pieno consenso della giurisprudenza a tutela del minore.

La prima riguarda l'inevitabilità della collisione tra il potere esecutivo e quello giudiziario: da una parte il Governo è obbligato dalla normativa internazionale al rispetto dei Trattati, dall'altra il giudice competente deve garantire il rispetto della normativa interna, soprattutto se di rango costituzionale⁽³⁶⁾.

In seconda istanza, occorre far cenno ai rapporti tra il rifiuto, in sede giurisdizionale, dell'extradizione passiva e le attività processuali conseguenti alla pronuncia ostativa, partendo dalla constatazione che, a parte le ipotizzate

⁽³⁶⁾ Si prescinde da un approfondito esame di tale problematica, tipicamente internazionalistica, cfr. SOTTANI, *Estradizione di un minore negata allo stato estero e processo in Italia*, in *Giur. it.*, 1989, II, 216; DEL TUFO, *Sui limiti costituzionali alla estradizione del minore*, in *Foro it.*, 1988, I, 1471.

possibilità di alternative convenzionali all'extradizione⁽³⁷⁾, tutte le diverse e più o meno recenti configurazioni di rifiuto *tout court* dell'extradizione del minore⁽³⁸⁾ lasciano aperto il problema della condotta che lo Stato che oppone il rifiuto dovrà per l'appunto adottare dopo il rifiuto medesimo⁽³⁹⁾.

A tale proposito, è noto che, quando la convenzione internazionale nulla dispone in materia di denegata estradizione, gli artt. 9 e 10 c.p. offrono allora la possibilità di procedere, in presenza di determinati presupposti, a carico, rispettivamente, del cittadino e dello straniero per delitti commessi all'estero. Meccanismo, questo, che deve ritenersi esperibile anche nei confronti degli imputati minorenni, in quanto nessun ostacolo viene frapposto a tale iniziativa né dalla normativa internazionale né da quella interna⁽⁴⁰⁾. D'altronde l'alternativa di consegnare l'estradando o di procedere nei suoi confronti⁽⁴¹⁾ risulta conforme alla normativa costituzionale, in quanto in queste ipotesi deve trovare applicazione il criterio desumibile dagli artt. 9, comma 3, e 10, comma 2, n. 3, secondo cui, in caso di denegata estradizione, il Ministro di Grazia e Giustizia può richiedere che si proceda in Italia nei confronti del non estradato⁽⁴²⁾.

Nel caso di specie, tuttavia, neanche tale soluzione sembrerebbe attuabile, atteso che, per gli addebiti formulati nei confronti dell'imputato (furto aggravato), il nostro ordinamento (artt. 624-625 c.p.) prevede la reclusione "inferiore nel minimo a tre anni", e dunque il diniego dell'extradizione non è idoneo a far attivare la procedibilità per quei reati in Italia (ex artt. 10, comma 2, e 11 comma 2 c.p.).

Trova, dunque, necessariamente applicazione, in tale ipotesi, il criterio del *nec dedere nec punire e/o* "rieducare", il rifiuto puro e semplice di estradizione⁽⁴³⁾, di certo non coerente con la peculiarità della "condizione penale minorile" né, tanto meno, funzionale alle esigenze di rieducazione⁽⁴⁴⁾.

ELENA MEZZABARBA

⁽³⁷⁾ Per le quali si veda PISANI, *Estradizione o consegna del minore*, cit., 59 ss.

⁽³⁸⁾ Analoghe considerazioni, del resto, si adattano ai casi di rifiuto di consegna di cui alla legge 69/2005 in tema di mandato di arresto europeo.

⁽³⁹⁾ In argomento PISANI, *Rifiuto dell'extradizione per l'estero e attività processuali conseguenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1307.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso anche SOTTANI, *Estradizione di un minore negata allo Stato estero e processo in Italia*, cit., 216; cfr. inoltre DEL TUFO, *Sui limiti costituzionali di estradabilità del minore*, cit., 1469.

⁽⁴¹⁾ Si tratta dell'antico brocardo dell'*aut dedere aut punire*, tratto da UGO GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, t. III, Losanna, MDCCLIX – 1.II, capit. XXI, III-IV, riproposto in versione italiana a cura di ZANETTI, *Aut dedere aut punire* ("est enim disjunctiva obligatio"), in *Ind. pen.*, 1996, 1, 241.

⁽⁴²⁾ Cfr. Corte cost. 27 giugno 1979, n. 54, in *Giur. it.*, 1979, I, 1943

⁽⁴³⁾ A proposito del rifiuto puro e semplice dell'extradizione, parla di «vuoto di giustizia penale» STARACE, in AA.VV., *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, 105.

⁽⁴⁴⁾ PISANI, *Estradizione o consegna del minore*, cit., 54.

CORTE D'ASSISE DI PERUGIA – 20 dicembre 2006 – *Est.* Ricciarelli – E. A. ed altri.

Delitti contro la personalità dello Stato – Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico – Nozione di terrorismo internazionale – Configurabilità (c.p., artt. 270 *bis*, 270 *sexies*).

Delitti contro la personalità dello Stato – Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico – Nozione di eversione dell'ordine democratico – Insussistenza (c.p., art. 270 *bis*).

La nozione di terrorismo internazionale desumibile dall'art. 270 sexies c.p. vale a ricomprendere anche il caso di atti di violenza commessi non solo in tempo di pace contro civili ma anche in tempo di guerra contro soggetti non coinvolti direttamente nelle ostilità, ferma restando la diversa rilevanza di condotte primariamente eversive. Ne discende che organizzazione terroristica sia quella che, perseguendo un'ideologia ad excludendum, coltiva la violenza contro obiettivi indiscriminati, non limitati a forze militari, e compie azioni idonee a procurare morte e distruzione, così da intimidire la popolazione, coartare le forze di Governo e disarticolare le strutture politiche (1).

L'eversione rilevante ai fini dell'art. 270 bis c.p. è solo quella che si rivolge verso l'ordine democratico, tale potendo essere solo quello costituzionalmente garantito nello Stato italiano. Ogni altra condotta che mediante il ricorso alla violenza miri alla destabilizzazione può essere asetticamente valutata a prescindere dal riferimento alla democraticità di un ordinamento, quale manifestazione di modalità operativa, reputata ormai inaccettabile dall'ordinamento internazionale, seppur diretta anche all'eversione (2).

(Omissis). **II DHKP-C**

4 - Nel presente processo si prende in esame un'organizzazione turca denominata DHKP-C, Devrimci Halk Kurtulus Partisi – Chepesi, cioè Partito - Fronte Rivoluzionario di Liberazione del Popolo.

Si tratta di struttura sorta nel 1994 dalla suddivisione dell'originario Devrimci Sol in due tronconi, l'ala Karatas e l'ala Yagan.

Essa fa capo all'ideologo D. K. e ha una matrice marxista-leninista, che si esprime nella lotta all'imperialismo americano, alle istituzioni che lo sosterebbero, come il Fondo Monetario Internazionale, e al governo turco.

In tale prospettiva promuove la lotta armata, intesa come sollevazione del popolo in armi contro i suoi nemici.

Conta su numerosi militanti e simpatizzanti, i quali danno vita ad un movimento operante in Turchia e in Europa.

Particolarmente incisiva è risultata l'attività di opposizione alla riforma del regime carcerario, adottata dal Governo turco nel 2000 e incentrata sulla creazione delle cosiddette carceri di tipo F.

L'organizzazione è stata inserita con decisione del 2-5-2002 dall'Unione Europea nella lista dei soggetti contro i quali sono applicabili misure restrittive destinate a combattere il terrorismo.

Di certo essa si avvale di mezzi e uomini, distribuiti in gruppi di propaganda armata, impegnati in Turchia in azioni di guerriglia, e nel corso degli anni ha dato vita a numerosi e talvolta spettacolari attentati, implicanti fra l'altro anche il ricorso a uomini disposti al sacrificio, c.d. kamikaze, provenienti - come risulta dalle rivendicazioni - dalle unità fedhayne.

A quanto consta, sulla base di un patrimonio di conoscenze acquisito dalle autorità turche, l'organizzazione fa capo ad un segretario generale, lo stesso D. K., e ad un comitato centrale, di stanza in Europa, forse in Belgio o in Olanda, e svolge la sua attività anche all'estero, attraverso ripartizioni territoriali facenti capo a determinati soggetti responsabili: in tal modo si distingue una responsabilità Europa, riferibile a Belgio, Olanda, Germania, Gran Bretagna, Austria, Svizzera, Francia e Italia, una responsabilità Balcani, riferibile a Grecia, Bulgaria e Romania, una responsabilità Medio Oriente, riferita in particolare alla Siria.

Si è discusso nel presente processo se detta organizzazione coincida o meno con la struttura denominata DHKP e con quella denominata DHKC.

Si tratta in realtà di un falso problema.

DHKP infatti è il partito, inteso come direzione politica ma anche operativa.

DHKC è invece il fronte, cui è demandato il compimento delle azioni.

Non si tratta di una cervellotica elucubrazione ma della piana interpretazione dei fatti.

Risulta da un filmato in possesso della polizia turca, ritraente D. K. nell'atto di enunciare le linee dell'organizzazione, che il partito è qualificato come la testa e il fronte è inteso come il corpo, cioè come il braccio operativo, nel quadro di una sintesi rappresentata dall'insieme delle due componenti.

E si è già rilevato che il partito nasce in funzione della lotta armata.

Ma di tutto ciò sono state comunque acquisite in questo processo prove certe.

Risulta infatti che i vari attentati sono stati sempre rivendicati, oltre che con telefonate, con comunicati pubblicati sul sito ufficiale del DHKC: in essi si fa riferimento ad azioni condotte "dai nostri combat-

tenti” e talvolta più specificamente riferibili alle unità di sacrificio dell’organizzazione, cioè a tutte quelle unità armate che sono risultate in contatto, come si vedrà, con l’imputato, da intendersi come entità che si collocano all’interno della più ampia attività del fronte e comunque implicate in attività di guerriglia.

E tutti i combattenti, per parte loro, sanno di dover seguire determinate direttive: queste risultano provenire dal partito, come tale evocato sia in numerosi messaggi, digitati, come si vedrà, da E. A., nei quali si fa riferimento ad autorizzazioni o indicazioni chieste o ricevute dal partito⁶, sia in alcune conversazioni telefoniche intercettate, nelle quali, ancora una volta, in relazione a profili organizzativi o a commemorazioni di caduti, si indicano esplicitamente il partito e il fronte o più esplicitamente ancora il DHKP-C.

Ed allora se il partito dirige l’attività, se i combattenti risultano collegati sia al partito che al fronte e se il partito non compare da solo nei comunicati riferibili ad azioni rivendicate primariamente dal fronte, è d’uopo concludere che quest’ultimo altro non è che il braccio, operante sotto la direzione del partito, nel quadro di quell’organizzazione unitaria di cui si è sopra fatto cenno.

Decisive conferme di ciò si traggono da due drammatici documenti, acquisiti al fascicolo processuale, costituiti dalle videoriprese delle fasi in cui i militanti suicidi U. B. in data 11-9-2001 e S. A. in data 20-5-2003 indossano la cintura esplosiva che li condurrà di lì a poco a morte: in entrambi i casi i predetti leggono un proclama di rivendicazione del gesto, qualificandosi come appartenenti al Partito-Fronte di Liberazione del Popolo Rivoluzionario, inneggiando al leader D. K., al Partito e al Fronte e ringraziando il Partito per averli scelti.

Analogamente dopo la morte di E. B., risalente al luglio 2005, viene emesso un comunicato di commemorazione, nel quale si auspica lunga vita al partito-fronte rivoluzionario di liberazione del popolo, cioè al DHKP-C.

Ciò non significa che ogni soggetto appartenente al fronte debba altresì dirsi parte dell’organizzazione dedita ad azioni violente, essendo pacifico che il fronte svolge una più ampia attività di propaganda e per questo dispone o disponeva anche in paesi europei di proprie sedi ufficiali.

Ma di certo deve ritenersi che le azioni violente siano comunque attribuibili ad un’organizzazione che si compone di una mente pensante e di un braccio operativo, ciò che dà luogo al DHKP-C.

Non è dunque un caso che in occasione di alcuni attentati da lui stesso rivendicati con plurime telefonate, l’E. A. parli indifferentemente a nome del DHKC o del DHKP-C, intendendo le due sigle come rappresentative del medesimo fenomeno.

Le azioni violente del DHKP-C.

5 - Orbene al DHKP-C sono attribuibili, come si accennava, plurimi attentati.

Sul piano probatorio essi risultano dalle dichiarazioni rese dai testi P. e B., nonché per una parte dalle fotografie acquisite al fascicolo, consegnate dallo stesso ufficiale di polizia turco, e dai comunicati di rivendicazione da parte dell'organizzazione.

Se per quanto attiene al P. può parlarsi di testimonianza "de relato", non altrettanto può dirsi per il B., il quale ha in gran parte dei casi preso diretta visione dello stato dei luoghi dopo il fatto.

In ogni caso, come si avrà occasione di ribadire in prosieguo, non può parlarsi di testimonianza indiretta allorché quanto dichiarato rientri nel patrimonio di conoscenza di un determinato organo di polizia, riveniente da documentazione o da informazioni disponibili su più vasta scala e fungibilmente acquisite da taluno dei componenti di quella determinata articolazione, che le ha poi messe a disposizione della "comunità di investigazione".

(*Omissis*). Per il periodo che va dal 1994 al 2001 possono comunque attribuirsi al DHKP-C: attentato del 1994 ai danni di Ministro della Giustizia e ferimento di cittadino turco; omicidio nel medesimo anno di un ex appartenente all'organizzazione, ritenuto collaboratore delle forze di polizia turche; uccisione nel 1996 di un imprenditore e del direttore della segreteria della Toyota; attentato dinamitardo con autobomba del 1996 ai danni del personale di vigilanza dell'abitazione di un ex ministro; esplosione di lanciagranate nel 1997 contro la sede della direzione di polizia a Istanbul; assalto nel 1998 con armi e bombe a mano ai danni della stazione della gendarmeria, cui consegue la morte di un sottufficiale e di ventotto soldati; omicidio nel 1998 di un funzionario dei servizi turchi; attentato nel 1999 in danno di un industriale, K. A., consistente nella collocazione di una bomba nel bagno di un'azienda, da cui discendono solo danni alle cose; attacco suicida con ordigni esplosivi nel gennaio 2001 da parte del militante G. K. (o simile) in danno della direzione locale di polizia a Istanbul, motivato dalla decisione del Governo di modificare il regime carcerario.

Quanto al periodo successivo, di più stretta rilevanza ai fini del presente processo, possono annoverarsi le seguenti azioni: attentato suicida dell'11-9-2001 da parte di U. B., il quale si fa esplodere in piazza Taksim a Istanbul, provocando la morte di due poliziotti e il ferimento di altre venti persone, tra poliziotti e passanti¹¹, attacchi contro obiettivi commerciali statunitensi nel corso del 2001; tre attentati dinamitardi del 15 aprile 2003, dei quali due nelle zone di Pendik e Sirkeci in danno di ristoranti Mc Donald's e il terzo a Istanbul in danno di una struttura ricreativa della magistratura turca, tutti realizzati con bombe artigianali a pressione e a tempo, produttive di soli -pur cospicui- danni mate-

riali; attentato suicida del 20 maggio 2003 da parte di S. A., la quale poco prima di entrare nel palazzo del Ministero della Giustizia ad Ankara per errore si fa esplodere all'interno di una caffetteria, provocando, oltre alla propria morte, solo danni alla struttura; attentato dinamitardo del 3 giugno 2003 nel quartiere Bakirkoy di Istanbul ai danni di un autobus con a bordo magistrati turchi della Corte di Sicurezza, che provoca danni alle cose ed il ferimento di alcuni magistrati (per la verità il teste B. parla anche della morte di un giudice); attentato del 16 luglio 2003, consistente nella collocazione di un ordigno dinanzi ad un locale notturno; attentato del 6 agosto, consistente nella collocazione di un ordigno esplosivo lungo il tragitto di un autobus, su cui viaggiava personale della gendarmeria turca, che produce danni alle cose, ma non alle persone; attentato dinamitardo del 10 agosto 2003 consistente nella collocazione di ordigni esplosivi sia nel palazzo del partito di Governo AKP, sia nella foresteria degli ufficiali dell'esercito, anche questo non produttivo di danni alle persone; attentato del 25 giugno 2004 da parte di S. P., il quale occulta sul proprio corpo una cintura esplosiva che deflagra per errore all'interno di un autobus, provocando la morte di tre persone e il ferimento di altre ventitré; attentato del luglio 2005 da parte di E. B., il quale nel tentativo di penetrare nel Ministero dell'Interno turco, viene bloccato e ucciso dalle forze di polizia.

(Omissis). **L'analisi del materiale probatorio: i contatti di E. A.**

19 - Così riassunte le fasi essenziali delle indagini, è opportuno procedere ad una più minuziosa, seppur sintetica, disamina del materiale raccolto attraverso gli strumenti tecnici utilizzati e le perquisizioni effettuate.

Deve innanzi tutto ribadirsi che l'E. A. e, nelle fasi in cui ebbe a soggiornare in via Luigi Rizzo, la stessa E. N. erano costantemente in contatto con combattenti di stanza nel Karadeniz, magari in zone tra loro non troppo distanti.

In particolare risulta dalle molteplici conversazioni telefoniche intercettate e dall'acquisizione tramite *ghost keylogger* dei messaggi digitati dall'E. A. sul proprio computer che il predetto riceveva da quei combattenti comunicazioni in codice, costituite da imperscrutabili serie alfanumeriche, cui faceva seguire la ritrasmissione, parimenti in codice, ad altri militanti delle informazioni così apprese.

(Omissis). 20 - Le intercettazioni effettuate hanno consentito di ricostruire i contatti a mano a mano intercorsi tra tali personaggi e l'E. A. (o la N.), che, come detto, faceva essenzialmente da tramite.

E' stato infatti accertato che i combattenti cercavano di vivere protetti, soprattutto nella stagione più fredda, in appositi rifugi, che rifornivano di vestiario, armi e cibo, per il resto dando vita ad azioni di guerriglia.

In tale quadro essi fornivano agli altri militanti attraverso l'E. A. indicazioni di tipo logistico-operativo, concordando l'orario di eventuali telefonate o messaggi, per non tenere acceso il cellulare troppo a lungo, e segnalando i propri movimenti e spostamenti ovvero le proprie necessità di approvvigionamento di armi, di denaro e di schede telefoniche.

Va peraltro ribadito che l'E. A. comunicava con i militanti anche inviando loro files cifrati ad indirizzi di posta elettronica a ciascuno di essi riservati, di volta in volta facendo precedere all'invio la trasmissione di messaggi per connessione remota ad un'utenza attestata presso la rivista P. e G. di Istanbul, nei quali egli specificava il nome del file destinato a ciascun militante e, se necessario, anche il nome dell'account e della password da utilizzare.

Ed ancora va sottolineato il contatto ripetuto dell'E. A. in connessione remota attraverso una sua utenza cellulare con un'utenza attestata presso l'agenzia O. di Amsterdam, dove in effetti tale utenza sarebbe stata rinvenuta, fermo restando che dai messaggi digitati dall'E. A. traspaiono comunque svariati riferimenti a quell'agenzia, oltre che ad utenze olandesi o belghe che i militanti avrebbero potuto chiamare all'occorrenza, segno evidente della presenza di altri membri dell'organizzazione dislocati in Olanda e in Belgio con funzioni apicali.

21 - Studiando più da vicino le conversazioni e i messaggi, accanto alle telefonate in cui l'E. A. parla con Guler, cioè K. S., della morte di C. A. G. e di S. A., se ne rilevano altre in cui lo stesso E. A. parla della morte di due ulteriori militanti, aventi nome in codice Ozlem e Cafer, o in cui l'E. A., dopo aver appreso da Nail che costui dispone dell'utenza prima utilizzata da Guler, comunica la circostanza a Ismail, o in cui E. A. detta a Nail il numero di una ricarica per telefono cellulare, di fatto finanziando le comunicazioni del militante ovvero ancora in cui E. A. segnala ai militanti l'utilizzo di un nuovo numero di cellulare.

22 - Dalle medesime fonti di prova si evince che i gruppi nel corso della loro attività di guerriglia riportavano spesso gravi perdite in termini uomini e mezzi.

In particolare dalle conversazioni telefoniche e dai messaggi intercettati sono stati attestati plurimi momenti di grave difficoltà dei militanti, conseguenti all'uccisione o al ferimento o all'arresto di taluno di essi o al sequestro di armi e di materiali assai preziosi per l'organizzazione, quali le utenze cellulari e ancor peggio i codici di cifratura utilizzati nelle comunicazioni.

Difficoltà erano per vero insorte fin dall'uccisione del militante C. A. G., avvenuta nel dicembre del 2002.

Ma ulteriori problemi sopraggiunsero a mano a mano.

Si considerino in proposito le fasi susseguenti al ferimento di Zafer, comandante di uno dei gruppi, che impose l'almeno momentaneo allon-

tanamento del predetto dalla zona delle operazioni e la rideterminazione della linea di comando; o ancora le fasi connesse all'uccisione di A. G., avvenuta nel corso di uno scontro a fuoco in data 20-10-2003, cui seguì il recupero di armi e di un codice di cifratura da parte delle forze di polizia; ed infine le fasi che contrassegnarono il progressivo isolamento sul campo del militante Nail, culminato nel di lui arresto avvenuto tra il 12 e il 13 novembre del 2003.

(Omissis). **La disponibilità di armi**

25 - Risulta ancora che in occasione di ogni arresto o uccisione di combattenti furono recuperati armamenti, tipo bombe, kalashnikov, fucili mitragliatori, ricetrasmittenti e binocoli.

Ed è emerso dai plurimi messaggi digitati dall'E. A., da leggere in combinazione con le telefonate a lui dirette, che i militanti per il tramite dell'imputato affrontavano assai spesso il problema della dotazione di armi e munizioni.

A questo riguardo la scelta è assai ampia: possono fra gli altri richiamarsi il messaggio digitato il 23-9-2003, ore 9,53, in cui si riferisce della richiesta di Nail di stabilire la data in cui saranno inviate le armi con i nuovi combattenti; il messaggio digitato il 18-10-2003, ore 22,58, in cui si riportano varie comunicazioni di Nail e di Ismail e si riferisce che non vi è la possibilità di raggiungere gli altri klash, che nel rifugio sono rimasti circa 150/200 BKC e relativo munizionamento ed ancora che l'anno precedente erano stati acquistati da una persona un kles, uno sten, 720 proiettili per kalashnikov, materiale che poi non era stato almeno per intero consegnato; il messaggio digitato il 19-10-2003, ore 19,55, in cui si parla di un kles di nome 545 che consente il lancio di bombe direttamente con il fucile, molto più leggero; il messaggio digitato il 24-10-2003, ore 15,51, in cui si fa menzione del materiale che aveva Kadir, cioè: il codice Saman 3, il codice manuale usato con Zafer; schede telefoniche; denaro; ricetrasmittente; un kles, 180 proiettili per kles, una bomba a mano, un binocolo e una pistola.

(Omissis). **Il ruolo di E. N.**

28 - Con E. A. operava E. N.

Costei risultava dimorante in Germania, ma l'indirizzo dichiarato non è risultato plausibile coincidendo con una struttura commerciale.

Si è già visto per contro che la E., la quale utilizzava il falso nome di Kilic Zeynep, aveva uno stretto collegamento con l'E. A., in quanto, come si evince dalle plurime foto rinvenute e dalle intercettazioni telefoniche e ambientali, ne era addirittura la vera moglie.

La E. manteneva con l'E. A., quando ne era distante, contatti telefo-

nici, ma in alcuni periodi venne a Perugia, convivendo con l'uomo nell'appartamento di via Rizzo.

A queste fasi sono riferibili numerosi messaggi digitati sul computer e numerose conversazioni telefoniche, che hanno posto in luce non solo la piena consapevolezza da parte della donna del ruolo e dell'attività di E. A., ma anche il suo diretto coinvolgimento nella medesima attività, propiziato dalla piena conoscenza delle relazioni intrattenute dall'E. A. e delle modalità di comunicazione, rigidamente cifrata.

In tale prospettiva possono segnalarsi le conversazioni che attestano diretti contatti della E. con i militanti e ancora i messaggi che attestano i contatti telematici della donna con le medesime utenze collegate per connessione remota con l'E. A..

I profili economici e logistici della permanenza in Italia

29 - Un importante capitolo concernente la posizione dell'E. A. è poi quello riguardante i profili economici e logistici connessi alla sua presenza in Italia.

Innanzitutto risulta che il predetto si rivolge costantemente in connessione remota per tale profilo all'utenza operativa presso l'agenzia O. di Amsterdam e che in numerosi messaggi egli manifesta l'intenzione di stabilizzare la sua presenza in Italia sia con riguardo al permesso di soggiorno sia con riguardo alla disponibilità di un'attività lavorativa.

Vengono a tal fine in considerazione i messaggi nei quali egli fa presente di aver avuto colloqui di lavoro non andati a buon fine a causa della temporaneità del permesso di soggiorno o nei quali comunque riferisce di aver concordato con un soggetto, definito zio, almeno una fittizia assunzione, implicante uno stipendio apparente di 500/600 euro con oneri a suo carico: si tratta di quanto poi sarebbe effettivamente avvenuto in conseguenza dell'apparente incarico conferito all'E. A. dalla società P. A. di P. e M., a seguito del quale l'odierno imputato dà la buona notizia in connessione remota con O..

Quanto al permesso di soggiorno numerose volte l'E. A. comunica di aver chiesto alla "tipa", come viene indicata nella traduzione in italiano la A., documenti necessari all'espletamento delle relative pratiche, che non gli vengono consegnati.

E d'altro canto le richieste rivolte dall'E. A. alla donna risultano anche da conversazioni intercorse tra costui e la sua vera moglie, E. N..

Sta di fatto che l'E. A. intendeva fondare la sua permanenza in Italia su basi solide e per questo aveva creato addirittura la falsa apparenza del matrimonio con la A., anche in funzione del rilascio del permesso di soggiorno.

Del resto la mera apparenza di quel matrimonio è stata già lumeggiata: resta da far menzione di quelle conversazioni dalle quali risultano le intese tra la A. e l'E. A., volte a giustificare l'assenza dall'abitazione della donna, nel caso di controlli.

A fronte di tutto ciò il permesso di soggiorno dell'E. A., rilasciato una prima volta nell'ottobre 2002, sarebbe stato rinnovato provvisoriamente fino alla fine di novembre e poi rinnovato per un periodo più lungo in data 27-11-2003.

30 - Quanto invece al profilo più strettamente economico, risulta *per tabulas* che l'E. A. riceveva bonifici dall'estero, diretti ai citati P. e A., i quali poi consegnavano all'odierno imputato le somme ritirate.

Sullo specifico tema è stata raccolta copiosa documentazione, che attesta i plurimi bonifici, di importo variabile tra 1.500,00 e 3.000,00 euro, effettuati attraverso il circuito Western Union.

D'altro canto di quei bonifici è stata rinvenuta traccia anche nel corso delle perquisizioni olandesi, allorché all'interno dell'agenzia O. è stata trovata la ricevuta del bonifico effettuato il 29-1-2004.

Per il resto è emerso che gli ordinanti erano soggetti diversi, dimoranti per lo più in Europa.

E' però rilevante notare come in molti casi fosse lo stesso E. A. a sollecitare l'invio del denaro mediante messaggi inviati per connessione remota all'utenza di O. e come di seguito, o immediatamente o nel volgere di poco tempo, i bonifici fossero realmente effettuati.

Nel complesso risulta che nel corso del tempo furono inviate all'E. A. cospicue somme, ordinate da soggetti in qualche guisa in contatto con lo stesso imputato o con utenze riconducibili all'organizzazione: fra gli altri si segnalano A. E. A., B. S., che sarebbe stato poi arrestato il 27-3-2004, N. Y., indicata come moglie di U. R., O. K. e T. I., che ordinò anche il bonifico del 29-1-2004, relativamente al quale fu rinvenuta la prova all'interno dell'agenzia O..

31 - Il profilo da ultimo esaminato si completa con il rilievo che l'E. A., pur disponendo in Italia di una sua autonomia operativa, era tuttavia un uomo dell'organizzazione: per questo egli era tenuto ad inviare una nota delle spese sostenute, una sorta di rendiconto del denaro assegnatogli, e nel contempo non poteva disporre a suo piacimento del denaro per spese di qualche consistenza.

Così si spiega che nel momento in cui egli iniziò a pensare ad una vettura da acquistare sia pur a basso costo per i suoi spostamenti, egli correlativamente prese a fornire con le consuete modalità precise indicazioni sulla disponibilità di vetture e sui relativi prezzi, fino alla rinuncia finale.

32 - L'insieme di tali elementi consente di ritenere che l'E. A. facesse affidamento sulla collaborazione del P. e della A., non a caso titolari di parecchie utenze telefoniche da lui utilizzate e beneficiari apparenti di tutti i bonifici, e che peraltro la direzione operativa, sotto il profilo della gestione della sua attività, facesse capo alle utenze da lui contattate per connessione remota in Olanda, dove in effetti sarebbero state rinvenute

te, all'interno di quell'agenzia O. dove non solo si trovava anche la ricevuta di un bonifico, ma anche, abilmente nascosta una cospicua somma di denaro.

Diverso discorso vale invece per l'ulteriore utenza in connessione remota con l'E. A., attestata presso l'agenzia Pane e Giustizia di Istanbul cui venivano inviati altri messaggi, quali ad es, quelli concernenti nomi di account e di files destinati ai militanti e comunicazioni riferibili alla posizione dello stesso E. A. di fronte alla giustizia italiana.

Non è un caso che a quella utenza fosse stata in effetti data comunicazione della notifica dell'atto di proroga delle indagini preliminari condotte dalla Procura della Repubblica di Perugia proprio nei confronti dell'E. A..

Le rivendicazioni dell'E. A.

33 - Un ultimo profilo di particolare rilievo in questo processo, riguardante il ruolo di E. A., è quello che attiene alle rivendicazioni.

Si è già detto che l'organizzazione era solita rivendicare ogni attentato con comunicati pubblicati via internet sul sito del DHKC.

Peraltro è emerso che ogni volta venivano anche fatte numerose telefonate di rivendicazione a determinate utenze telefoniche turche e non, corrispondenti in genere a mezzi di informazione o ad associazioni in qualche guisa vicini alle ragioni del gruppo.

Orbene con riferimento agli attentati del 6 e del 10 agosto del 2003 può dirsi con certezza che le rivendicazioni telefoniche furono fatte dallo stesso E. A.

(Omissis). **Le conclusioni sul ruolo di E. A. e di E. N.**

35 - Tirando le somme in punto di fatto della complessa analisi fin qui condotta, può dirsi che il DHKP-C è effettivamente un'organizzazione operante in Turchia e in Europa, che dispone di strutture adeguate al raggiungimento dei suoi scopi.

D'altro canto può dirsi acquisito che la direzione si trova in Europa e che almeno all'epoca di questa indagine faceva capo all'utenza operante nell'agenzia O., oltre che per altri aspetti all'utenza attestata presso la rivista P. e G. di Istanbul.

Per conto di tale organizzazione operano numerosi militanti che conducono azioni di guerriglia in Turchia e compiono spettacolari attentati, avvalendosi di armi ed esplosivi nonché di militanti suicidi, c.d. kamikaze.

36 - In tale quadro si colloca l'azione dell'E. A. e della sua sposa effettiva E. N.

Costoro erano direttamente affiliati all'organizzazione.

Ciò è comprovato, oltre che dalle lusingate risultanze, dai significativi curricula, che li riguardano, rinvenuti in Belgio nel corso dell'operazione di Knok, quanto alla E., e nel corso delle perquisizioni olandesi, quanto all'E. A.

La presenza del curriculum non costituisce un mero dato formale, ma dà il segno della volontà di appartenenza e della determinazione di entrambi, del resto ben rappresentata dal documento riferibile all'E. A., nel quale egli mostra di voler aderire a tutte le finalità dell'organizzazione mettendosi al suo servizio.

Ed invero l'attività da entrambi svolta era coerente con tale proposito.

Infatti l'E. A., programmando una sua stabile permanenza in Italia, aveva creato un efficace sistema di collegamento tra i gruppi operanti in Turchia nonché tra questi e la direzione dell'organizzazione, avvalendosi dei mezzi finanziari, per vero cospicui, posti a disposizione da quest'ultima.

D'altro canto la E., non solo aveva suoi contatti con i militanti e la direzione, ma aveva occasione di prestare la sua collaborazione all'E. A. allorché si recava in Italia presso la dimora perugina, sia curando direttamente le comunicazioni in codice sia consegnando, almeno in una circostanza, all'E. A. una somma di denaro a titolo di finanziamento.

Entrambi erano pienamente consapevoli delle caratteristiche e delle finalità della struttura, avevano contatti con i combattenti e ne propiziavano attivamente le operazioni.

Basta richiamare le comunicazioni cifrate e fra queste le molteplici comunicazioni afferenti agli approvvigionamenti di schede, di denaro, di cibo e soprattutto di armamenti.

Inoltre i predetti, a dimostrazione della condivisione delle finalità perseguite e delle modalità a tale scopo utilizzate, erano a diretto contatto con le unità di guerriglia autrici dei molteplici attentati, al punto da poter direttamente provvedere a rivenderli, non come semplice messaggeri dell'azione di altri, ma come diretti sodali di combattenti operanti anche a loro nome.

Sulla base delle prove raccolte il ruolo dell'E. A. aveva carattere strategico di primario rilievo, da esso dipendendo le comunicazioni dell'intera organizzazione o almeno la gran parte di esse.

Inoltre egli aveva la capacità e la facoltà di muoversi autonomamente, quale diretto responsabile di un'articolazione di rilievo, sia pur nel quadro di un'organizzazione delineata e di direttive provenienti dalla direzione, alla quale doveva pur sempre far riferimento.

Di certo egli non era un semplice partecipe, ma aveva ruolo di vero e proprio organizzatore, da lui dipendendo l'individuazione o la verifica di sistemi di comunicazioni anche innovativi, ciò di cui v'è traccia nei messaggi dal predetto digitati, e comunque la predisposizione del tutto autonoma di account e files riservati ai singoli militanti e l'ottimizzazione delle comunicazioni, fermo restando l'impiego dei programmi di cifratura di cui si è più volte detto.

Del resto si trattava di unità operativa sulla quale l'organizzazione

aveva cospicuamente investito e che aveva un rilievo specifico, attestato dalle cennate rivendicazioni.

La E. condivideva tutto questo, ma non può dirsi che svolgesse nell'organizzazione un ruolo di pari rango, risultando solo la sua fattiva collaborazione, sulla base di schemi comunque consolidati.

Ella dunque era semmai partecipe, in posizione gradata rispetto all'E. A.

L'analisi della fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p.

37 - A questo punto si tratta di stabilire sotto il profilo giuridico se quanto rilevato in punto di fatto valga o meno ad integrare il reato contestato ai prevenuti.

L'art. 270 bis c.p. punisce al primo comma coloro che promuovono, organizzano, dirigono o finanziano associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

Al secondo comma è prevista la condotta di mera partecipazione.

Trattasi di reato di pericolo presunto, inserito nel titolo I, capo I del libro II, cioè tra i delitti contro la personalità internazionale dello Stato.

La punibilità è correlata al mero fatto dell'esistenza di un'associazione del tipo indicato, cioè di una struttura organizzata avente un programma comune fra i partecipanti, accompagnato da progetti concreti e attuali di violenza.

La giurisprudenza avverte in effetti che non vale ad integrare il reato la mera idea eversiva, quand'anche manifestata nelle forme più aspre, ove non sia rilevabile l'attuale potenzialità operativa della struttura, fermo restando che non è necessario l'avvenuto compimento di reati o atti di violenza.

Valgono per l'associazione in esame i principi elaborati dalla giurisprudenza per tutte le organizzazioni criminose e dunque la stabilità della struttura, l'adesione dei partecipanti, il loro concreto attivarsi per la realizzazione del programma, anche se il contributo dei singoli può risolversi nel compimento di condotte strumentali e di supporto logistico, che nondimeno rivelino l'inserimento nell'organizzazione.

38 - In relazione alla formulazione originaria l'art. 270 bis c.p. ci si interrogava su che cosa si intendesse per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.

Inoltre ci si domandava se la norma fosse o meno riferibile anche ad atti di violenza diretti contro Stati esteri o organizzazioni internazionali.

Quanto al primo profilo, in assenza di parametri normativi inequivoci ci si basava su un dato in prevalenza di tipo sociologico-culturale, intendendosi per *finalità di terrorismo quella di incutere timore nella collettività con azioni criminose indiscriminate, dirette cioè non contro le singole persone ma contro quello che esse rappresentano o, se dirette contro*

la persona indipendentemente dalla sua funzione nella società, miranti a incutere timore per scuotere la fiducia nell'ordinamento costituito e indebolirne le strutture; e per finalità di eversione il fine diretto di sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale.

Si sosteneva nel medesimo senso che il terrorismo esprime la naturale propensione a suscitare terrore tra le persone.

Quanto al secondo profilo si riteneva che gli atti di violenza programmati fossero rilevanti solo se diretti contro lo Stato italiano, ciò desumendosi dal rilievo che i beni giuridici attinenti agli Stati esteri trovano tutela nel capo IV del titolo I. Se ne faceva derivare la conseguenza che, essendo il programma elemento costitutivo dell'associazione, il suo rivolgersi contro uno Stato estero sarebbe dovuto considerarsi rilevante non solo ai fini dell'esclusione dell'elemento soggettivo ma più radicalmente ai fini dell'esclusione dell'elemento oggettivo.

39 - E' noto peraltro che dopo i tragici avvenimenti del settembre 2001 e dopo la grave *escalation* di episodi terroristici su scala internazionale il legislatore italiano con D.L. 374/2001 conv. in L. 438/2001 ha modificato l'art. 270 bis c.p., innanzi tutto mutandone la rubrica, che oggi si riferisce ad "associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico", ed in secondo luogo introducendo un nuovo terzo comma nel quale si precisa che "ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale".

Per tale via oggi possono essere punite in Italia anche attività commesse nel territorio dello Stato che siano attribuibili ad organizzazioni operanti a livello internazionale o che comunque si rivolgono contro Stati esteri o organismi di altri Paesi.

La personalità internazionale dello Stato italiano risulta dunque coinvolta in modo radicalmente diverso, in quanto in realtà la fattispecie finisce per ricomprendere un più generale ordine internazionale, mirando a reprimere ogni condotta che possa risolversi in violenza terroristica ovunque diretta.

Va peraltro rilevato che la norma estende la punibilità solo con riguardo alla finalità di terrorismo e non anche con riguardo alla finalità di eversione dell'ordine democratico.

Ciò non può dirsi il frutto di una svista ma pare il risultato di una precisa scelta, in quanto si è rilevato come la finalità di eversione dell'ordine democratico si risolva in buona sostanza nel sovvertimento dell'ordine costituzionale e nel travolgimento dell'assetto pluralistico e de-

mocratico, con deviazione delle strutture dello Stato dai suoi principi fondamentali, il che può concretamente apprezzarsi solo in relazione all'assetto e alle strutture dello Stato italiano e non invece con riguardo ad uno Stato estero, di cui non sarebbe mai sindacabile il tasso di democraticità.

Del resto proprio sulla scorta di tale opzione nel corso del dibattito è stato precluso alle parti ogni mezzo di prova volto a lumeggiare taluni aspetti dell'assetto politico-istituzionale dello Stato turco.

40 - Sta di fatto che l'inserimento nella norma in esame di questo nuovo riferimento al terrorismo internazionale in funzione – non della tutela di qualsivoglia ordinamento straniero, ma – della prevenzione di ogni tipo di attacco proveniente da organizzazioni terroristiche, imposta dalla presa d'atto dell'inaccettabilità a priori di quel tipo di finalità operativa, finisce per coinvolgere nella nuova lettura la nozione stessa di terrorismo internazionale, che non può essere semplicemente rimessa ad una sensibilità di tipo sociologico ma deve trovare un più stabile fondamento normativo.

Di qui l'inevitabile ricerca di un parametro meno incerto nei molteplici strumenti di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

Per vero un simile approccio è reso problematico dalla settorialità di molte Convenzioni internazionali sul tema.

Si pensi per citarne alcune alla convenzione di Tokio del 14-9-1963 sui reati e le azioni illecite commesse a bordo di aeromobili; alla convenzione dell'Aja del 16-12-1970 relativa alla soppressione del sequestro illecito di aeromobili; alla convenzione di Montreal del 23-9-1971 per la soppressione di atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile; alla convenzione dell'assemblea generale delle Nazioni Unite del 14-12-1973 per la prevenzione e repressione dei crimini contro le persone internazionalmente protette; alla convenzione della medesima assemblea generale del 17-12-1979 contro la cattura di ostaggi; alla convenzione di Vienna del marzo 1980 per la protezione fisica dei materiali nucleari; alla convenzione di Roma del 10-3-1988 per la soppressione degli attacchi illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima.

A fronte di ciò spiccano peraltro in ragione dell'epoca e della più avvertita sensibilità per il problema due ulteriori convenzioni: quella adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 15-12-1997 per la soppressione degli atti di terrorismo a mezzo bombe, ratificata con L 14-2-2003 n. 34, e quella adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 9-12-1999 per la soppressione del finanziamento del terrorismo, ratificata con L 14-1-2003 n. 7.

È noto per il resto come gli ulteriori tentativi compiuti in sede O.N.U. per addivenire ad una complessiva definizione di terrorismo internazionale non siano ancora approdati ad una soluzione condivisa.

Ma in ambito europeo assume un fondamentale rilievo la decisione quadro del consiglio dell'Unione Europea del 13 giugno 2002 n. 475/2002/Gai.

La decisione quadro (fonte del c.d. terzo pilastro) è un tipico strumento di ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri, che obbliga questi ultimi ad adottare definizioni comuni in materia di reati terroristici e di organizzazione terroristica.

Il rilievo di tale decisione sta nel fatto che i suoi contenuti, atteso il tenore delle formulazioni, possono influire direttamente sull'interpretazione delle norme vigenti nei singoli Stati, per lo meno quando essi non si pongano addirittura in contrasto in *malam partem* con la normativa vigente o con i principi fondamentali degli Stati o comunitariamente riconosciuti.

A sostegno di tale assunto, come rilevato anche dalla dottrina, milita fra l'altro la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 16 giugno 2005 nel caso Pupino, sollevato da una richiesta di pronuncia pregiudiziale in tema di incidente probatorio di un giudice italiano: in tale occasione è stata specificamente e innovativamente segnalata la rilevanza di un'interpretazione comunitariamente orientata anche in relazione ai principi affermati in una decisione quadro.

Ed allora non par dubbio che, a fronte di una clausola polisenso, quale quella contenuta nella fattispecie di cui all'art. 270 bis c.p., la decisione quadro possa essere valorizzata in funzione dell'attribuzione alla nozione di terrorismo internazionale di un significato più preciso.

41 - In buona sostanza l'interprete dispone primariamente di tre fonti di diritto internazionale che possono guidarlo, costituite dalle citate convenzioni "bombing" e "financing" e dalla decisione quadro.

Ma il legislatore di recente è intervenuto in subiecta materia inserendo con D.L. 144/2004, conv. con L. 155/2005 il nuovo art. 270 sexies, che mira a definire le condotte con finalità di terrorismo.

Analizzando i quattro tipi di fonti così individuati, si rileva che nella convenzione "bombing" si fa riferimento all'art. 2 ad attacchi compiuti attraverso bombe o altri mezzi esplosivi contro sistemi di trasporto pubblico o pubbliche infrastrutture con l'intento di causare la morte o il ferimento di persone.

Nella convenzione "financing" invece si stabilisce all'art. 2 che le prescrizioni fanno riferimento: a) ad atti descritti nelle undici convenzioni precedenti, richiamate nell'allegato; b) ad ogni atto diretto a cagionare la morte o a ferire gravemente un civile o comunque ogni altra persona che non prenda parte alle ostilità nel corso di una situazione di conflitto armato, quando lo scopo di tale atto per la sua natura o per il contesto in cui si compie sia quello di intimidire una popolazione o di costringere un governo o un'organizzazione internazionale a fare o astenersi dal fare un qualcosa.

Nella decisione quadro all'art. 1 si elenca una serie di atti intenzionali da qualificarsi come reati terroristici, che per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di: intimidire gravemente la popolazione; o di costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; o di destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale. Nella serie di reati si individuano in particolare attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; attentati gravi all'integrità di una persona; sequestro di persone e cattura di ostaggi; distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale, ovvero di luoghi pubblici o privati che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; sequestro di navi o di aeromobili o altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche, chimiche, nonché per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; diffusione di sostanze pericolose, cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; manomissione o interruzione di forniture di acqua, energia o altre risorse fondamentali, i cui effetti mettano in pericolo vite umane; la minaccia di realizzare uno dei precedenti comportamenti.

All'art. 2 per organizzazione terroristica si intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici.

L'art. 270 *sexies* c.p. a sua volta prevede che sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e che sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

42 - Tale norma finisce per chiudere il cerchio, da un lato riproducendo letteralmente il contenuto della decisione quadro sopra menzionata e dall'altro però lasciando aperta la strada all'eterointegrazione riveniente da ogni definizione contenuta in atti di diritto internazionale vincolanti.

Ciò val quanto dire che la nozione di terrorismo internazionale è oggi desumibile dalla convergente applicazione di tutte le convenzioni, in rapporto di reciproca interferenza rispetto al recepito contenuto della decisione quadro.

Ma a ben guardare, per tutte le ragioni indicate, il processo interpretativo già si basava sui medesimi parametri anche prima dell'introduzione dell'art. 270 *sexies* c.p.

Ed infatti la giurisprudenza aveva avuto occasione di mutuare la nozione di terrorismo dal contenuto della decisione quadro, rilevandone la continuità con la nozione già in precedenza affermata e tratta da valutazioni di tipo sociologico.

Successivamente si è osservato che il nuovo art. 270 *sexies* c.p., ricalcando pedissequamente il contenuto della decisione quadro, non ha fatto altro che stabilire una diretta continuità con essa.

A tale stregua non sembra del tutto condivisibile quanto affermato invece in una più recente pronuncia, nella quale si è attribuita all'art. 270 *sexies* c.p. efficacia tipica di norma penale ai fini della sopravvenienza valutabile ex art. 2 c.p..

In realtà in tale ultima pronuncia si segnala un elemento di rilievo, cioè che attraverso il nuovo testo dell'art. 270 *sexies* c.p., conforme alla decisione quadro, si finisce per allargare la sfera di operatività della nozione di terrorismo fino ad erodere quella di eversione, almeno nella parte in cui si fa riferimento anche alla destabilizzazione e distruzione delle strutture politiche, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione.

Ciò porrebbe un problema di compatibilità dell'interpretazione sulla base dell'eterointegrazione riveniente dalla decisione quadro rispetto al tenore letterale originario della norma, incentrata sulla distinzione tra terrorismo ed eversione.

Ma sembra trattarsi di problema solo apparente.

E' bensì vero che risulta preclusa l'analisi del profilo eversivo, ma sfugge che l'eversione rilevante ai fini dell'art. 270 bis c.p. è solo quella che si rivolge verso l'ordine democratico, tale potendo essere solo quello costituzionalmente garantito nello Stato italiano.

Ogni altra condotta che mediante il ricorso alla violenza miri alla destabilizzazione può essere asetticamente valutata a prescindere dal riferimento alla democraticità di un ordinamento, quale manifestazione di modalità operativa, reputata ormai inaccettabile dall'ordinamento internazionale, seppur diretta anche all'eversione.

In altre parole il riferimento alla decisione quadro già prima dell'art. 270 *sexies* c.p. consentiva di valutare l'operatività di tutte quelle organizzazioni che, pur miranti all'eversione, tuttavia indulgevano in azioni terroristiche, quale mezzo per raggiungere l'obiettivo prefissato, con la

conseguenza che la destabilizzazione già rilevava ex se a prescindere dal riferimento ad un determinato ordinamento e alla sua democraticità.

Ciò significa che in realtà la nozione di terrorismo evocata dall'art. 270 bis c.p. era compatibile con il contenuto della decisione quadro e dunque da essa fin dalla sua approvazione eterointegrabile. In ogni caso di certo lo era almeno per una parte.

A tale stregua può concludersi che la nozione di terrorismo desumibile dalla decisione quadro sarebbe potuta dirsi operante già prima del luglio 2005, in quanto immanente all'ordinamento italiano come sopra integrato.

43 - Ma nel contempo era operante - e continua tuttora ad esserlo - anche la nozione desumibile dagli altri strumenti di diritto internazionale cui si è fatto riferimento.

In particolare si segnala il contenuto della convenzione "financing", la quale aveva anche *per tabulas* valore onnicomprensivo, qualificando come terroristici gli atti definiti in precedenti convenzioni e aggiungendo una nozione di chiusura al punto b) dell'art. 2.

Non vi è dubbio che la nozione così ottenuta fosse utilizzabile anche prima dell'introduzione dell'art. 270 sexies c.p.

Coerentemente ciò è stato riconosciuto dalla giurisprudenza.

L'utilità del diretto riferimento a tale convenzione sta nel fatto che la nozione di terrorismo che essa fornisce vale a ricomprendere anche il caso di atti di violenza commessi non solo in tempo di pace contro civili ma anche in tempo di guerra contro soggetti non coinvolti direttamente nelle ostilità, anche se non si fa riferimento a condotte volte a destabilizzare o distruggere strutture politiche, economiche e sociali, inquadabili anche nella nozione di eversione.

In tal modo deve prendersi atto che la nozione di terrorismo internazionale è ormai definita e vale ad includere anche condotte tenute in contesti bellici, seppur connotati da guerre civili, ferma restando la diversa rilevanza di condotte primariamente eversive.

44 - Tutto ciò posto, non resta che procedere alla c.d. sussunzione del fatto.

Ed invero si è visto come il DHKP-C miri al sovvertimento delle forze di governo in Turchia sulla base di una matrice ideologica di stampo marxista-leninista e come a tal fine programmi ed attui la lotta armata volta alla rivoluzione popolare.

In tale quadro vengono organizzati gruppi dediti ad azioni di guerriglia, che mirano a destabilizzare le strutture politiche dello Stato.

Ma il DHKP-C non si limita alla guerriglia e ad azioni mirate.

Esso ricorre alla violenza sistematica, organizzando e realizzando attentati di vario genere, comunque connotati dall'utilizzo di bombe ed esplosivi, attaccando obiettivi non di carattere politico istituzionale, quali

singoli imprenditori o i ristoranti Mc Donald's, considerati espressione dell'imperialismo americano, ed inoltre colpendo non solo militari, ma in genere le forze dell'ordine e i civili con azioni indiscriminate, che coinvolgono anche soggetti non direttamente coinvolti in azioni di tipo militare, come magistrati ed alcuni esponenti della gendarmeria.

Si è visto inoltre che il DHKP-C indulge nell'organizzazione di attentati contro mezzi di trasporto, mette ripetutamente in pericolo la vita e l'integrità fisica di soggetti non coinvolti direttamente in conflitti, provoca ingenti danni a cose attraverso attentati dinamitardi e soprattutto si avvale ripetutamente, anche se non con la frequenza conosciuta in altri contesti, di attentatori suicidi, c.d. kamikaze, che si fanno esplodere presso obiettivi sensibili, provocando inevitabilmente morti e distruzione anche a danno di civili.

Tale disamina, che fa riferimento anche ad episodi anteriori al settembre 2001, non per inquadrarli nella sfera di punibilità *ante litteram*, ma ai fini della complessiva qualificazione dell'organizzazione, riassume fra gli altri gli attentati suicidi di U. B. e di S. A., quest'ultimo non sfociato in conseguenze drammatiche per l'esplosione della cintura indossata dalla ragazza prima del tempo, nonché gli attentati ai danni dei magistrati della Corte di Sicurezza, al mezzo di trasporto di esponenti della gendarmeria, alla sede del partito di governo.

In tali circostanze si sono registrati la morte o il ferimento di persone, anche tra i civili, nonché gravi danni alle cose, compresi i mezzi di trasporto.

Va aggiunto che gli attentati si collocano pienamente all'interno dell'ideologia professata dal gruppo e, come si evince dai comunicati di rivendicazione, il cui utilizzo, per la forza di propagazione che ne deriva, vale di per sé a lumeggiare la capacità intimidativa dell'organizzazione⁵⁶, mirano, quale componente fondamentale della complessiva azione, a conseguire dal Governo risultati concreti, a cominciare dalla modifica delle disposizioni in materia di organizzazione carceraria.

Nel complesso ne risulta un'azione dotata di notevole forza, capace di suscitare intimidazione presso la popolazione e diretta a coartare l'azione del Governo, oltre che a destabilizzare le strutture politiche ed economiche dello Stato.

Al riguardo non può confondersi l'opposizione politica ad un governo, che si considera oppressivo, con l'azione armata, connotata dalle modalità più sopra lumeggiate, che finiscono per colpire anche soggetti del tutto estranei non solo al confronto armato ma perfino all'ideologia perseguita dal gruppo ed al suo disegno rivoluzionario.

E si è già detto come l'utilizzo di attentatori suicida costituisca da solo un indice di pericolosità diffusa ed indiscriminata, non essendo in alcun modo programmabili con sicurezza le conseguenze di un'azione

dinamitarda di quel tipo in contesti non isolati, ma al contrario frequentati dalla popolazione, come avvenne nel caso di U. B. e come sarebbe avvenuto nel caso di S. A..

Non rileva per contro che a seguito del fallimento dell'azione di un'altra attentatrice nel giugno 2004, la cui cintura esplosiva deflagrò prima del tempo in un autobus, provocando morti tra la popolazione civile, l'organizzazione avesse emesso un comunicato con il quale si scusava.

Certo è che la morte dei civili non era in quel caso direttamente perseguita, ma comunque ciò non significa che non fosse presa in considerazione o che l'organizzazione in passato si fosse fatta carico di escluderla, tanto da averla già provocata, fermo restando che gli obiettivi colpiti dal DHKP-C non erano limitati a forze militari, ma si estendevano altresì a simboli dell'economia e a soggetti non coinvolti direttamente nel conflitto, come è evidente nel citato caso degli imprenditori, dei Mc Donald's e dei magistrati.

Ed allora, quale che sia tra quelle analizzate la nozione di terrorismo che voglia accogliersi ai fini del presente processo, va rimarcato che il DHKP-C era all'epoca di questi fatti ed è ancora, in prosieguo di tempo, per quanto accertato, organizzazione terroristica, che, perseguendo un'ideologia *ad excludendum*, coltiva la violenza contro obiettivi indiscriminati, non limitati a forze militari, e compie azioni idonee a procurare morte e distruzione, così da intimidire la popolazione, coartare le forze di Governo e disarticolare le strutture politiche.

In tale prospettiva non rileva il fatto che venga addotta l'illiberalità di quelle strutture, rilevando il fatto *ex se* dell'utilizzo della violenza per quei fini.

Il parametro normativo di riferimento è costituito innanzi tutto dalla decisione quadro, inverteata dall'art. 270 *sexies* c.p., e in seconda battuta dalla convenzione "financing", ove voglia attribuirsi alla situazione esistente in Turchia il carattere di guerra civile ed ai militanti del DHKP-C la veste di combattenti in contesto di guerra: in questo secondo caso infatti dovrebbe rimarcarsi che la violenza non è diretta solo contro le forze armate, ma anche contro persone non attivamente coinvolte nel conflitto.

45 - Com'è dato agevolmente rilevare a questo punto, del tutto inconferenti sono i rilievi difensivi volti - con toni di interessante quanto vana suggestione - a prospettare un'equiparazione della lotta dell'organizzazione in esame con quella partigiana, su cui si fonda la Repubblica Italiana.

In realtà allo stato attuale delle consapevolezze e degli intendimenti dell'ordinamento internazionale deve ritenersi bandita ogni forma di violenza che al di fuori di scenari di guerra voglia giungere a mutare gli assetti esistenti.

Inoltre la vicenda del DHKP-C si muove sul binario della scelta ideologica e della violenza contro soggetti non direttamente belligeranti, il che vale a collocare l'organizzazione al di fuori della legalità internazionale ed a giustificarne la qualificazione che con effetti meramente amministrativi gli è stata conferita dall'Unione Europea.

46 - A fronte di ciò, deve prendersi atto del ruolo specificamente svolto da E. A. e da E. N., i quali, pur non avendo concorso direttamente nel compimento di atti di violenza, li hanno tuttavia condivisi, nel quadro del più ampio programma dell'organizzazione, al punto da essersi resi propalatori delle rivendicazioni o da averle almeno conosciute e commentate con altri militanti, ed hanno svolto inoltre funzioni di rilievo, seppur di carattere preparatorio e logistico, propiziando le comunicazioni tra gruppi nonché con la direzione, di stanza in Europa.

All'E. A. compete la qualifica di organizzatore, giacché costui, sia pur nell'ambito delle direttive impartitegli e comunque pur sottostando agli organi direttivi, ha contribuito progressivamente in modo assai significativo e con autonomia operativa a curare il coordinamento dell'attività dei gruppi, in ciò consistendo il suo essenziale contributo, per giunta apprestando gli strumenti idonei all'ottimizzazione di quei collegamenti e provvedendo alla gestione delle risorse finanziarie messe a sua disposizione con obbligo di rendiconto.

Alla E. compete invece la veste di semplice partecipe, ai sensi dell'art. 270 bis c.p. secondo comma, non essendole attribuibile un ruolo di rango corrispondente a quello dell'E. A., pur essendosi nella sostanza affiancata al medesimo.

47 - A scanso di equivoci e ribadendo quanto già osservato con ordinanza emessa in limine la condotta dei prevenuti risulta punibile anche se riferibile ad associazione operante in Europa e soprattutto in Turchia: deve infatti ritenersi che per effetto del contributo offerto dalla cellula facente capo allo stesso E. A. si sia svolta in Italia almeno una parte dell'azione ai sensi dell'art. 6 c.p., nulla rilevando che non siano stati chiamati a rispondere del medesimo reato in questa sede anche quei soggetti, come la A., il P. e la M. a carico dei quali in origine era stata prefigurata la partecipazione.

In buona sostanza l'associazione rilevante è pur sempre quella in cui l'E. A. e la E. N. sono risultati inseriti stabilmente, a prescindere dal fatto che gli altri soggetti che hanno pur sempre offerto ai due imputati un diretto contributo non siano stati reputati compartecipi al programma associativo.

(Omissis). **Le conseguenze sanzionatorie**

49 - Venendo al *quantum* di pena, possono innanzi tutto concedersi ad entrambi i prevenuti le attenuanti generiche, in tal senso militando

non solo la pregressa incensuratezza in Italia ma anche la circostanza che entrambi abbiano fornito un contributo ad una causa che essi sul piano ideologico avvertivano profondamente come giusta in funzione di un miglioramento delle condizioni di vita nel proprio Paese.

Questa particolare tensione morale che si riflette in un atteggiamento primariamente altruistico consente di formulare in termini retributivi un giudizio di minor rigore, che si riflette nella concessione di attenuanti atipiche.

Altro profilo è quello della configurabilità dell'attenuante dei motivi di alto valore morale e sociale, attenuante all'evidenza non ricorrente, dal momento che ciò postulerebbe un'impossibile rivisitazione del tasso di democraticità dell'ordinamento turco e che comunque l'organizzazione si muove pur sempre su un piano ideologico di parte, non necessariamente condiviso dalla generalità, con la conseguenza di non poter oggettivizzare la scala di valori prescelta. (*Omissis*).

(1-2) La dimensione internazionale del terrorismo e dell'eversione dell'ordine democratico. *Alea iacta est.*

1. Tra Storia ed Ideologia, le disposizioni normative che compongono il plesso dei delitti contro la personalità dello Stato inaugurano la tipizzazione delle singole fattispecie incriminatrici con l'assegnare primigenia tutela all'assetto istituzionale in cui germina e si lascia plasmare ogni valore condivisibilmente votato a segnare i caratteri irrinunciabili della compagine sociale.

Da quest'angolo prospettico, oltre il singolo regime, oltre la peculiarità del clima politico del tempo, tali norme si apprestano a disegnare un quadro *unitariamente composito*, pure effetto di intersezioni e stratificazioni di singolare peso e frequenza che hanno aggiunto densità a problematiche interpretative di contemporanea evidenza ⁽¹⁾.

Le metamorfosi, in senso modale e geografico, del fenomeno terroristico, si prestano ad essere lette entro queste righe normative, rapportandosi direttamente ad un innovato dettato codicistico che rispecchia, con inusitata

⁽¹⁾ Per una analisi dell'oggettività giuridica ivi forgiata, e del percorso storico che l'ha segnata, JANNITTI PIROMALLO, *Personalità dello Stato (disposizioni comuni ai delitti contro la)*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 1029 ss.; PANNAIN, *Personalità internazionale dello Stato (delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 1109 ss.; GALLO-MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984; MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984; PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 815; MARCONI, *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 603.

chiarezza, il binomio evolutivo della realtà storica e dei concetti che umanamente servono ad esprimerla.

Non sta a queste fugaci osservazioni il compito di riproporre i dettagli delle fasi in cui si è venuta fin qui articolando l'elaborazione, nazionale prima ed internazionale poi, della finalità terroristica, quale componente strutturale di figure criminose di poderoso impatto politico ed emotivo.

Nondimeno, la latitudine del concetto di terrorismo acclarata dalla odierna lettura dell'art. 270 *sexies*, si presta a reinnescare antichi interrogativi, che il più recente passato aveva trasportato in secondo piano rispetto all'incalzante questione dei limiti e del senso dell'internazionalizzazione operata attraverso il comma 3 dell'art. 270 *bis* c.p.

Nel dare atto della auspicata definizione "evolutiva" di terrorismo, sulla quale si adagia pure la decisione in annotazione, si rinvergono difatti spunti capaci di rimettere sul tappeto della più stringente attualità quella concettualizzazione della eversione penalmente rilevante che pare essersi trasformata nel vessillo di una tutela *ancora necessariamente nazionale*, da contrapporre tenacemente alla *a-territorialità* del fenomeno terroristico di iscrizione criminale.

2. Per quanto concerne questo secondo termine del confronto appena progettato, la soluzione cui approda la sensibilità culturale e giuridica dell'interprete della fattispecie concreta segna un corroborante punto di non ritorno: nell'art. 270 *sexies* c.p. si combinano il primitivo senso sociologico di *terrorismo*, quale espressione della *naturale propensione a suscitare terrore tra le persone*, e la radicale diversità del coinvolgimento della personalità internazionale dello Stato italiano, riplasmata per ivi *ricomprendere un più generale ordine internazionale, mirando a reprimere ogni condotta che possa risolversi in violenza terroristica ovunque diretta*.

Sulla scorta di una simile premessa, la nozione di terrorismo internazionale esplicitata dalla neo-introdotta disposizione codicistica viene riconosciuta come il risultato della convergente applicazione delle convenzioni settoriali in materia – con precipuo quanto ovvio riferimento alla Convenzione per la soppressione degli atti di terrorismo a mezzo bombe nonché alla Convenzione per la soppressione del finanziamento del terrorismo – da porsi in rapporto di reciproca interferenza con il contenuto della decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 13 giugno 2002, n. 475/2002/GAI.

Conciocché, se l'art. 270 *sexies* c.p. ⁽²⁾ qualifica in termini di finalizzazione terroristica *condotte che per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e che sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto in-*

ternazionale vincolanti per l'Italia, ebbene, ciò vale a connettere nel presente il passato ed il futuro della prescritta nozione.

Con buona dose di lungimiranza normativa.

Il percorso gnoseologico seguito dal giudicante non ha pertanto tema di tracciare un legame privo di ogni soluzione di continuità tra il processo interpretativo che, in prima battuta, consentiva di rintracciare nel riferimento al *terrorismo anche internazionale*, già all'indomani del suo innesto nel corpo dell'art. 270 *bis* c.p., un rinvio alla nozione di stampo sociologico; la consecutiva mutuazione della definizione di terrorismo dal contenuto della ricordata decisione quadro; ed i parametri "finali" sanciti dalla normativa dei nostri giorni, la quale a sua volta appalesa una spiccata flessibilità contenutistica rispetto a dinamiche terroristiche "da rinvenire", ammesse ad eterointegrarla come effetto del rinvio alle definizioni contenute in atti vincolanti di diritto internazionale ⁽³⁾.

3. Giocoforza ridescrivere gli scenari compatibili con siffatti caratteri denotatori della violenza terroristica, che nel collaudato modello del delitto di attentato, accolto nelle maglie dell'art. 270 *bis* c.p., si atteggia a violenza organizzata, al contempo finalità intermedia della struttura associativa ed allarmante veicolo di un terminale messaggio di terrore.

Il dibattito attorno alla cornice entro cui acquista visibilità il terrorismo globale si è concentrato sulle risposte da fornire a due basilari interrogativi. L'uno, coinvolgente la problematica della concepibilità di attacchi terroristici in un contesto bellico, ove sfuma verso l'etereo la riconoscibilità di quella devastazione della pace sociale – già compromessa in termini radicali - che è la portata ultima del fatto *de quo*. L'altro, fomentatore del dubbio riguardo alla criminalizzazione di quei comportamenti direzionati a restaurare i principi della democrazia soffocati dagli apparati istituzionali, in un delicatissimo equilibrio con il dogma dell'autonomia sovrana di ciascun ordinamento statale.

L'intersecarsi di simili questioni trova efficace esemplificazione fattuale nella situazione indagata dalla sentenza in epigrafe, che fotografa comportamenti organizzativi e partecipativi riconducibili ad una struttura plurisoggettiva (DHKP-C) deputata *al sovvertimento delle forze di governo in Turchia sulla base di una matrice ideologica di stampo marxista-leninista*, e con questo scopo attendente alla programmazione ed attuazione della *lotta armata volta alla rivoluzione popolare*.

E' in tale quadro che dell'organizzazione si ricostruisce il ruolo di "gestore" di gruppi dediti non solo ad azioni di guerriglia, o ad azioni mirate

⁽²⁾ Introdotto dall'art. 15 l. 31 luglio 2005, n. 155, conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27 luglio 2005, n. 144 recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

⁽³⁾ Cfr. Cass., sez. II, 25 maggio 2006, Bouhrama, in *Riv. pen.*, 2006, 1202.

alla destabilizzazione delle strutture politico-istituzionali dello Stato, ma altresì alla violenza sistematica, indulgente all'utilizzo di bombe ed esplosivi alla volta di obiettivi - singoli imprenditori o attività economiche - considerata espressione dell'imperialismo americano; e conseguentemente diretta a colpire tanto militari quanto in genere soggetti non direttamente coinvolti nel confronto armato, per effetto di attacchi indiscriminati frequentemente consistenti in attentati dinamitardi e suicidi contro mezzi di trasporto civili.

La sussunzione del fatto nell'alveo dell'art. 270 *bis* c.p. procede dunque col dar atto che la nozione di terrorismo internazionale *vale ad includere anche condotte tenute in contesti bellici, seppur connotati da guerre civili, ferma restando la diversa rilevanza di condotte primariamente eversive.*

Non è invero difficile riscontrare, nella complessità del quadro dianzi affrescato, quella forza delle condotte violente – *capace di suscitare intimidazione presso la popolazione e diretta a coartare l'azione del Governo, oltre che a destabilizzare le strutture politiche ed economiche dello Stato* - descritta nella dimensione positiva dell'art. 270 *sexies* c.p.

L'inconfondibile divario che corre tra l'opposizione politica ad un governo che pur si consideri oppressivo, ed una violenza modalizzata alla stregua del paradigma normativo, lueggia infine, nella condivisibile e condivisa *opinio iudicis*, l'area semantica assegnata alla finalità terroristica, indifferentemente aggettivata in termini nazionali o internazionali.

In tal guisa, viene a darsi conferma dell'equilibrio tracciabile tra la lettera della Convenzione del 12 gennaio 1998 sulla repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, che *a contrario* qualifica in senso terroristico gli atti criminali (immediatamente o mediatamente) violenti diretti a creare uno stato di terrore nella popolazione o in un gruppo di persone o fra determinate persone, precludendone la legittimazione a mente di ragioni politiche, filosofiche, religiose, ideologiche, razziali, etniche o di altra natura ⁽⁴⁾; l'art. 2, lett. *b*), della Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 sulla repressione del finanziamento al terrorismo ⁽⁵⁾, a tenore del quale l'appartenenza al "genere" ⁽⁶⁾ terroristico si riscontra in ogni

⁽⁴⁾ Ivi difatti si precisa come la condotta di chi «illecitamente e intenzionalmente consegna, colloca o fa esplodere o detonare un ordigno esplosivo o altro ordigno micidiale in o contro un sito pubblico, una struttura governativa o altro impianto pubblico, un sistema di trasporto pubblico o una infrastruttura: *a*) al fine di provocare la morte o gravi lesioni corporali; oppure *b*) al fine di causare massicce distruzioni di un tale luogo, struttura, sistema o infrastruttura, quando tali distruzioni determinano o è probabile che determinino perdite materiali considerevoli» (art. 2), non possa essere giustificata in base a considerazioni filosofiche, politiche, ideologiche, razziali, etniche, religiose o simili, in particolare quando sia inteso a provocare il terrore nella popolazione, in un gruppo di persone o in individui determinati (art. 5).

⁽⁵⁾ A cui l'Italia ha dato esecuzione con la l. 14 gennaio 2003 n. 7.

⁽⁶⁾ La lett. *a*) della norma definisce infatti, direttamente e specificamente, come

«atto destinato a cagionare la morte o le lesioni personali gravi ad un civile o a qualsiasi altra persona che non partecipi attivamente alle ostilità nel corso di un conflitto armato, quando lo scopo di tale atto, per sua natura o per il contesto, sia quello di intimorire la popolazione o costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o ad omettere un atto»⁽⁷⁾; la nozione fornita dalla decisione quadro n. 2002/475/GAI, valevole a filtrare la natura terroristica del fatto⁽⁸⁾ per mezzo di un triplice ed alternativo dolo specifico di «intimidire gravemente la popolazione, costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche, e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale».

terroristici gli atti che risultano oggetto di una serie di Convenzioni internazionali: Convenzione dell'Aja del 1970 contro la cattura di aeromobili; Convenzione di Montreal del 1971 contro gli atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile; Convenzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1973 per la prevenzione e repressione dei crimini contro le persone protette dal diritto internazionale, anche agenti diplomatici; Convenzione internazionale dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1979 contro la cattura di ostaggi; Convenzione di Vienna del 1980 sulla protezione fisica del materiale nucleare; Protocollo di Montreal del 1988 per la repressione degli atti illeciti di violenza contro gli aeroporti internazionali dell'aviazione civile ed integrazione della Convenzione per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile; Convenzione di Roma del 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima; Protocollo di Roma del 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza delle piattaforme fisse stabilite sulla placca continentale; Convenzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1997 contro gli atti terroristici dinamitardi.

⁽⁷⁾ Sulla portata comunque definitoria, seppure indiretta, attribuibile alla Convenzione rispetto agli «atti terroristici», GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 32.

⁽⁸⁾ L'art. 1 individua le fattispecie base per cui si impone agli Stati membri l'obbligo di incriminazione: «a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona; c) sequestro di persona e cattura di ostaggi; d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di privata proprietà che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; e) sequestro di aeromobili, navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto merci; f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; h) manomissione o interruzione della fornitura d'acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) ad h)».

4. In chiosa, l'ultima normazione di stampo nazionale non fa che acconciare un "unitario" sedimento positivo per i parametri selettivi della moderna (e senza confini) dimensione del terrore, i quali, invero, già si lasciavano estrarre da una pacata sinossi delle riprodotte perifrasi sovranazionali.

In particolare, ne era dato captare l'indifferenza rispetto al contesto bellico e quindi anche rispetto alla natura civile della vittima occasionale. Ciascuno dei ricordati dettati si volge difatti a proporre una decodificazione del fenomeno terroristico consapevolmente non esaustiva, perché di volta in volta diretta ad intervenire in quegli spaccati di "nuova realtà" privi, eppur necessitanti, di una mirata regolamentazione repressiva. In breve, ciascuno dei dettati in menzione si conferma sviluppato sul pre-giudizio che la criminalizzazione degli atti di terrorismo manifestatisi sullo sfondo di un conflitto armato – ove ha ragione il distinguo tra *civile* e *militare* – sia già operativa a mezzo di «altre» norme di diritto internazionale⁽⁹⁾, nella specie di norme consuetudinarie di «diritto internazionale umanitario»⁽¹⁰⁾.

Di più. In taluni degli stessi articolati si dà apertamente atto della possibilità di identificare una finalità terroristica pur se immersa in una prospettiva eversiva⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Si veda la premessa, nell'undicesimo considerando della decisione quadro in disamina, circa l'inapplicabilità della decisione stessa alle «attività delle forze armate in tempo di conflitto armato» ed alle «attività svolte dalle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali», ed al rinvio per ciò operato alle altre e numerose fonti di «diritto internazionale umanitario» appositamente competenti per la regolamentazione dei conflitti armati. Ancora, nel preambolo della citata Convenzione ONU del 1998 sulla repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, si specifica come l'esclusione non comporti la liceità di atti illeciti in virtù di «altre normative».

⁽¹⁰⁾ L'espressione suole indicare quel settore della disciplina del diritto internazionale, generale e convenzionale, preposto alla tutela della persona umana in quanto vittima potenziale in una situazione di violenza derivante da un conflitto armato, interno o internazionale. Una minima parte di autori indica con l'espressione sia il diritto internazionale dei conflitti armati sia il diritto internazionale dei diritti dell'uomo, v. KOLB, *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and 1949 Geneva Conventions*, in *International Review of the Red Cross*, 1998, 413 ss.

⁽¹¹⁾ VALSECCHI, *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1147, ha considerato una innovazione quella legata all'introduzione nella decisione quadro n. 2002/475/GAI della finalità eversiva, peraltro «priva di possibili ripercussioni sull'attività interpretativa del giudice italiano, non potendo un atto del terzo pilastro come la decisione quadro condurre addirittura alla disapplicazione della normativa interna eventualmente contrastante». Ancora, Id., *ibidem*, 1148, nota 54: «Un simile esito interpretativo, ponendosi *contro* l'esplicito dettato della norma penale italiana, finirebbe ... per comportarne la *disapplicazione*, in contrasto con l'art. 34, 2° par., lett. b), TUE, che esclude efficacia diretta alle decisioni quadro; e si porrebbe altresì in contrasto con il principio del *nullum crimen*, traducen-

In fin dei conti ciò ha segnato l'assorbimento, in una dimensione scritta, della norma di diritto generale di fonte consuetudinaria - rilevante ex art. 10 Cost.⁽¹²⁾ - che della natura terroristica ha progressivamente individuato i segnali guardando anche oltre il "mero" scopo di seria intimidazione della popolazione⁽¹³⁾, ed attenzionando i fini addizionali dell'indebito costringimento di un potere statale o di un'organizzazione internazionale a compiere od omettere un qualsiasi atto⁽¹⁴⁾, e della grave destabilizzazione o distruzione delle strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un Paese o di un'organizzazione internazionale⁽¹⁵⁾.

dosi in un ampliamento dell'area della rilevanza penale al di fuori di ogni espressa statuizione da parte del legislatore nazionale».

⁽¹²⁾ In argomento, v. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile al diritto internazionale, in Costituzione dello Stato e norme internazionali*, a cura di Lenza, Milano, 1988, 106.

⁽¹³⁾ Nella Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del terrorismo adottata a Ginevra il 16 novembre 1937, mai entrata in vigore nonostante fossero sufficienti allo scopo tre ratifiche, il termine terrorismo (art. 1, 2° par.) indica il «metodo» di terrore impiegato ed organizzato dalla fazione al potere per provocare terrore in determinate persone o in gruppi di persone o nel pubblico in genere.

⁽¹⁴⁾ A partire dal 1979 il panorama internazionale dà rilievo a questa diversa faccia dell'universo terroristico, v. la Convenzione del 17 dicembre 1979 contro la presa d'ostaggi, la Convenzione di Vienna del 3 marzo 1980 per la protezione fisica dei materiali nucleari, la Convenzione del 10 marzo 1988 per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima, la Convenzione del 9 dicembre 1994 sulla sicurezza del personale delle Nazioni Unite e del personale associato.

⁽¹⁵⁾ Cfr. l'art. 1, 3° par., Convenzione della Lega degli Stati arabi sulla repressione del terrorismo del 1998: «*Any act or threat of violence, whatever its motives or purposes, that occurs in the advancement of an individual or collective criminal agenda and seeking to sow panic among people, causing fear by harming them, or placing their lives, liberty or security in danger; or seeking to cause damage to the environment or to public or private installations or property or to occupy or seize them, or seeking to jeopardize a national resource*»; l'art. 1, 2° par., Convenzione dei Paesi membri dell'Organizzazione della Conferenza islamica del 1999 sulla repressione del terrorismo: «*Terrorism means any act of violence or threat thereof notwithstanding its motives or intentions perpetrated to carry out an individual or collective criminal plan with the aim of terrorizing people or threatening to harm them or imperilling their lives, honour, freedoms, security or rights or exposing the environment or any facility or public or private property to hazard or occupying or seizing them, or endangering a national resource, or international facilities, or threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent States*»; l'art. 1, 3° par., lett. a), Convenzione dell'Unione africana, adottata nel 1999 per la prevenzione e la lotta al terrorismo: «*Any act which may endanger the life, physical integrity or freedom of, or cause serious injury or death to any person, any number or group of persons or causes or may cause damage to public or private property, natural resources, environmental or cultural heritage, and is calculated or intended to: (i) intimidate, put in fear, force, coerce or induce any government, body institution, the general public or any segment thereof, to do or abstain*

Giacché, la metodica di un indiscriminato terrore innesca, in una qualsiasi delle evenienze considerate, il coinvolgimento della struttura ordinamentale nel suo complesso, e quindi della misura reattiva penalistica votata alla di lei protezione, determinando ad un tempo il rigetto delle classiche forme di garanzia cui si accompagnano i crimini di ascendenza politica⁽¹⁶⁾. Per vero, l'atto che "cresce" in una realtà terroristica quale latore di un messaggio di superiorità dominante, magari in senso latamente culturale⁽¹⁷⁾, mira ad attrarre nelle sue spire di violenza l'intera società, compromessa nella pacificità delle interrelazioni che la compongono da una paura che scaturisce dall'attacco alle sue stesse membra, personalmente identificabili – e rappresentanti in qualche modo le istituzioni - ovvero indeterminate⁽¹⁸⁾.

Lesa in siffatta, devastante, maniera la sicurezza collettiva, e traslata l'offesa direttamente su scala mondiale per effetto dell'odierna globalizzazione, la vittima del delitto – ovunque ne siano localizzati i fini "ultimi" - non tarda ad assumere le sembianze dello Stato italiano: pregiudicato da fatti occorsi (ex art. 6, comma 2, c.p.) nell'omonimo territorio non solo nel proprio ruolo di garante della tranquillità e dell'ordine pubblico interno, di cui rimane investito dal popolo sovrano; ma altresì nel compito di presidiare quella più ampia sicurezza comune rispetto alla quale ha assunto, ad onore dell'art. 11 Cost., poteri e doveri di protezione in quanto parte vitale della Comunità internazionale⁽¹⁹⁾.

from doing any act, or to adopt or abandon a particular standpoint, or to act to according to certain principles; or (ii) disrupt any public service, the delivery of any essential service to the public or to create a public emergency; or (iii) create a general insurrection in a State».

⁽¹⁶⁾ In generale, sull'argomento, ZICCARDI CAPALDO, *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, Milano, 1990.

⁽¹⁷⁾ In argomento MARLETTI, *Il terrorismo moderno come strategia di comunicazione. Alcune considerazioni a partire dal caso italiano*, in *La violenza interpretata*, a cura di Villa, Bologna, 1979, 191; LAUDI, *Terrorismo (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 356; PANZERA, *Terrorismo (diritto internazionale)*, *ibidem*, 370; PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune?*, in *Giust. pen.*, 1975, II, 257; MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano, 1981, 183.

⁽¹⁸⁾ RONCO, *Terrorismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Appendice, Torino, 1987, 754; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 244 s. In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 5 novembre 1987, Benacchio, in *Riv. pen.*, 1988, 892 ss.; Cass., sez. I, 21 ottobre 1983, Filippi, in *Giur. it.*, 1985, II, 20 ss.; Cass., sez. I, 27 ottobre 1987, Al Ashker Bassam, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 641 ss.

⁽¹⁹⁾ V. FIANDACA, *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di Melillo-Spataro-Vigna, Milano, 2004, 5 ss.; FIANDACA-TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 123; ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 157.

In breve. Tali notazioni consolidano dunque la percezione della *fattispecie terroristica internazionale* quale *crimine internazionale*⁽²⁰⁾, votato a reagire contro violazioni del primario (e superindividuale) interesse dei popoli a godere di un ordine pubblico e di una consecutiva stabilità sociale su scala mondiale⁽²¹⁾.

5. A questo “contemporaneo” diritto dell’umanità volge lo sguardo l’art. 270 *sexies* c.p., che si arma di trasparente chiarezza per deprivere il fenomeno del terrorismo transnazionalizzato di qualsiasi etichetta di contorno, afferente alla natura del bersaglio verso cui specificamente si dirige l’atto ovvero alla qualità dello sfondo in cui prende forma concreta e contingente; e per inglobare in esso una “alternativa” finalità eversiva anche estera che si cala esattamente nel solco della continuità normativa appena sopra disegnata.

Fuori, dunque, dalla pretesa sfera di efficacia dell’art. 2, comma 1, c. p.⁽²²⁾.

Nondimeno, il cammino verso la piena presa di coscienza giurisprudenziale di questa realtà giuridica procede con notevole lentezza.

⁽²⁰⁾ CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, 128 ss. ammette la configurabilità del terrorismo come crimine internazionale a sé stante solo quando è appoggiato o tollerato da uno Stato. In particolare, 124 ss., l’Autore distingue tre diverse forme in cui il fenomeno terroristico può manifestarsi, ed in ciascuna delle quali la vittima può assumere natura civile o militare: i crimini di guerra, commessi durante un conflitto armato; i crimini contro l’umanità, espressione di una sistematica modalità di governo aggressiva; l’autonoma e residuale fattispecie di terrorismo internazionale. Cfr. in proposito FIANDACA-TESAURO, *Le disposizioni sostanziali*, cit., 123; ROSI, *Terrorismo internazionale*, cit., 157; LAUDATI, *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all’interno dell’Unione Europea*, ivi, 2006, 401.

⁽²¹⁾ Sostiene l’inclusione dei fatti di terrorismo tra i delitti contro l’umanità, INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1329. Sull’argomento, in generale, v. VENTURINI, *Diritto umanitario e diritti dell’uomo: rispettivi ambiti di intervento e punti di confluenza*, in *Assistenza umanitaria e diritto internazionale umanitario. Atti del seminario internazionale, Milano, 24 maggio 2000*, Napoli, 2001, 57 ss.; GREPPI, *Diritto internazionale umanitario dei conflitti armati e diritti umani: profili di una convergenza*, in *Comunità intern.*, 1996, 473 ss.

⁽²²⁾ Dell’opinione rigettata nel testo Cass., sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 169; Ass. Milano, 1° febbraio 2007, R. ed altro, in *Corr. merito*, 2007, 622 ss. Cfr. anche VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1227; Id., art. 270 *sexies*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini e Marinucci, Milano, 2006, 1969 s.; Id., *La definizione di terrorismo dopo l’introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1109 ss. L’Autore, ravvisando in questa lettera un ampliamento rispetto alla nozione sulla cui base l’interprete avrebbe dovuto operare prima della novella (risultante dalla Convenzione di New York del 1999), discrimina tra fatti commessi prima dell’entrata in vigore della riforma e fatti commessi dopo l’entrata in vigore della legge soggetti alla nuova disciplina. Per un approfondimento con riguardo alla continuità della nozione di terrorismo, oggi codificata all’art. 270 *sexies* c.p., si rinvia a FALCINELLI, *Terrorismo di pace, terrorismo di guerra*, in *Giust. pen.*, 2006, II, 234 ss.

Certo: è stata doverosamente superata la fase che contingentava nella citata Convenzione di New York del 1999 l'unica autentica definizione generale di terrorismo applicabile dal giudice italiano, incentrata sull'estraneità della vittima dell'atto violento alle ostilità ⁽²³⁾. Ma a tutt'oggi, quanto alle azioni condotte a detrimento di militari impegnati in azioni di combattimento, si registra una tendenza a riconoscerne una simile natura teleologica, integrante la fisiognomica dell'art. 270 *bis* c.p., sol ove dimostratesi capaci di produrre gravi danni nei confronti della popolazione civile ⁽²⁴⁾.

In dettaglio, la finalità di cui è discussione si asserisce «configurabile anche quando le condotte siano compiute in conflitti armati – qualificati tali dal diritto internazionale anche se riguardanti guerre civili interne – e siano rivolte, oltre che contro i civili, contro persone non impegnate nelle ostilità, con esclusione soltanto delle azioni dirette contro i combattenti, che restano invece soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario».

Orbene, partiti da una simile premessa si giunge all'arrivo a negare che l'art. 270 *sexies* rechi seco una formulazione di "sintesi generale", unica ed unitaria, delle condotte finalizzate al terrore, assegnando piuttosto – ai sensi dello stesso - connotazione terroristica agli atti portati contro un obiettivo militare esclusivamente «quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno alla vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico».

La decisione che qui impegna nel commento acquista uno spazio di tutto rilievo proprio con l'andare oltre il perimetro così solcato rispetto alla riconoscibilità della idoneità effettuale degli atti violenti alla produzione di una "impressione terroristica". Idoneità che è il cardine dell'offesa contro cui reagisce l'art. 270 *bis* c.p.

Giusto: il programma di violenza deve autoproclamare l'attitudine ad allarmare la collettività, come risultato che pure può provenire da un atto di forza lanciato contro un apparato *lato sensu* istituzionale ovvero dallo stravolgimento dell'ordine giuridico che quell'apparato mantiene in vita.

Ma ciò non legittima una sovrapposizione del dolo specifico dello spargere terrore sul dolo specifico del colpire soggetti civili.

L'esigenza di smarcarsi da una simile traduzione si lega con la realtà delle cose. In cui - conviene la sentenza in commento – la capacità propagatrice della intimidazione ben può risultare connessa all'utilizzo di attentatori suicidi, di per sé indice di pericolosità diffusa ed indiscriminata proprio «non essendo in alcun modo programmabili con sicurezza le conseguenze di un'azione dinamitarda di quel tipo in contesti non isolati, ma al contrario frequentati dalla popolazione». Di tal ché – si continua a parafrasare il pensiero del

⁽²³⁾ Ass. Milano, 9 maggio 2005, Bouyahia Hamadi ed altri, in *Giust. pen.*, 2006, II, 234 ss., con nota di FALCINELLI, *Terrorismo di pace, terrorismo di guerra*.

⁽²⁴⁾ Si veda sul punto Cass., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072, Bouyahia, cit.

giudicante –, quand'anche la morte dei civili non sia direttamente perseguita, ciò non significa che non sia stata presa in considerazione o che l'organizzazione, pur sempre di stampo terroristico, si sia fatta carico di escluderla.

Un passo avanti ancora e ci si accorge come in realtà il terrore destinato ad investire la popolazione – secondo la fraseologia dell'art. 270 *sexies* c.p. – scaturisca da qualsiasi fonte violenta che si dimostri, di caso in caso, “comprensibilmente” capace di innescare un effetto psichico di tale portata.

6. Una volta captato l'interesse tutelando dalle fattispecie terroristiche nel diritto del *popolo internazionale* di godere di tranquillità sociale, la quale esiste se ed in quanto sia assente una politica di violenza “senza volto”, e della cui cura si incarica lo Stato *in persona*, la locale riflessione sulle fattezze del delitto associativo ex art. 270 *bis* c.p. è chiamata a spostarsi su di un altro livello.

La lettera della fattispecie ricorda subitanea come la criminalizzazione di condotte – per tutte – di partecipazione ad una organizzazione plurisoggettiva, è legata al proposito dell'associazione stessa circa il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo *o di eversione dell'ordine democratico*. Ciò impone di schiudere l'ingresso ad un rinnovato vaglio critico rispetto alla nozione di eversione *de qua*.

L'eco delle discussioni sorte attorno alla fluttuante opzione codicistica risolta nella congiunzione/disgiunzione (e/o) delle sfere terroristica ed eversiva, sopita dalla indiscutibile coscienza del divario che tra esse corre, torna infine ad irrompere in uno scenario interpretativo più maturo di circa un trentennio ⁽²⁵⁾.

Non si indubbia, allora, l'eterogeneità e l'autonomia dei due concetti: quella terroristica è – oggi come sempre è stata – una violenza politica in senso etimologico, calibrata sull'effetto prefissato dell'ingenerare insicurezza, angoscia, paura, panico – appunto, terrore – nel gruppo contro cui l'atto si dirige ⁽²⁶⁾. Violenza che rimane traslata in questo ambito anche se strumentalizzata ad una finalità eversiva.

Con quest'ultima, invece, si è inteso il fine diretto al sovvertimento dell'ordinamento costituzionale ed al travolgimento dell'assetto pluralistico e democratico dello Stato italiano per effetto della disarticolazione delle relative strutture, impedito nel funzionamento o deviate dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dello stesso ordinamento costituzionale ⁽²⁷⁾.

Ma ciò nulla toglie all'opportunità di un ripensamento in ordine all'extranazionalizzazione pure dell'eversione democratica *tout court*.

⁽²⁵⁾ Sulla conflittualità esegetica emersa a proposito del distinguo terrorismo-eversione, v. in sintesi FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, t. II, Torino, 2005, 1604 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. MARINELLI, *Il delitto politico*, in *Arch. pen.*, 1976, 71 ss. Nello stesso senso SPOLITI, *Spunti sulla figura del delitto terroristico*, in *Giust. pen.*, 1980, II, 310.

⁽²⁷⁾ Così Cass., sez. I, 11 luglio 1987, Benacchio, cit.

In premessa. L'insegnamento tradizionale di cui si è appena dato atto non è mutato all'indomani dell'ampliamento della dimensione terroristica nei termini sanciti dalla novella ex art. 270 *bis*, comma 3, propedeutici non alla tutela di qualsivoglia ordinamento straniero, ma piuttosto alla prevenzione di ogni tipo di attacco proveniente da apparati terroristici, inaccettabile per ciò stesso.

Non si è invero mancato di rilevare puntualmente – al pari dell'interprete della vicenda di specie - come la norma abbia esteso la punibilità solo con riguardo alla finalità di terrorismo (anche internazionale) e non anche con riguardo alla finalità di eversione dell'ordine democratico. E ciò non è parso il frutto di una svista grossolana, bensì di una oculata e precisa scelta in buona sostanza determinata dal senso stesso del sovvertimento dell'ordine costituzionale in cui l'eversione consiste, potendosi esso concretamente apprezzare solo in relazione all'assetto e alle strutture dello Stato italiano, e non invece con riguardo ad uno Stato estero, di cui non sarebbe mai sindacabile il tasso di democraticità ⁽²⁸⁾.

Tant'è: solo per questo verso sembra trovare ancora ragione il permanere del distinguo tra le alternative finalità indicate al comma 1 dell'art. 270 *bis* c.p., riflettendo la consapevolezza che l'eversione autonomamente rilevante sia solo quella non proveniente da un *modus operandi* terroristico e rivolta ad attaccare l'ordine democratico che trova garanzia costituzionale nello Stato italiano; mentre la propagazione del terrore è modalità operativa che non muta nome al vaglio del tasso di democraticità insito nell'assetto contro cui è proiettata.

Eppure, la rimodulazione dell'interesse penalmente protetto che risulta trasportata in seno al delitto *de quo* proprio dal ragionamento speso attorno alla teleologia terroristica, crea margini per ridiscutere in ordine al bene tutelato e per immaginare una diversa portata della stessa nozione eversiva.

A ciò dà agio l'orditura della norma, a più fattispecie.

L'autore del testo legislativo del 2001, con l'esplicita configurazione della duplice finalità, è venuto a fotografare quegli alternativi modi di violare il medesimo precetto che si lasciavano precedentemente estrapolare in via esegetica, ed ha inserito le distinte previsioni in seno al medesimo articolo, in verità nel medesimo periodo. Chi ben guardi comprende come una diversa formulazione sarebbe risultata foriera di quelle perplessità interpretative storicamente appartenenti al tempo in cui il corpo della norma - l'art. 270 *bis* c.p. come immesso dalla l. 6 febbraio 1980, n. 15 - ospitava il solo riferimento in termini finalistici all'eversione. Eppure, non si era tardato ad andare oltre l'apparenza, per condividere la separata perseguibilità, inclusa nel disposto, dello scopo terroristico ed eversivo, il primo ancorché smarcato dal secondo ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ In tal senso si esprime in effetti Cass., sez. VI, 1° luglio 2003, Nerozzi, in *Foro it.*, 2004, II, 217.

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 1° luglio 2003, Nerozzi, cit. In dottrina NARDUCCI, *Nella*

Se questa è la ricostruzione, a ben grandi linee, dei “tipi” di fatto conclusivamente assunti come incriminabili sotto quel *nomen*, non ci si allontana dal ragionevole col riconoscere come l’originaria dizione si prestasse ad indicare il bene giuridico offeso (l’ordine democratico), lasciandone ancorato il relativo sacrificio ad una forma comportamentale violenta “ampia” (con finalità di eversione *lato sensu*), in cui il terrorismo riusciva a ritagliarsi un autonomo spazio di “specialità”.

Il tenore della rubrica – il solo a contenere il disgiuntivo riferimento al terrorismo ed all’eversione (*stricto sensu*) – certo valeva ad indiziare proprio questo significato, di divieto (anticipato) di attingere alla violenza per svellere la grata di principi e diritti di libertà che la Carta dei valori ha radicato a garanzia di un irrinunciabile nucleo democratico. Che questo fosse il risultato immediato ed “intermedio”, raggiunto dal terrorismo attraverso la diffusione del panico nella collettività, pur sulla strada di uno scopo ulteriore, ovvero l’obiettivo finale. Nel primo caso la compagine statale nazionale piomba infatti in un innaturale periodo emergenziale che denuncia l’incapacità di assicurare il libero, pacifico pluralismo che quella connota; nel secondo è la stessa struttura ordinamentale a venir radicalmente meno.

7. Nella ricostruzione appena tratteggiata sembra non mancare l’equilibratura tra l’orientamento che nello scopo terroristico coglie necessariamente quello propriamente eversivo ⁽³⁰⁾, e l’opposta, dominante ermeneutica che pur nel sottolinearne la differenza concettuale non giunge con ciò a disconoscere la possibilità di una finalità eversiva perseguita con metodi terroristici ⁽³¹⁾.

Il tessuto connettivo tra le due nozioni, quale è venuto emergendo, è quindi dato dal pregiudizio degli stessi valori condivisi; ed è *in primis* evocato da una espressione normativa *generale* – sinteticamente assertiva della teleologia eversiva - volutamente e significativamente preceduta da una rubrica che menziona entrambe le specifiche categorie “sociologiche” in essa ricomprensibili (per l’appunto, terrorismo ed eversione *in senso stretto*).

Il margine di distanza, invece, si misura nella “via” per cui il pregiudizio passa, via che l’attività interpretativa è tempestivamente giunta a discernere nella dimensione dell’intimidazione indiscriminata e nella dimen-

differenza tra atti terroristici ed eversivi i confini del “nuovo” reato, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 3, 10; REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, 1214; ROSI, *Terrorismo internazionale*, cit., 155.

⁽³⁰⁾ DALIA, *Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 224.

⁽³¹⁾ Si veda da ultimo GALDENZI, *art. 270 bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini e Marinucci, Milano, 2006, 1951 s., e bibliografia ivi indicata.

sione della stretta politica. Se nell'una rimane indifferente la meta propostasi dall'attentante, perché la qualifica attiene al metodo piuttosto che all'obiettivo, nell'altra ad acquisire spessore è proprio ed esclusivamente lo scopo. Per cui, tal'ultima connotazione si *aggiunge* (*e*) alla finalità terroristica ⁽³²⁾ nella produzione della stessa offesa penale, che è nel caso lo stravolgimento dei principi democratici. Ma al contempo non può che *disgiungersi* (*o*) ⁽³³⁾ dalla stessa, perché si guarda alla finalità ultima per qualificare la fattispecie solo nel momento in cui l'inquadramento del fatto già non sia stato risolto con la considerazione del mezzo. Più esattamente: alla individuazione di una teleologia prettamente eversiva – ove si dà rilievo proprio al peculiare esito “intenzionale” della condotta violenta – si perviene solo sul presupposto dell'esclusione di una assorbente teleologia terroristica – ove il significato si incentra sul metodo di un fine dalle multiformi ed equivalenti sfaccettature.

Quanto detto, peraltro, rimane testimoniato dal fluire dell'art. 270 *sexies* c.p., ove espressamente si ammette che la finalità eversiva possa agglutinarsi entro quella terroristica ⁽³⁴⁾.

Riaffacciandosi per un attimo alla considerazione da cui si è partiti – del disposto dell'art. 270 *bis* c.p. come norma a più fattispecie – se ne avvede pertanto la coerenza con una previsione teleologica congiunta, la quale assume «*ictu oculi* e per la stessa forza della logica un carattere alternativo» ⁽³⁵⁾ riferendosi ad ipotesi tra loro indubitabilmente incompatibili: nel senso che la logica del terrore, azzerando di per sé l'esplicabilità dei diritti della democrazia, rende “illeggibile” la ragione ultima di un simile agire.

A voler guardare più a ritroso nel tempo, già la “prima” precisazione normativa apportata all'originario dettato, per cui la locuzione *eversione dell'ordine democratico* corrisponde ad ogni effetto giuridico a quella di «*eversione dell'ordinamento costituzionale*» ⁽³⁶⁾, non fa altro che esplicitare questa essenza offensiva, curandosi di ancorarla ad una fonte normativa ove direttamente rintracciare il novero dei suddetti valori difesi ⁽³⁷⁾, e

⁽³²⁾ In senso congiuntivo («e») si esprimeva la dizione originaria della rubrica dell'art. 270 *bis* c.p.

⁽³³⁾ Cfr. gli artt. 280 e 289 *bis* c.p., nonché la versione attuale dell'art. 270 *bis* c.p.

⁽³⁴⁾ Nel senso che tale sia una vera e propria modifica normativa della nozione, con ricadute applicative sull'art. 270 *bis*, comma 3, esteso «anche a fatti che in passato cadevano fuori dall'area del penalmente rilevante», VALSECCHI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1110.

⁽³⁵⁾ In questi termini, a proposito di talune norme a fattispecie alternative, VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della “Legge Merlin”*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965, III, 352.

⁽³⁶⁾ L. 29 maggio 1982, n. 304.

⁽³⁷⁾ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, 102.

sconnettendola da un concetto politico altrimenti prestabile a mutevoli interpretazioni a seconda dell'ideologia di riferimento ⁽³⁸⁾.

L'intitolazione della fattispecie, di allora come dei nostri tempi, si dimostra invero una sintesi di quanto già proclamato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 86/1977 ⁽³⁹⁾: i fenomeni eversivi colpiscono la "salus Reipublicae" e contro gli stessi va fermamente ribadito «il supremo interesse della sicurezza dello Stato»; posta la «necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale», debbono essere salvaguardati, «con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro», «gli interessi istituzionali i quali devono attenersi allo Stato-comunità e di conseguenza rimangono nettamente distinti da quelli del Governo e dei partiti che lo sorreggono».

8. Su questo sfondo si scrive, col tramonto dell'11 settembre 2001, il rivoluzionario ingresso nel contenuto della norma di quanto prima lasciato emergere solo nel titolo. Ecco materializzarsi la duplice anima nascosta nel corpo della più generale eversione, fatta di terrorismo ed eversione - *proprio dictu* - dell'ordine democratico (art. 270 *bis*, comma 1, c.p.). E tuttavia accompagnata da una integrazione (al comma 3) che, nel segnalare la portata pure internazionale del terrorismo quale finalità del comportamento violento, è persa doversi intendere indizio normativo della considerazione solo nazionale degli atti proiettati verso il distinto percorso eversivo: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Ma l'ammodernamento di cui si è detto ⁽⁴⁰⁾, non sembra affatto capace di creare una siffatta asimmetria "geografica", comunque unificata sotto il medesimo cono sanzionatorio per trattarsi - è pacifico - di due distinte modalità offensive del medesimo bene giuridico ⁽⁴¹⁾: ora (finalità terroristica) ne emergerebbe l'aspetto della sicurezza internazionale, parte integrante della quale è l'ordine pubblico nazionale; ora (finalità eversiva) si staglierebbe il profilo del «complesso di principi ed istituti nei quali si esprime la

⁽³⁸⁾ Cfr. FABRO, *art. 270 bis*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2005, 1198; RICCI, *Delitti contro la personalità dello Stato e "terrorismo internazionale": considerazioni sul caso Achille Lauro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 651.

⁽³⁹⁾ Corte Cost., 24 maggio 1977, n. 86, in *Giur. cost.*, 1977, 696 ss.

⁽⁴⁰⁾ Che rende configurabile il reato *de quo* qualora le finalità terroristiche ed eversive caratterizzanti l'associazione riguardino non l'ordinamento costituzionale italiano ma ordinamenti esteri: per l'esclusione vigente *ante riforma* Cass., sez. VI, 24 febbraio 1999, Abdoani, in *Cass. pen.*, 2000, 1947; Cass., sez. V, 26 maggio 1998, Ayari Chiheb Ben, *ivi*, 1999, 3403; Cass., sez. VI, 30 gennaio 1996, Bendebka, *ivi*, 1997, 1332.

⁽⁴¹⁾ Nel senso che il bene protetto dalla disposizione novellata debba individuarsi sempre nell'ordinamento costituzionale italiano, PALOMBARINI, *art. 270 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespì-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, 825.

forma democratica dello Stato secondo la Costituzione»⁽⁴²⁾, a stare ad una sintesi espressiva in cui Stato, *ovviamente*, si traduce in Stato italiano.

Piuttosto, a tirare le fila del ragionamento così rapidamente speso nelle proposizioni in apice, non si fatica ad intendere il diritto dell'umanità alla pace ed alla sicurezza come un diritto cardine della democrazia, anch'essa patrimonio dell'umanità intera in quanto indefettibile sommatoria dei diritti civili, sociali, politici, attraverso cui respira pure il nostro ordinamento costituzionale⁽⁴³⁾.

Ove ciò si accolga, e si ritenga pertanto lievitata la dimensione del bene – pur sempre lo stesso – (anche) ai fini della legge penale, la positivizzazione di questa presa di coscienza passata attraverso l'internazionalizzazione dell'effetto terroristico non vale a negare che analogo processo sia stato vissuto, e riconosciuto, anche sulla sponda eversiva. Sulla scorta di queste considerazioni, non sembra più un caso che, pur avuta l'occasione di riformulare integralmente il disposto, la Legge abbia scelto di non riprodurre il diretto riferimento all'ordine costituzionale, come – a rigore e ragione – il previo combinato intrasistematico avrebbe per chiarezza preteso. Proprio perché ben più globale appare il rinvio all'ordine democratico, che l'odierna diffusione internazionale della cultura, pur sempre democratica, consente di riconoscere nei termini puntuali ed unitari che sono gli unici adatti alla ricostruzione di un elemento costitutivo della tipicità penale.

E' nel giusto chi afferma che la democrazia non è un concetto cristallizzato, potendo trovare ogni volta una sua specifica espressione storica come riflesso di una ricerca continua per dare al popolo la capacità di governare effettivamente⁽⁴⁴⁾. Ma proprio questa naturale dinamicità è la cartina al tornasole per intravederne il nocciolo duro, rivelandosi il necessario modo d'essere di una forma di governo per adattarsi agli sviluppi economici e sociali in modo da garantire al popolo *i diritti fondamentali*: quei diritti civili, politici e sociali che sono alla base della democrazia moderna.

Qualunque sia la definizione che se ne voglia dare, questa prevede infatti «la competizione aperta per il potere con mezzi pacifici e delle elezioni libere tenute ad intervalli regolari nell'ambito di un assetto costituzionale, che a sua volta crea le condizioni per la competizione libera garantendo la libertà di espressione, di associazione, di organizzarsi politicamente, e così via. Affinché una democrazia possa dirsi tale, deve riconoscere un insieme molto ampio di diritti umani, e soprattutto di diritti politici, che sono invece negati o limitati drasticamente da altri regimi. Possiamo immaginare una

⁽⁴²⁾ DE FRANCESCO, *Commento all'art. 11. 6 febbraio 1980, n. 15*, in *Leg. pen.*, 1981, 37.

⁽⁴³⁾ V. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 89; BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 1985, 43.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, Milano, 2004.

soglia minima di garanzia e di protezione dei diritti umani nei regimi democratici, al di sotto della quale questi ultimi non possono più dirsi tali»⁽⁴⁵⁾.

In conclusione, coscienti di non poter disconoscere la portata inevitabilmente relativistica circa il metro di misurazione da adottare per valutare il rispetto dei diritti umani nei vari sistemi politici, nondimeno è pressoché inconfutabile sostenere che la loro protezione nell'ambito dell'O.N.U., così come affermata nella Carta internazionale dei diritti dell'uomo⁽⁴⁶⁾, fornisca un insieme di criteri che ad oggi vincolano a livello internazionale l'azione degli Stati⁽⁴⁷⁾, rappresentando infine quel panorama di diritti – ove la sicurezza collettiva si erge ad irrinunciabile presupposto logico e fattuale – che fa la nozione di democrazia entrata nella cultura giuridico-politica.

Orbene, sta di fatto che la *ratio* rinvenibile nella fattispecie alternativa attenzionata, affonda nell'interesse dello Stato ad essere parte di una comunità internazionale ove questa democraticità sia preservata, e di conseguenza nel consecutivo interesse dello Stato a continuare ad avere come interlocutori soggetti che si dimostrino istituzionalmente organizzati per garantire siffatto carattere.

Rotto ogni indugio, retaggio del principio che scolpisce il generale divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato sovrano, a partire dal 2001 il *vulnus* ai valori “costituzionalizzati” della democrazia si dota pertanto di copertura penale a prescindere dai luoghi ove se ne progetti il perfezionamento ultimo e pure se perseguito attraverso metodiche diverse dall'intimidazione collettiva, e nondimeno impregnate di violenza organizzata a dimostrazione che non si tratta di una libera, *melius* democratica, *riscrittura* politica dei valori fondanti gli apparati statali – questa si insindacabile ed incontrastabile – bensì di un loro *stravolgimento*⁽⁴⁸⁾.

Significativa, in quest'ordine di idee, non è allora la *manca*za di una espressa qualificazione *anche internazionale* dell'eversione. Che evidentemente non rimane necessaria, come invece risultava rispetto al terrorismo

⁽⁴⁵⁾ LINZ, *Democrazia e autoritarismo. Problemi e sfide tra XX e XXI secolo*, Bologna, 2006, 137.

⁽⁴⁶⁾ Il riferimento è al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, contemporaneamente al Patto internazionale relativo ai diritti economici e sociali, entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978 in seguito al deposito degli strumenti di ratifica intervenuta in forza della l. 25 ottobre 1977, n. 881, in *G.U.*, 7 dicembre 1977, n. 333, che contiene altresì l'ordine di esecuzione nell'ordinamento interno.

⁽⁴⁷⁾ LINZ, *Democrazia e autoritarismo*, cit., 130 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 2 novembre 2005, Sergi ed altri, in *Foro it.*, 2006, II, 498, per cui l'ordinamento costituzionale esprime quei «principi fondamentali che formano il nucleo intangibile destinato a contrassegnare la specie di organizzazione statale secondo la Costituzione, come ad esempio il principio del metodo democratico ovvero le garanzie dei diritti inviolabili, sia del singolo, che delle formazioni sociali (artt. 1-5 Cost.); principi che, secondo alcuni autori, non possono essere oggetto neppure di revisione costituzionale, tanto sono immanenti all'ordinamento.

ove è coinvolto un richiamo alla nozione di popolazione altrimenti destinata a lasciarsi fraintendere come comunità di coloro ai quali l'ordinamento giuridico statale assegna lo *status* di cittadino, elemento costitutivo del singolo Stato-istituzione⁽⁴⁹⁾.

Piuttosto, di rilievo è la *manca*nza di quel confinamento della violenza entro la dinamica *nazionale* che rimane invece espresso nell'idea di sovversione punita ex art. 270 c.p., impermeabile al richiamo "super partes" dei dettami democratici⁽⁵⁰⁾ - la cui compromissione non è stata elevata a fattore costitutivo - e calibrata su di una violenza organizzata *comunque* diretta a *sovvertire gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato*⁽⁵¹⁾, ovvero *avente per fine la soppressione di ogni ordinamento politico e giuridico della società* (per inciso: qualunque esso sia).

DANIELA FALCINELLI

Di conseguenza, il significato di eversione dell'ordine democratico non può limitarsi al concetto di azione politica violenta, finendo in questo modo per rappresentare sostanzialmente una endiadi della finalità di terrorismo, ma deve necessariamente identificarsi nel sovvertimento dell'assetto costituzionale esistente ovvero nell'uso di ogni mezzo di lotta politica che tenda a rovesciare il sistema democratico previsto dalla Costituzione, nella disarticolazione delle strutture di Stato o, ancora, nella deviazione dai principi fondamentali che lo governano. In sostanza, ogni azione, violenta o non violenta, che mira a ledere tali principi è finalizzata alla eversione dell'ordine democratico: in questa nozione la violenza non è un elemento indispensabile dell'eversione, ciò che deve sempre sussistere è invece la finalizzazione dell'azione verso l'obiettivo eversivo».

⁽⁴⁹⁾ V. per tutti MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, 171.

⁽⁵⁰⁾ Il diverso contenuto delle finalità eversiva e sovversiva si riflette sugli specifici interessi tutelati mediante il divieto di tali associazioni: nella prima l'interesse protetto è quello del metodo democratico inteso nella sua portata di principio fondamentale garantito dalla Costituzione; nella seconda è il pluralismo economico e sociale, pure garantito dalla Costituzione, e le forme organizzate espresse dalla società per il perseguimento di fini generali, cfr. VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano, 1981, 96; Cass., sez. I, 3 febbraio 1983, D'Alessio, in *Giur. it.*, 1985, II, 41; Cass., sez. I, 4 novembre 1987, Adinolfi, in *Riv. pen.*, 1989, 407.

⁽⁵¹⁾ Sembrerebbe questa la cornice normativa entro cui esattamente ricondurre «la deliberazione di un programma ed il compimento in concreto di atti di violenza ... , diretti a colpire enti ed istituzioni statali quali Forze dell'ordine e luoghi di detenzione, nonché Centri di permanenza per immigrati e interessi economici di banche e società multinazionali, individuati come simboli da abbattere, in quanto espressione della politica estera dello Stato in campo economico e sociale», contraddicendo con ciò la soluzione di Cass., sez. I, 2 novembre 2005, Paladini, in *Cass. pen.*, 2006, 3162 s, che ha ritenuto di ravvisare gli estremi dell'art. 270 *bis* c.p.: «Non vi è dubbio che tali azioni violente, essendo dirette al turbamento dell'ordine pubblico, condizionano il funzionamento degli organi statali centrali e periferici, di guisa che, ricorrendo con tutta evidenza la finalità dell'eversione dell'ordine democratico, correttamente è stato ritenuto configurabile il reato in esame».

CORTE DI ASSISE DI PERUGIA – 3 gennaio 2007 – Pres. CRISCUOLO –
Est. RICCIARELLI – M.

Reati contro la persona – Delitti contro la vita e l'incolumità individuale – Omicidio – Circostanze aggravanti – Premeditazione – Atteuanti generiche – Compatibilità – Ratio (c.p., artt. 575, 577 n. 3, 61 n. 4, 62 bis).

La premeditazione deve essere desunta da fatti anteriori il delitto dotati di sicuro valore sintomatico: l'individuazione del motivo per cui è stato commesso il reato, la ricostruzione delle modalità di consumazione del delitto, etc. Conseguentemente, in ragione della spietatezza e dell'efferatezza del crimine, il giudice in sede di valutazione e/o di applicazione di altre circostanze diverse da quelle indicate dal codice, dovrà formulare una motivazione logica, coerente, non contraddittoria e corretta sotto il profilo dell'interpretazione della norma (1).

(*Omissis*) 1- All'esito delle indagini preliminari il P.M. chiedeva il rinvio a giudizio di M., di R. e di D., quali responsabili dell'omicidio di R.M. e del furto di oggetti prelevati nell'abitazione di quest'ultimo.

Il M. era latitante perché riparato all'estero e non più rintracciato, mentre R. si trovava in stato di custodia cautelare, essendo stato arrestato in Grecia nel giugno 2004, in esecuzione di ordinanza applicativa della misura, emessa dal GIP presso il Tribunale di Perugia, e poi estradato in Italia alla fine di ottobre del 2004.

(*Omissis*) Il processo dinanzi alla Corte di Assise di Perugia cominciava l'11-10-2005 nei confronti dei soli M.e R.

All'udienza del 3-1-2006 si procedeva alla riunione del processo a carico della D. a quello a carico del M.e del R.

Venivano quindi ammesse le prove orali e documentali dedotte dalle parti.

(*Omissis*) Il P.M. modificava l'imputazione, formalmente indicando quale concorrente nei reati contestati anche T.

(*Omissis*). **La scoperta del cadavere e l'inizio delle indagini**

4 - Nella tarda mattinata del 4 marzo 2003 l'assistente di P.S. Venturini Moreno, in forza al Commissariato di Foligno, nel passare da via dei Molini, incontrò R. E., figlia del titolare di una ditta di impianti elettrici, la quale era alla ricerca di R.M., dipendente della ditta e abitante in quella via al civico 8/b.

A detta della Romagnoli il R.M. non si faceva vivo da alcuni giorni e non rispondeva né al telefono né al campanello.

Il Venturini allora si prestò ad accompagnare la donna al civico indicato e, varcato il portone di ingresso, salì al primo piano fino all'appartamento del R.

Nessuno rispose.

Il Venturini esaminò la porta che non presentava segni di effrazione e pose le mani su di essa esercitando una leggera pressione.

A questo punto la porta con un lieve scatto si aprì.

Il Venturini entrò all'interno.

La luce dell'ingresso era accesa e dietro la porta vi era la cornetta del citofono penzolante.

Da lì iniziava un piccolo corridoio che raggiungeva le varie stanze.

Entrando sulla sinistra vi era una sala di sgombero, tipo soggiorno, oltre la quale, di fronte alla porta di entrata, vi era un piccolo ripostiglio.

Sulla destra vi erano tre stanze.

In fondo in particolare vi era la cucina, dalla quale proveniva la luce del giorno.

Prima di essa vi era un piccolo bagno e ancora prima la camera da letto, la cui porta era chiusa.

Il Venturini aprì tale porta e subito rilevò che la stanza era stata messa a soqquadro.

In fondo al letto, a terra, scorse un individuo che giaceva inerte.

Egli si rese conto che poteva trattarsi di un cadavere e dette l'allarme.

Si trattava in effetti di R.M., di cui un medico del Servizio 118, subito sopraggiunto, constatò la morte, risalente presumibilmente ad alcuni giorni prima.

Rapidamente si portarono sul posto funzionari e agenti del Commissariato di P.S. di Foligno e della Questura di Perugia, oltre che il P.M.

Furono redatti due verbali di sopralluogo, il primo da parte del gabinetto di polizia scientifica della divisione anticrimine della Questura di Perugia, il secondo, poco più tardi, da parte dei medici-legali dott.ssa Anna Maria Verdelli e Laura Paglicci Reattelli.

5 -Risultò così che la porta di ingresso dell'appartamento era munita di due serrature, entrambe prive di segni di effrazione.

Nella sala posta sulla sinistra fu rilevata la presenza di scarno mobiliario, costituito da due poltrone, un divano, alcune seggiole, una scrivania e un mobiletto porta televisore: a terra vi era un tappeto piegato a metà, sul quale si trovavano dei maglioni, un marsupio e dei giornali pornografici; oltre il tappeto erano visibili due sacchi di stoffa, un borsone di plastica, indumenti e uno scatolone.

La cucina era costituita da un piccolo ambiente di forma rettangolare, nella quale, oltre al mobiliario consueto, furono rilevati una lavatrice con spia ancora accesa e con panni all'interno del cestello, nonostante l'ultimazione del ciclo di lavaggio; un lavandino a due vasche, nella cui

vasca destra fra l'altro si trovavano, tutti bagnati e usati, un piatto, due padelle, un tegame, una zuppiera, una forchetta e due tazzine da caffè; ed ancora un frigorifero e una dispensa.

Sempre nella cucina fu rinvenuto anche un sacchetto in plastica contenente immondizia e tra questa più in superficie, oltre a bucce di mela e cenere, vi erano 19 mozziconi di sigaretta.

Va fin d'ora segnalato che nel corso di due successivi sopralluoghi effettuati in data 6 marzo e 14 marzo (cfr. l'annotazione del 6 marzo, prodotta dalla difesa con il consenso delle altre parti, nonché le dichiarazioni del teste Napoleoni) sarebbe stata rilevata la presenza all'interno del frigorifero e degli altri mobili della cucina dei seguenti alimenti: salsicce, cosce e ali di pollo, vari tipi di formaggio, alcune uova, mezzo salame, mezza mortadella, patate saltate con pomodoro e pancetta, confezioni surgelate di pasta al forno, confezioni mignon di burro, un tubetto di mayonnaise, due bottiglie di spumante e alcune bottiglie vuote di birra.

Nel bagno, piccolo vano esteso longitudinalmente, vi era l'arredo tipico di tale tipo di stanza.

Ma in particolare su un asciugamano di spugna fu rilevata la presenza di presunte tracce ematiche, mentre all'interno del water furono rinvenuti e prelevati: una polo di cotone di colore grigio scuro, vario materiale cartaceo, una spazzola per capelli, su cui erano ancora presenti formazioni pilifere, e un portamonete.

Sul corridoio, sulla soglia del bagno, vi era uno strofinaccio, adibito a tappetino, recante tracce di presunta sostanza ematica.

Infine nella camera matrimoniale furono rilevati gli elementi di maggiore significato, a cominciare, come già accennato, dalla presenza del cadavere.

Innanzitutto la porta ad una imposta in legno recava chiari segni, sia pur di vecchia data, di effrazione e sfilacciamento delle fibre legnose a livello della serratura.

All'interno vi era un porta televisore, a tre piani in legno, sul quale era posata polvere solo in corrispondenza dei margini esterni, essendone invece priva la parte centrale; erano inoltre presenti una poltrona e un armadio a quattro ante, con le due di destra aperte; un letto matrimoniale, addossato alla parete di sinistra e rivolto verso la parete opposta, su cui si apriva l'unica finestra (sul letto, privo di coltri e con il coprimaterasso abbassato per metà, si trovavano una borsa blu, scarpe da trekking numero 43, sette stampelle portaabiti, un cassetto contenente materiale cartaceo); due comodini ai lati del letto, uno dei quali privo di due cassetti, rinvenuti a terra e sul letto (su un comodino si trovavano oggetti vari e materiale cartaceo); una piccola cassettera; un comò a tre cassetti grandi e tre cassetti piccoli, con un cassetto rovistato e un altro tolto dalla sua sede e lasciato per terra (sopra il comò si trova-

va un foglio recante una scritta a mano non facilmente intellegibile, posto accanto ad una foto polaroid, raffigurante un giovane e recante su un lato la scritta "D." e sull'altro la scritta apparente "MIAIE DATOF").

Per tutta la stanza erano sparsi indumenti, unitamente a scarpe e materiale cartaceo.

6 - Lì si trovava anche il cadavere, che giaceva, nello spazio compreso tra la sponda posteriore del letto e una poltrona addossata alla finestra, con i piedi vicini a quest'ultima.

Esso era appoggiato sul fianco sinistro su una trapunta e su un lenzuolo, simile a quello che si trovava sul letto; l'arto superiore destro era piegato ed elevato a 90° e intraruotato in modo che il dorso della mano era a contatto col petto; l'arto superiore sinistro aveva il gomito flesso ed era posto sotto il fianco sinistro; l'arto inferiore sinistro era disteso con il ginocchio solo lievemente flesso; l'arto inferiore destro aveva ginocchio ed anca flessi quasi a 90° con la gamba posta su un cuscino.

Sia la trapunta che il lenzuolo, avente un lembo arrotolato intorno al cadavere a mo' di sciarpa, erano intrisi di sangue.

Parimenti gli indumenti posti in prossimità della testa.

Il cadavere regolarmente indossava pantaloni di tuta con cerniera chiusa, imbrattati di sangue sul fianco e sul ginocchio destro e aventi due tasche, all'interno delle quali si trovavano un telefono cellulare e un portafoglio; ed ancora una maglietta a mezze maniche posta sotto i pantaloni all'altezza del punto vita, variamente imbrattata di sangue e con diverse lacerazioni; nonché slip in cotone, un orologio al polso destro e un altro orologio al polso sinistro e una ciabatta al piede destro, trovandosi la ciabatta sinistra davanti al mobiletto porta televisore (*Omissis*).

8 - A seguito di tali rilievi vennero prelevati dei reperti ed eseguito il sequestro di quanto rinvenuto, in funzione dei successivi esami (*Omissis*).

Non vennero recuperate né le chiavi dell'appartamento né la tessera bancomat e neppure la vettura Seat Ibiza di proprietà della vittima.

Inoltre si riscontrò che nell'appartamento non era presente alcun televisore, per quanto le tracce di polvere poste solo agli estremi del ripiano superiore di un apposito mobiletto, facessero pensare che fino a poco tempo prima lì sopra vi fosse stato un televisore di non grandi dimensioni.

Di seguito veniva disposto l'esame autoptico del cadavere, mentre prendevano avvio le indagini volte a far luce sulla vicenda.

Le prime informazioni sulla vita e le frequentazioni della vittima: l'interesse investigativo per M.

9 - Si apprendeva immediatamente che il R., sposato con T., ma di fatto da tempo separato, era persona incline ai rapporti di tipo omosessuale.

Ciò induceva a sviluppare il relativo filone di indagine, incentrato sulla ricostruzione delle possibili frequentazioni della vittima.

Ma nel contempo l'ispettore Pierluigi Montenovo, in servizio al Commissariato di Foligno e dirigente dell'Ufficio Immigrazione, si ricordava di un episodio occorso circa un mese prima, in particolare il 28 gennaio 2003, allorché proprio R.M. si era presentato per segnalare le difficoltà che stava incontrando nel rapporto con un giovane albanese, tale M., da lui stabilmente ospitato in casa sua con la fidanzata, la pugliese D., il quale non solo non intendeva andarsene, ma teneva condotte violente e prevaricatrici.

L'ispettore Montenovo aveva già in passato conosciuto il M., giovane del Kosovo, accolto in Italia da minorenni e per questo munito di permesso di soggiorno temporaneo.

A distanza di tempo non risultava tuttavia che il predetto, ormai maggiorenne, avesse rinnovato quel permesso.

Di qui la decisione di convocare il M. e di avviare le pratiche per disporre l'espulsione dal territorio italiano.

Per parte sua il R., dopo aver rivelato il numero di telefono cellulare in uso al M., aveva chiesto all'ispettore di non far mai il suo nome con il giovane albanese, di cui temeva le possibili reazioni.

Il M., raggiunto all'utenza cellulare indicata dal R., si era poi presentato presso il Commissariato con la D.: qui aveva chiesto all'ispettore Montenovo di dirgli il nome di chi aveva fornito il numero della sua utenza e aveva aggiunto che si sarebbe potuto trattare solo del R., mostrandosi per questo assai adirato, al punto da manifestare una volontà di reazione.

Sta di fatto che il giovane era stato poi immediatamente dirottato alla Questura di Perugia, dove aveva ricevuto l'intimazione ad allontanarsi dal territorio dello Stato entro 15 giorni.

Su tali basi risultava di immediato interesse ricostruire i movimenti e le frequentazioni del M.

L'ora e le cause della morte.

10 - Ma prima di tutto appariva necessario chiarire l'ora e le esatte cause della morte.

Risultò così che il R.M. era stato visto per l'ultima volta il giorno venerdì 28 febbraio 2003.

In tal senso anche al dibattimento si sono espressi innanzi tutto i testi B.A., frequentatore del bar Frontani sito non distante dalla stazione di Foligno, che con il R.M. aveva preso un caffè verso le 10,30 di quella mattina, F.M. che presso il proprio esercizio commerciale aveva visto il R.M. all'ora di pranzo, come sovente capitava, mangiare un panino unitamente ad un giovane, presumibilmente un collega di lavoro, e S.C., dipendente del bar della Stazione di Foligno, che parimenti aveva notato il R.M. verso le 11 in una via della città.

Ma nel medesimo senso vanno valorizzate soprattutto le dichiarazioni di R.L., nipote della vittima.

Costui infatti ha nitidamente riferito che la sera del 28 febbraio 2003 lo zio aveva cenato a casa sua alle 20 e si era allontanato poi verso le 20,30/20,45, dovendo impiegare non più di cinque minuti per raggiungere la sua abitazione.

Ha aggiunto il teste che la mattina successiva lo zio sarebbe dovuto tornare per eseguire dei lavoretti, ma, per quanto fosse solitamente preciso e puntuale, non si era presentato.

A detta del L. a cena erano stati serviti pizza con patate, pomodoro, zucchine, mortadella arrosto, carne arrosto (ma di sicuro quest'ultima non era stata mangiata dal R.M.), verdura cotta, insalata, salsicce secche, dolci e vino.

Ha peraltro chiarito il teste che lo zio da sempre era solito rimangiare qualcosa prima di coricarsi.

A fronte di ciò, va rimarcato che, per quanto il R.M. fosse solito frequentare giornalmente gli stessi posti, nessuno lo aveva più visto e inoltre che vari soggetti avevano cercato di raggiungerlo telefonicamente ma invano: così è per M.C., che dal bar della stazione lo aveva chiamato al telefono più volte la sera del primo marzo e per P.R., che il sabato 1° marzo e la domenica 2 marzo aveva inviato al R.M. degli sms, ai quali, contrariamente al solito, non era seguita risposta, e che poi fino al lunedì aveva fatto alcune telefonate, cui aveva risposto solo la segreteria telefonica.

In concreto può dirsi che del R.M. nulla più si era saputo dopo le 20,45 di venerdì 28 febbraio (*Omissis*).

In conclusione a detta del consulente si sarebbe dovuto far riferimento ad un periodo di tempo compreso tra le 60/70 e le 90 ore antecedenti il rilievo dei dati tanatologici, non potendosi escludere neppure qualche ora prima o qualche ora dopo.

12 - Ma in tal modo l'insieme degli elementi acquisiti finisce per essere convergente.

Infatti se il R.M. cessò di dare contezza di sé la sera del 28 febbraio e già al mattino del 1° marzo omise di presentarsi nell'abitazione del nipote, come promessogli, è d'uopo ritenere che la morte fosse sopravvenuta in tale lasso di tempo.

D'altro canto, contrariamente a quanto ipotizzato dalla dott.ssa Paglicci Reattelli, il materiale gastrico rinvenuto non è affatto incompatibile con quanto, a detta di R.L., la vittima mangiò la sera del 28 febbraio nell'abitazione del nipote, essendo risultati presenti fra l'altro patate e carne, del tipo mortadella, che certamente furono servite in quella cena.

Nulla toglie peraltro che il M., come sua consuetudine, avesse com-

pletato il pasto a casa, mangiando fra l'altro le penne al pomodoro che sono state rinvenute nel frigorifero e che darebbero contezza almeno in parte delle stoviglie rinvenute nel lavandino della cucina.

Sta di fatto che la morte sopraggiunse nell'arco massimo di due o tre ore dall'ultimo pasto ed essendo questo avvenuto la sera del 28, con la piccola aggiunta di cui s'è detto, può ragionevolmente collocarsi il decesso in orario anteriore alle 24 del 28 febbraio.

D'altro canto può dirsi con certezza, anche alla luce di quanto sostenuto dalla dott.ssa Paglicci Reattelli al dibattimento, che la morte sopravvenne rapidamente, nel volgere di circa cinque minuti per effetto delle lesioni al collo.

E deve aggiungersi che il R.M. fu in grado di opporre solo una minima resistenza, di cui vi è traccia nelle lesioni parallele all'avambraccio, al polso e alla regione metacarpale della mano destra, dovute presumibilmente al tentativo della vittima di proteggere il collo.

Ma il predetto non ebbe scampo e fu presto sopraffatto, tanto che del suo movimento in quel frangente resta traccia solo nelle chiazze di sangue presenti tra il comò e la posizione assunta dal cadavere, presumibilmente indicanti la direzione del M., già colpito, prima di accasciarsi, e nella presenza di una sola ciabatta ai suoi piedi, trovandosi la seconda a poca distanza, in quanto perduta nell'ultima fase dello scontro e nel movimento ad esso conseguente.

13 - E' d'altro canto certo, proprio per le caratteristiche dell'aggressione e delle ferite e per la rapidità con cui sopraggiunse la morte - elementi ancora una volta segnalati anche dal consulente del P.M. -, che la grossa chiazza di sangue rinvenuta in corrispondenza della testa e del collo della vittima si formò a seguito di quelle ferite e che dunque quel sangue apparteneva al R.

Ciò vale, a scanso di equivoci, a rendere attendibile e rilevante l'esito delle analisi poi eseguite sul materiale biologico reperito - compreso un campione della grossa chiazza di sangue -, analisi funzionali all'individuazione del profilo del DNA e alla conseguente sua comparazione, consentita proprio dall'essere certamente appartenuto alla vittima il materiale biologico corrispondente alla chiazza di sangue.

In tale prospettiva è d'uopo fin d'ora rilevare che le analisi *de quibus* (cfr. le relazioni a firma della dott.ssa Caglià in data 9-12-2003 e 28-6-2005) avrebbero condotto all'individuazione di due soli profili del DNA, uno ricavato da una formazione pilifera presente sulla spazzola che era stata gettata nel water e corrispondente a soggetto di sesso femminile, poi identificato in D., e un altro ricavato dal materiale presente su tutti gli altri reperti e riferibile ad individuo di sesso maschile.

Poiché tra i campioni esaminati vi era quello prelevato dalla chiazza di sangue e poiché in tutti i casi il DNA coincideva, è d'uopo concludere

che il sangue qui e là rinvenuto nell'appartamento del R.M. proveniva solamente dalla vittima.

Ed ancora va fin d'ora segnalato che sangue della vittima era presente su due dei tre coltelli recuperati, in particolare i due giacenti a terra in prossimità del cadavere.

Essendo impensabile che il feritore usasse contestualmente due coltelli ed essendo altresì implausibile che sulla scena del crimine si trovassero accidentalmente anche un ulteriore coltello e un rasoio, oltre che un bisturi, rinvenuto nel sopralluogo del 14 marzo dall'ispettore Napoleoni, unitamente ad altro materiale, è d'uopo concludere che ad agire furono non meno di due persone e presumibilmente di più.

Può dunque affermarsi che la morte del R.M. fu provocata dalle molteplici e gravi lesioni al collo prodotte con colpi di armi da taglio e/o da punta e taglio, presumibilmente corrispondenti ai coltelli rinvenuti nell'abitazione, inferti da non meno di due persone in orario anteriore alle 24 del 28 febbraio 2003.

Lo sviluppo delle indagini: il rapporto del M. e di D. con il R.; i primi sequestri; il coinvolgimento di R.; le risultanze di analisi, rilievi, tabulati e intercettazioni.

14 - Le indagini furono dispiegate a tutto campo, nei vari luoghi e ambienti frequentati dalla vittima, alla ricerca di persone che potessero riferire sui rapporti da questa via via intrattenuti con altri soggetti: vennero così in evidenza tali P.R., che aveva avuto una relazione affettiva con il R., e D'A.M., il quale era solito vivere di espedienti, dormendo nelle stazioni ferroviarie, e che conosceva da tempo la vittima, avendola frequentata anche nell'ultimo mese.

Ma l'interesse degli investigatori si concentrò soprattutto su M., sulla fidanzata di lui, D., nonché su coloro che in particolare nell'ultimo periodo avevano avuto a che fare con i predetti.

Emerse a conferma di quanto già prospettato dall'ispettore Montenovo che in effetti il M. aveva preso a frequentare il R.M. da circa un anno, essendone divenuto il compagno.

Ma successivamente il M. aveva conosciuto la D. e l'aveva imposta al R., trovatosi ad ospitare in casa e a mantenere entrambi.

Ciò aveva dato causa a numerosi contrasti e litigi.

Alla fine il R.M. aveva cercato di liberarsi definitivamente dei due proprio ricorrendo all'ispettore Montenovo.

Sta di fatto che a seguito dell'espulsione il M. e la D. risultavano essersi recati ad Ancona il giorno 10-2-2003, tanto da figurare nella lista di imbarco di una nave partita quel giorno per l'Albania (doc. acquisito all'udienza del 20-1-2006).

In ogni caso i due vennero attivamente cercati senza successo in

Foligno e altrove, anche se risultò da talune testimonianze che i predetti erano stati visti a Foligno anche nell'ultimo periodo (sull'argomento si tornerà ampiamente in seguito).

Fu fra l'altro organizzato anche un servizio volto a rintracciare la D. presso l'abitazione dei genitori in Sannicandro Garganico.

Qui (cfr. anche dich. Patti) si presentarono due funzionari della Squadra Mobile di Foggia, i quali si spacciarono per conoscenti della ragazza, di passaggio in quella zona, e chiesero alla madre di lei di poter parlare con D.

La ragazza risultò assente, ma in prima battuta la madre, che si identifica in G.I., riferì che ella si era allontanata solo il giorno precedente.

15 - Nel quadro di tali indagini furono sentiti fra gli altri tali A.D. e B.S.

Il primo era solito accompagnarsi con il M. e la D., mentre il secondo aveva abitato con la propria fidanzata e con tali R.E., M.E., T.E. e Z.S., nonché con la fidanzata di quest'ultimo in un appartamento di via Oberdan 16, dove era stato altresì ospitato per un breve periodo anche il M. con la D., risultati in contatto soprattutto con il giovane albanese conosciuto come M. E.

Peraltro il B. in data 3 marzo 2003 si era trasferito con il R., il M. e il T. in un diverso appartamento sito in via Piermarini 54.

Sta di fatto che in data 5 marzo 2003 nel corso di un controllo effettuato nell'appartamento di via Oberdan ormai svuotato fu recuperato sopra un armadio un documento di identità, riferito a tal R., la cui effigie corrispondeva a quella del soggetto conosciuto come M. E.

Inoltre, essendosi appreso la mattina del 7 marzo che il R. *alias* M. si era nel frattempo allontanato da Foligno, fu disposta una perquisizione nell'appartamento di via Piermarini 54.

Nel primo pomeriggio l'ispettore Finzi e il vice-sovrintendente Trabalza eseguirono l'atto su delega del P.M.

I due perlustrarono l'appartamento alla presenza del B. e si fecero descrivere la collocazione dei vari inquilini nelle diverse stanze.

Finalmente sotto il materasso, in corrispondenza dell'angolo superiore destro del letto di destra di una stanza a due letti, risultato appartenere proprio al citato R. *alias* M. E., fu rinvenuta una chiave di autovettura Seat con portachiavi di pelle marrone (cfr. verbale di sequestro del 7-3-2003 e dich. Trabalza).

Inoltre nel primo cassetto nella parte destra della cassettera che divideva quei due letti nella medesima stanza furono rinvenuti 8 guanti in lattice nonché una piccola quantità di marijuana.

Durante le operazioni di perquisizione giunse nell'abitazione anche l'inquilino T., che occupava il letto posto accanto a quello del R.

Nel frattempo, in particolare alle ore 2,45 del 6-3-2003, in un par-

cheggio posto in prossimità di viale Fratelli Bandiera era stata ritrovata la Seat Ibiza del R.M. (cfr. l'annotazione del 6-3-2003, presente *ab origine* nel fascicolo e le dich. del teste Sorci).

La vettura presentava il finestrino anteriore destro lievemente abbassato e il cassetto del vano porta oggetti parimenti abbassato, mentre il contenuto di quest'ultimo risultava rovistato.

Sul sedile anteriore destro era presente un cacciavite lungo e sottile mentre sotto il volante si notavano due guanti neri.

A partire dall'ora del rinvenimento era stato organizzato un servizio di controllo in attesa che qualcuno si presentasse per prelevare il mezzo.

Ma l'attesa era stata inutile, tanto che alle 18 si era provveduto al sequestro del mezzo nonché al sequestro del materiale - cartaceo e non - in esso rinvenuto.

Orbene, la chiave ritrovata sotto il materasso del R. risultò corrispondere proprio a quella della Seat Ibiza del R.

Sulla base delle informazioni fornite dal B. il R. venne rintracciato in Telese e riportato a Foligno.

Nel corso dell'interrogatorio cui fu sottoposto nella notte tra il 7 e l'8 marzo il R. spontaneamente estrasse da un borsone in suo possesso una macchina fotografica Polaroid di colore blu con manico dello stesso colore e pulsante giallo, una confezione di cartone contenente 24 bisturi chirurgici sigillati e altri tre bisturi più piccoli parimenti sigillati, un portachiavi con pendolo di forma ellittica in plastica, recante una piccola lampadina contenuta in una gemma posta al vertice inferiore (cfr. il verbale di sequestro dell'8-3-2003).

Di certo la macchina fotografica sarebbe stata poi riconosciuta da R.L. come appartenuta alla vittima e, a quanto pare, altrettanto avrebbe fatto con riguardo al portachiavi P. R.

16 - Nel frattempo venne emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare nei confronti del M. e della D., quali complici nell'omicidio del R.

La misura non venne eseguita, trovandosi i predetti a quell'epoca certamente nel Kosovo, luogo di origine del ragazzo.

Benché fosse certo che nell'appartamento del R.M. esistesse un televisore, non si riusciva a rinvenire tale oggetto.

Solo a seguito di una conversazione intercorsa alla fine del mese di marzo tra il R., nel frattempo riparato in Albania, e il già citato T. sarebbero emersi chiari riferimenti al televisore, che era stato consegnato ad un terzo soggetto, tal L.A., e che sarebbe dovuto rientrare in possesso del T..

Di qui l'invito, rivolto da funzionari del Commissariato di Foligno a tal P. A., datore di lavoro del T., a verificare se nell'abitazione di quest'ultimo fosse o meno presente il cennato televisore.

Ma per quanto emerso il P., per non compromettere il suo lavoratore e

per non privarsi della sua proficua collaborazione, lo avrebbe invitato a disfarsi dell'oggetto distruggendolo, cosa poi effettivamente verificatasi.

17 - Nel mese di luglio L. D. T., in attesa di un bimbo dal M. e ormai prossima al parto, veniva arrestata a Fiumicino appena sbarcata in Italia, dove era tornata proprio per partorire.

Nel contempo gli inquirenti cercarono di acquisire più precise informazioni dal T., il quale, sentito nel mese di settembre, coinvolse direttamente nella vicenda il R., quale diretto complice del M. nell'omicidio del R.

Ne seguì l'emissione di un'ordinanza applicativa di misura custodiale anche nei confronti del R., che peraltro si trovava ancora in Albania.

L'arresto del predetto sarebbe avvenuto in Grecia solo nel mese di giugno 2004, ciò cui avrebbe fatto seguito l'extradizione di lui in Italia, eseguita nel mese di ottobre dello stesso anno.

Sul versante degli accertamenti di carattere tecnico-scientifico risultò che non fu rinvenuta nessuna impronta confrontabile sugli oggetti repertati nell'abitazione della vittima e che per contro gli esami eseguiti sul materiale biologico condussero, come già riferito, all'individuazione del DNA di due soli soggetti, uno attribuibile al R.M. e l'altro, identificato solo con riguardo ad una formazione pilifera rinvenuta sulla spazzola gettata nel water, attribuibile alla D.

Ulteriori esami furono eseguiti sulla vettura Seat Ibiza nonché su materiale cartaceo giacente alla rinfusa e già contenuto nel vano porta oggetti del veicolo ed ancora su mozziconi di sigaretta presenti in un apposito contenitore, posto ad uno dei lati del sedile posteriore.

Nessuna impronta utilizzabile fu rinvenuta sulla vettura (cfr. relazione Capocci del 25-9-2003), mentre numerosi frammenti di impronte vennero prelevati dal materiale cartaceo, già contenuto nel vano porta oggetti rovistato.

Alcuni di quei frammenti risultarono riferibili al M. (cfr. relazione Nazzari e Selvatico del 22-1-2004 quanto all'individuazione di frammenti confrontabili e relazione Iacuitto del 29-1-2004 quanto al riferimento al M.).

L'esame del materiale biologico prelevato dai mozziconi di sigaretta condusse anche questa volta all'individuazione di due diversi profili del DNA, uno sempre riferibile al R.M. e un altro riferibile a soggetto ignoto.

In un frammento fu anche individuato un profilo presumibilmente proveniente dalla commistione degli altri due profili (cfr. relazione Caglià del 12-8-2004, acquisita all'udienza del 3-1-2007).

18 - Sempre ripercorrendo la storia delle indagini, va segnalato che al fine di ricostruire i movimenti, prima e dopo l'omicidio, di tutti i soggetti che avevano avuto rapporti con il R., furono acquisiti i tabulati relativi fra gli altri alle utenze cellulari utilizzate dal R.M., dal M. e dalla D., da D.A., da T.E., da R., da D.C. e da G. I.

Quanto al cellulare del R.M. risultò una telefonata in entrata proveniente dal bar pasticceria Frontani, effettuata intorno alle 19 del 28 febbraio.

Quanto al resto emerse che dopo la data del 10-2-2003 utenze riferibili a G.I. e a D.C., madre e sorella di D., erano entrate in contatto con l'utenza n. (*omissis*) corrispondente a carta internazionale prepagata, proveniente dalla Telecom del Principato di Monaco, facente parte di uno stock venduto in Kosovo.

Un analogo contatto era stato rilevato con l'utenza di D.A.

Fu acquisito tramite il magistrato di collegamento italiano, operante in Francia, dott. Stefano Mogini, il tabulato delle telefonate effettuate dall'utenza di cui alla carta-sim internazionale, fornito dalla "*Direction De La Surete Publique*" del Principato di Monaco.

Fu confermato in tal guisa il collegamento con le utenze utilizzate dalla madre e dalla sorella della D.

Fu altresì verificato se fosse possibile sottoporre quell'utenza ad intercettazione, ma il risultato fu negativo, nel senso che si sarebbe potuto procedere solo nel caso in cui fosse chiamata utenza già intercettata o nel caso in cui partisse dall'Italia una telefonata da utenza nota (come riferito al dibattimento dal teste Cesca).

Per le vie brevi fu però accertato (come ha mostrato di ricordare al dibattimento il teste Rossi) che la carta-sim avrebbe potuto funzionare anche in Italia, come una qualsiasi altra carta.

Oltre a ciò, al fine di localizzare M. e D. nonché per valutare la posizione di tutti coloro che avevano avuto rapporti con loro fu disposta ed eseguita su varie utenze, cellulari e non, l'intercettazione di conversazioni telefoniche, fra l'altro intercorrenti tra il R. e il padre E. ovvero tra il R. e T. ovvero ancora tra G.I., madre di D., e M.

Tale strumento consentì di rilevare che vi era un qualche tipo di intesa tra il R. e il T., a cominciare dalla questione già menzionata del televisore, originariamente consegnato al L. A. e poi nuovamente rientrato in possesso del T., e che il R. intendeva da un lato dotarsi di una pistola e dall'altro fuggire in Grecia con l'ausilio di uno zio del T.

Sempre le intercettazioni consentirono di rilevare che dopo il ritorno della D. in Italia il M. rimase per qualche tempo in contatto con la madre di lei, ancora gravando sulla ragazza, pur dopo la sua scarcerazione, il divieto di contatto con terzi.

Le tre verità: T.Ermal.

19 - Solo tre fonti probatorie in questo processo hanno offerto una ricostruzione della vicenda implicante un diretto riferimento ai responsabili dell'omicidio.

Ma si tratta di ricostruzioni tra loro incompatibili.

Innanzitutto va preso in considerazione T.E., il quale dopo essere stato sentito più volte nel corso delle indagini preliminari in veste di persona informata dei fatti, ha assunto, quando era ormai in corso il dibattimento a carico degli odierni imputati, la veste di indagato in procedimento connesso, quale concorrente nell'omicidio R.

Infatti il P.M. ne ha disposto il fermo, che è stato eseguito a Torino e che poi non è stato convalidato dal GIP presso il Tribunale di quella città.

D'altro canto il T. era risultato originariamente irreperibile, tanto che il Tribunale aveva acquisito ai sensi dell'art. 512 cp i verbali contenenti le dichiarazioni da lui rese in precedenza.

Una volta accertata la rintracciabilità del predetto, ne è stata disposta la citazione con contestuale revoca dell'ordinanza riguardante l'acquisizione dei pregressi verbali.

Sul piano processuale va anche osservato in relazione all'evoluzione delle indagini che al momento in cui il T. fu sentito per due volte nel mese di marzo del 2003 non sarebbero potuti ravvisarsi a suo carico indizi di reità.

Quando invece il predetto fu sentito nel mese di settembre del 2003 sarebbero invece potuti dirsi sussistenti indizi, desumibili dalle conversazioni intercettate, sulle quali si tornerà, almeno con riguardo ad un reato collegato, quale quello di furto o di ricettazione di oggetti prelevati nell'abitazione della vittima.

Sta di fatto che le dichiarazioni rese nel mese di settembre sono state poi confermate dal T. in sede di interrogatorio di garanzia a seguito del fermo di cui s'è detto.

Ne discende che tutte le dichiarazioni da lui rese ben avrebbero potuto, come alla resa dei conti è avvenuto, formare oggetto di contestazione, in quanto utilizzabili *erga alios*.

La sintesi che segue prescinde dalle molteplici smagliature del racconto, puntualmente fatte oggetto di contestazione alla stregua di precedenti versioni, e si prefigge solo di delineare i punti essenziali della deposizione dibattimentale.

20 - Orbene, ha riferito il T., allorché è stato escusso ai sensi dell'art. 210/1° co. cp.p., che egli dimorava in Foligno da qualche mese nell'abitazione di via Oberdan, unitamente al B. S., al R. e al R.E.

In tale lasso di tempo aveva conosciuto anche M. e D., ragazza pugliese, fidanzata del giovane albanese.

Aveva anzi avuto subito uno scontro verbale con il M., che aveva preso a guardarlo in malo modo senza motivo.

Il T. aveva conosciuto anche il R., che nella cerchia dei suoi conoscenti veniva volgarmente denominato il "frocio", sia incontrandolo in Foligno unitamente a N.S., sia recandosi una volta per poco tempo con M., D., A.D. e forse altri nell'abitazione di lui, dove dimoravano anche il M. e la ragazza.

Il M. inoltre era solito frequentare spesso l'appartamento di via Oberdan, in quanto amico di R.

Il T. riteneva il M. responsabile del furto di una catenina e di un braccialetto, da lui custoditi in casa e scomparsi dopo che nell'appartamento aveva pernottato il M. con la ragazza.

Per questo egli aveva avuto con il M. anche un violento scontro fisico ed aveva finito per rivolgersi ai Carabinieri.

In particolare ha sostenuto il T. che una volta lo aveva visto passare a bordo di una Peugeot 306 e, preso dall'ira, aveva segnalato il fatto alle forze dell'ordine, sottolineando che il conducente era privo dei necessari documenti.

Per quanto emerso a seguito di contestazione, il T. aveva addirittura consegnato ai Carabinieri una copia del permesso di soggiorno del M., lasciata nell'abitazione di via Oberdan, onde consentirne un più facile rintraccio.

Ha aggiunto il T. di aver anche appreso nel corso di un dialogo tra il M. e il R. che il primo aveva ricevuto un provvedimento di espulsione, in quanto denunciato dal "frocio", dopo che quest'ultimo era stato picchiato dal giovane albanese.

In tale frangente il M. avrebbe anzi sottolineato di aver per questo "preso il fuori di via" (cfr. f. 58 delle trascrizioni).

Ha chiarito il T. che di lì a poco egli aveva cessato di vedere il M.

21 - Con più stretto riferimento al fatto, il T. ha dichiarato che la sera di sabato 1° marzo 2003 vide rientrare in casa nell'appartamento di via Oberdan il R. con dei voluminosi borsoni, che costui ripose sotto il suo letto.

Pur sorpreso, egli non dette in quella prima fase importanza alla cosa.

Ma poi il gruppo di albanesi si trasferì in via Piermarini e il giorno lunedì 3 marzo, a trasloco avvenuto, egli, come confermato dopo contestazione di precedente dichiarazione, vide nella disponibilità del R. una macchina fotografica e un televisore piccolo con videoregistratore incorporato.

Il R. gli riferì in tale circostanza che il materiale proveniva da un rapina.

Di seguito il giorno 7 marzo egli ritornò a casa dal lavoro e notò l'appartamento in disordine nonché la presenza di due poliziotti che stavano eseguendo una perquisizione.

In tale frangente gli fu chiesto di chi fosse un letto posto nella stanza in cui anch'egli dormiva.

Egli rispose che il letto apparteneva al R.

Apprese così che sotto quel letto era stata ritrovata la chiave di una macchina.

Nel corso di quella serata egli si recò in commissariato dove fu por-

tato anche il R., che nel frattempo si era recato in una città campana.

Di seguito egli apprese dal R. che il M. gli aveva consegnato sia le chiavi della vettura che la macchina fotografica e che lo stesso era in possesso anche di una pistola.

In particolare gli riferì il R. che in quel lasso di tempo aveva continuato a vedere in zona il M.

D'altro canto poco prima della perquisizione il piccolo televisore nero era stato consegnato, forse per nascondere, a tal L.A., già datore di lavoro del R., il quale era venuto a prenderselo presso l'appartamento di via Piermarini.

Dopo un ulteriore interrogatorio in data 10 marzo a detta del T. il R. gli rivelò di aver aiutato il M. ad uccidere il R.

Sul punto il T. ha in talune fasi riferito di ignorare le ragioni del gesto e in altre fasi confermato precedenti dichiarazioni, da cui risultava che movente dell'omicidio era stato il forte rancore del M. verso il R.M. che lo aveva messo fuori di casa e ne aveva provocato l'espulsione dall'Italia.

Sempre il T. ha dichiarato di non aver mai avuto precisa notizia della provenienza del piccolo televisore nero, che in prosieguo di tempo, autorizzato in tal senso dal R., aveva recuperato presso il L.A., fino a quando P. A., suo datore di lavoro, gli aveva rivelato che l'oggetto era appartenuto alla vittima dell'omicidio e che quindi avrebbe dovuto disfarsene per non correre rischi.

Il predetto ha negato ogni responsabilità nell'omicidio, negando altresì di aver scritto di suo pugno la frase riportata sul foglietto rinvenuto sopra il comò della camera da letto del R.

Le tre verità: R.

22 - Altra versione di rilievo è quella offerta dall'imputato R.

Costui, presente in Italia da parecchio tempo e a Foligno dal mese di aprile del 2002, utilizzava le false generalità di M.E., anche perché ricercato in Albania in relazione ad una condanna per tentato omicidio commesso allorché era minorenne.

Egli visse a lungo nell'abitazione di via Oberdan, presa in affitto da B.S., unitamente al padre R.E., a T. e ad altri.

Conobbe in tale lasso di tempo anche M., il quale per quanto a lui noto era ospitato con la fidanzata D. da R.M., conosciuto nell'ambiente come "frocio", cioè come omosessuale.

Sapeva il R. che il M. non lavorava e che il R.M. provvedeva al suo mantenimento, anche perché apertamente innamorato di lui.

Tale situazione secondo l'R. non rendeva felice la D., costretta ad accettare la situazione solo perché i due non disponevano di fonti di reddito e di un altro posto dove andare.

D'altro canto, sempre a detta del R., D. avrebbe voluto tornare in

Puglia ma sapeva che là avrebbe incontrato l'ostilità del padre, del tutto contrario al suo legame con il M.

Inoltre per quanto noto al R. la D. soffriva spesso per il fatto che il giovane la lasciasse sola la sera, allorché si recava altrove in compagnia di altri ragazzi, a cominciare dal T., con cui a detta del prevenuto cercava approcci con omosessuali al solo scopo di perpetrare rapine in loro danno.

Peraltro il T. e il M. avevano avuto un grosso litigio a seguito del furto di una collana patito dal T. in una circostanza in cui il M. e la ragazza si erano trovati nella loro abitazione.

Il T. per questo aveva avuto con il M. anche uno scontro fisico e lo aveva denunciato, facendo in modo che venisse sequestrata la vettura regalata dal R.M. al M.

Seppa ad un certo punto il R. che il R.M., da lui veduto solo una volta da lontano, aveva finito per denunciare il M., dopo che quest'ultimo lo aveva malmenato, e che da ciò era derivata l'espulsione del M. dal territorio dello Stato.

Fu anzi allora che il M. con la ragazza fu costretto a lasciare la casa del R.M.: da quel momento i giovani presero a dormire o nella macchina Peugeot 306 regalata dal R.M. al M. o in casa del R.

In tale frangente D. si mostrava per un verso dispiaciuta ma per l'altro contenta di lasciare la casa del R.M.

Ha aggiunto il R. che il M. se ne andò con la ragazza il 9 o 10 febbraio e che da allora non lo vide più a Foligno, ma lo risentì più tardi solo per telefono, quando il M. si trovava in Kosovo.

23 - Ciò posto, in relazione alla vicenda dell'omicidio ha riferito il R. che dopo la partenza del M., T. aveva preso a frequentare il R.M., dal quale voleva farsi comperare un'automobile.

Fu così che si giunse al 28 febbraio.

Alla sera egli notò il T. rientrare in casa verso le dieci con due borsoni e tirare fuori fra l'altro un televisore, che egli riconobbe come quello di proprietà del R.M., avendolo visto una volta in cui si era recato a trovare il M. nell'appartamento del R.M.

Sul momento il T. tenne un atteggiamento ambiguo, ma poi riferì che quella sera si era recato a trovare il R.M., dopo avergli telefonato dal bar pasticceria Frontani.

Egli intendeva tornare alla carica con l'uomo per farsi comprare una vettura, ma dopo aver bevuto con lui una birra e aver constatato l'atteggiamento non accondiscendente del R.M., lo aveva ucciso, riferendo in un primo momento di averlo colpito con un coltello e poi precisando di aver usato un taglierino.

Nella circostanza il T., che mostrava tracce di sangue alle mani e non sui vestiti, aveva portato via dall'abitazione il televisore, due macchine fotografiche, molti mazzi di chiavi, con relativi portachiavi, del vestiario,

la carta di credito ed aveva poi sottratto la stessa Seat Ibiza della vittima.

Il R. nella circostanza poté direttamente constatare quanto il T. custodiva nei due borsoni.

Aggiunse quest'ultimo che, nutrendo ancora astio nei confronti del M. e volendo approfittare dell'assenza di quest'ultimo dall'Italia, aveva lasciato in casa del R.M. un foglietto scritto di suo pugno, recante la firma apparente del M., nel quale aveva indicato come causa dell'omicidio l'espulsione del M. provocata dal R.M., così da far ricadere ogni responsabilità sul M.

Immediatamente, a detta del R., il T. lo minacciò, ammonendolo di non dir nulla a nessuno e semmai di stare al suo gioco, accusando all'occorrenza il M.

Peraltro il T. regalò al R. una delle macchine fotografiche e un portachiavi.

24 - Con riguardo allo sviluppo delle indagini il R. ha riferito che il giorno 3 marzo avvenne il trasloco in via Piermarini, circostanza nella quale il T. portò con sé quanto prelevato nell'abitazione del R.M.

In quei giorni peraltro il R. doveva riscuotere del denaro dal suo datore di lavoro L. A.: costui si presentò in via Piermarini e in tale circostanza il T. gli consegnò il televisore appartenuto al R.M.

Di seguito il R. si allontanò da Foligno per recarsi a Telese, dopo aver saputo da S. che la polizia lo stava cercando: egli temeva infatti che venisse scoperta la sua identità.

Ha aggiunto il R. che le chiavi rinvenute sotto il materasso del suo letto non gli erano mai appartenute ed erano dunque state nascoste colà da altri, in particolare dal T., che dopo l'omicidio aveva utilizzato la vettura del R.M. per recarsi una sera in discoteca, salvo lasciarla poi parcheggiata nel luogo in cui sarebbe stata rinvenuta.

Ha ancora precisato il R. che, allorché fu sentito da polizia e P.M., non disse mai la verità, in quanto intimorito dalle minacce del T.

Alla fine il 12 marzo si allontanò dall'Italia, riparando in Albania.

Qui fu raggiunto dai cugini del T., che per far stare tranquillo il predetto, erano alla ricerca del M., forse per ucciderlo.

Le tre verità: L.D.T.

25 - Terza versione da cui potrebbe trarsi spunto per una compiuta ricostruzione dell'accaduto è quella dell'imputata D.

Costei ha riferito di aver conosciuto il M. nel febbraio 2002 e di aver subito allacciato una relazione sentimentale con lui.

All'epoca ella svolgeva un'attività lavorativa e dimorava da sua cugina in Foligno, avendo da tempo abbandonato la casa dei genitori in Puglia.

In prosieguo di tempo aveva preso a convivere con il M. nell'abitazione di R.M.

Pressoché contestualmente, essendo stata licenziata, aveva smesso di lavorare.

Poiché neppure il M. disponeva di un lavoro, era nella sostanza il R.M. a provvedere al loro mantenimento.

Ha riferito la D. che il M. frequentava un gruppo di amici, via via allargatosi. Di tale gruppo di amici o conoscenti facevano parte A.D., N.S., nonché progressivamente T. e R., quest'ultimo conosciuto versa la fine dell'anno 2002.

La D. ha sostenuto che per lungo tempo ignorò che il R.M. fosse omosessuale, anche se aveva compreso che il predetto nutriva dell'affetto verso il M., al punto da dichiarare che gli voleva bene come ad un figlio e da giungere a regalargli una vettura Peugeot 306, dapprima cointestata a lui stesso e al ragazzo e successivamente posta esclusivamente a nome del M.

Nei primi tempi il R.M. e il M. uscivano insieme la sera, lasciandola sola in casa, circostanza che la faceva soffrire.

Peraltro il M. era solito uscire anche con lo S., a quanto pare compiendo scorribande in danno di omosessuali.

Una volta, a suo dire, altrettanto era accaduto anche con il T.

Secondo la D., prima del M., il R.M. aveva frequentato proprio lo S., il quale una volta le aveva riferito di essere salito in macchina del R.M. con T. e di essersi diretto verso Spello, quando, appartatisi i tre in una stradina buia, i due giovani avevano tentato di rapinare il R.M., minacciandolo con un coltello o, secondo altra versione, puntandogli un dito come se si trattasse di un coltello.

Il rapporto della D. con il M. era stato assai difficile e aveva attraversato fasi diverse, fino a giungere verso dicembre alla rottura, in quanto la ragazza non sopportava il tenore di vita del giovane.

Senonché a quella data la D. era ormai incinta del M.

Nel volgere di pochi giorni il rapporto era ripreso.

Nel frattempo la ragazza aveva saputo direttamente dal R.M. quali fossero le tendenze sessuali di quest'ultimo e della relazione che aveva legato l'uomo al M.

Nel mese di gennaio peraltro i rapporti con il R.M. si erano fatti assai difficili, finché il predetto, adducendo di dover pure lui abbandonare a breve quell'abitazione, li aveva allontanati, costringendoli a dimorare altrove.

Essi avevano allora soggiornato alcuni giorni presso il D. A. o dormito in macchina.

26 - Alla fine di gennaio il M. sull'utenza cellulare in possesso della coppia, che solo da pochi giorni utilizzava un nuovo numero fornito dalla madre dell'imputata, ricevette una telefonata del Commissariato, con cui lo si invitava a presentarsi.

Di seguito al M. fu imposto di allontanarsi dal territorio dello Stato, essendo scaduto il suo permesso di soggiorno.

La D. ha precisato che subito la coppia aveva intuito che alla base del provvedimento vi fosse stata un'iniziativa del R.M., il solo a conoscenza di quel numero di cellulare.

Peraltro a detta della ragazza l'ispettore Montenovo finì per confermare che effettivamente vi era stata una denuncia del R.M.

Quella sera i due cercarono dunque di avere un chiarimento con il predetto, incontrandolo alla stazione, dove solitamente si faceva trovare.

Peraltro ha sostenuto D. che, pur provando dispiacere all'idea di dover abbandonare l'Italia con il suo fidanzato, tuttavia era felice di allontanarsi dal R.M. e dalla sua abitazione, nella quale si era creata una situazione non facilmente sostenibile.

Dopo alcuni giorni i Carabinieri provvidero al sequestro della vettura di proprietà del M.

Allora la coppia, oltre a trovare riparo presso il R.M., si trovò costretta a chiedere di nuovo aiuto al R.M.

Costui accettò di riprendere i due in casa, a patto che non vi soggiornassero quando egli era assente.

Nel frattempo vi era stato un grosso scontro tra il M. e il T., il quale addebitava al M. di avergli rubato una collana.

Da allora i rapporti con il T. non erano stati più gli stessi, pur essendo cessata la fase più aspra del contrasto.

27 - A detta di D. ella e il M. partirono da Foligno il giorno 9 febbraio, accompagnati alla stazione proprio dal R.M.

Il giorno successivo essi si imbarcarono ad Ancona per l'Albania e giunsero alla sera in Kosovo presso i genitori del M., da dove non si sarebbero più allontanati, fino a quando nel mese di luglio, in prossimità del parto, la D. decise di tornarsene in Italia.

Ha ricordato la ragazza che poco prima della partenza per l'Albania ella e il M. avevano una volta incontrato per il corso di Foligno il T. e lo S., i quali, appreso della loro imminente partenza, li avevano rassicurati, dicendo di partire tranquilli, perché "al R.M. avrebbero provveduto loro a fare il pezzo", frase interpretata dalla ragazza come manifestazione di una volontà di picchiare il R.M.

Ha aggiunto la D. che fin dal primo momento ella in Albania utilizzò un'utenza fissa in possesso dei familiari del M., intestata al cugino di lui e non attivabile in Italia, tramite la quale ella ebbe la possibilità di parlare con sua sorella e con sua madre, che utilizzava una sua utenza cellulare o una cabina.

Secondo la D. in Kosovo non era per contro utilizzabile l'utenza cellulare di cui la coppia si era servita durante il soggiorno in Italia.

Le tre verità: i confronti.

28 - In buona sostanza da tali versioni risulta nell'ordine la responsabilità del M. e del R. secondo il racconto del T., quella del T. secondo il racconto del R. e quella concretamente adombrata dello stesso T. e dello S., pronti "a fare il pezzo", secondo il racconto di D.

Al fine di elidere alcuni profili di contrasto tra dette versioni si è proceduto a confronto tra il R. e il T. nonché tra il T. e la D.

Il doppio incombente non ha sortito effetti di rilievo.

Il T. ha ribadito il proprio racconto nei tratti essenziali, anche se con riguardo al primo apparire del R. con i due borsoni ha aggiunto che il predetto riferì che si trattava di oggetti di un suo amico che si doveva trasferire e poi con riguardo alla consegna del televisore a L. A. ha ammesso che potrebbe averlo chiamato lui stesso, sia pur su richiesta del R.

Il R. per parte sua ha confermato la versione incentrata sulla confessione del T., peraltro precisando che la consegna del televisore sarebbe stata fatta dal T. al fine di vendere l'oggetto al L., dopo che S.B. aveva riferito che la polizia era alla ricerca di entrambi ed era intenzionata a venire a casa.

Quanto agli altri oggetti, il R. ha adombrato che il T. potesse avergli regalato la macchina fotografica per indurlo a mantenere il silenzio ed a sostenere la tesi della responsabilità del M., ed ha aggiunto che di tutte le altre cose il T. si era disfatto portandole via con il motorino e poi gettandole nella spazzatura.

La D. ha invece ribadito la versione dell'incontro con il T. e con lo S., mentre il T., pur ipotizzando che la frase "fare il pezzo" potesse essere riferita al "fare a pezzi", ha solo ammesso che vi fu in effetti un incontro tra lui, lo S. il M. e la D. presso la stazione di Foligno, circostanza nella quale il M. parlò con S. ma nessuno si espresse nel senso indicato dalla ragazza.

Il T., contraddicendosi rispetto a quanto dichiarato nel corso della prima audizione, ha accreditato la tesi secondo cui proprio in quella circostanza avrebbe appreso dell'espulsione del M., di cui, stando alla prima versione, aveva invece sentito parlare nel corso di un colloquio del M. con R.

Orbene, nessuna delle tre versioni risulta affidabile.

La ricostruzione dell'antefatto.

29 - Ma prima di approfondire il tema, occorre ricostruire la vita e le frequentazioni del R.M. nell'ultimo anno di vita.

Può dunque dirsi provato che il R.M. era un valido elettricista, il quale lavorava alle dipendenze della ditta Romagnoli, ma si dedicava talvolta anche a lavori in proprio.

Egli, separato di fatto dalla moglie, aveva un tenore di vita assai

modesto, essenzialmente connotato dalla frequentazione del bar della stazione di Foligno, finalizzata ad incontri con persone già conosciute ovvero a nuove conoscenze.

Egli aveva tendenze omosessuali ed era avvezzo ad incontri anche occasionali.

Gli capitava tuttavia di intrattenere anche relazioni più profonde e durature.

È quanto avvenne nel caso di P.R., il quale dal 2001 prese a frequentarlo e ad avere con lui incontri a sfondo sessuale, salvo poi prendere atto che il R.M. non disdegnava parallelamente avere rapporti anche con altre persone.

Peraltro l'intesa tra il R.M. e il P. non cessò mai, in quanto i due, dopo un primo più ardente periodo, continuarono comunque a frequentarsi e a sentirsi.

Nel frattempo nella vita del R.M. entrò di prepotenza M., il quale almeno dall'inizio del 2002 iniziò con il R.M. una stabile relazione di tipo erotico-sentimentale.

30 - Il M. era un profugo del Kosovo, venuto in Italia negli anni bui della guerra scatenatasi brutalmente dalle sue parti.

Egli fu assistito dalle apposite strutture italiane, all'inizio mostrandosi disponibile e riconoscente, ma in prosieguo di tempo sviluppando un temperamento autonomo e indipendente, che lo portò ad assumere nei confronti di molti assistenti sociali un atteggiamento di ribellione e di sfida, fatto anche di aggressività (cfr. le dichiarazioni della teste Spaziani).

Sta di fatto che il M., dopo aver svolto per qualche tempo un'attività lavorativa, prese a vivere con il R.M. nella dimora presa in affitto da costui e cessò di lavorare, salvo collaborare talvolta con il R.M. in lavoretti che il predetto si procurava qua e là.

E' emerso che la storia con il M. fu per il R.M. molto coinvolgente, tanto che egli confidò all'inizio anche al P. di sentirsi felice.

Ma in breve le cose mutarono e non di poco.

31 - Il M. infatti conobbe D., che diventò fin dal febbraio del 2002 la sua stabile fidanzata.

In prosieguo di tempo i due presero a vivere nell'abitazione del R.M., il quale si trovò così a dover sopportare una situazione non facile, resa ancor più gravosa dalla necessità di mantenere entrambi i giovani, privi di lavoro e di fonti di reddito autonome.

Il M., dal temperamento indipendente e ribelle, cominciò a spadroneggiare, in certi casi imponendo a costui perfino di restare fuori di casa (la stessa D. ha confermato che una volta il R.M. dormì in macchina, anche se, palesando un'inverosimile ingenuità, ha riferito di non conoscerne le ragioni).

Non valse a risolvere il problema la decisione del R.M. di regalare al

M. una vettura Peugeot 306, che in un primo momento fu cointestata al giovane e allo stesso R.M. e che successivamente venne intestata al solo M. (preferendo il R.M. evitare, dopo un primo sequestro del veicolo avvenuto nel mese di ottobre del 2002, i guai rivenienti da quella cointestazione).

La situazione in quella dimora si stava in realtà facendo esplosiva.

Una volta il R., dopo una doccia, si ritrovò un occhio tumefatto e la pelle del viso arrossata, in quanto nello shampoo qualcuno (egli riteneva che fossero stati i due giovani) aveva messo del liquido urticante (cfr. il certificato medico datato 3-11-2002, prodotto dalla parte civile all'ud. del 20-1-2006).

Inoltre frequenti erano le liti, segnate anche dal passaggio del M. a vie di fatto.

Valgono in questo caso le confidenze fatte dal R.M. all'amico P. e a D.S.M., che gestiva la tabaccheria sita presso la stazione di Foligno e con la quale il R.M. era solito sfogarsi.

E' infatti emerso che il R.M. era giunto alla disperazione, di fronte alle sempre maggiori pretese del M., il quale, non pago di averlo talvolta chiuso fuori di casa, lo minacciava anche con un coltello, tanto da giungere una volta a rompere una lampada e un'altra volta a dirgli che "l'avrebbe fatto sgozzare" (cfr. dich. D.S. a ff. 56 e 69).

Un drammatico saggio di tutta questa disperazione è offerto da un documento rinvenuto dopo la scoperta del cadavere, costituito da una sorta di lettera scritta dal R.M. al M., nella quale il R.M. esprime tutto il suo dolore e il suo rimpianto per una storia che aveva finito per lasciarlo senza denaro e per privarlo della gioia di vivere (doc. prodotto dalla parte civile all'udienza del 20-1-2006).

Per questo alla fine il R.M. impose ai due giovani di abbandonare la sua abitazione.

32 - Ma nel contempo egli continuava ad avere paura di loro e aveva bisogno di sbarazzarsene definitivamente.

Ciò indusse il R.M. a rivolgersi al Commissariato di Foligno, per sollecitare nei confronti del M. un provvedimento che lo rendesse inoffensivo.

Risulta dalle dichiarazioni dell'ispettore Montenovo che effettivamente il R.M. gli prospettò il problema della convivenza problematica con il M., al che l'ispettore comprese, avendo conosciuto il M. fin dal suo arrivo in Italia, che una strada sarebbe potuta essere quella dell'espulsione, non risultando che il giovane avesse mai rinnovato il suo permesso di soggiorno.

Così il R.M. fornì al Montenovo il numero di cellulare del M. raccomandando all'ispettore di non fare il suo nome con il ragazzo.

Ed invero il Montenovo convocò il M., che si presentò con la D., e gli riferì di aver saputo che si stava comportando male: per questo lo fece

accompagnare presso la Questura di Perugia dove gli fu intimato di lasciare il territorio italiano entro quindici giorni.

Nel frangente il M. e la ragazza si mostrarono entrambi assai adirati.

Il ragazzo in particolare chiese il nome di chi lo aveva denunciato e prospettò che fosse stato il R.M.

L'ispettore Montenovo negò, ma il M. disse allora, riferendosi al R.M., che gliela avrebbe fatta pagare.

In quel lasso di tempo, a quanto pare, i due giovani dimorarono precariamente presso l'amico D. A. oppure nell'abitazione di R. e talvolta dormirono in macchina.

Ma in data 2 febbraio la Peugeot 306 fu sottoposta a sequestro perché alla guida di essa, con a bordo anche il M. e la D., fu sorpreso D.A. la cui patente era scaduta.

Nel frangente fu rinvenuta una patente presumibilmente proveniente da furto, falsificata con l'apposizione della fotografia del M.

Ed allora i due giovani si trovarono costretti a rivolgersi ancora una volta al R.M., il quale, sapendo che comunque i due di lì a poco si sarebbero allontanati, accettò di riprenderli in casa, ma dietro l'espressa promessa di non entrare in sua assenza.

33 - Il giorno 9 febbraio il M. e la D. lasciarono Foligno.

Stando alle prove raccolte risulterebbe che in troppi li avessero accompagnati in quella circostanza alla stazione: a detta della D. il R.M. in macchina, a detta del D. lui stesso.

Certo è che i due il giorno 10 febbraio raggiunsero Ancona.

Essi furono inseriti nel foglio di imbarco di una nave partita quello stesso giorno per l'Albania.

Da allora non consta che il R.M. avesse più rivisto il M.

Nel frattempo la sua vita tornò ad essere progressivamente più serena.

Egli come sempre frequentava alla sera il bar della stazione, dove faceva spesso nuove conoscenze.

A quanto pare in quel lasso di tempo ebbe modo di frequentare un certo D'A.M., che egli aveva conosciuto già molto tempo prima.

Il D'A. conduceva una vita da barbone, dormendo nelle stazioni ferroviarie, e nel dicembre 2001 aveva avuto occasione di dormire alcuni giorni nell'abitazione del R.M., apprendendo allora che il predetto era omosessuale.

Peraltro egli non aveva analoghe tendenze ed aveva respinto i timidi approcci del R.M.

Più di recente il D'A. era nuovamente capitato alla stazione di Foligno.

Nel Natale del 2002 aveva chiesto al R.M. di poter venire da lui per qualche tempo ma in tale circostanza l'uomo gli aveva confidato di convivere con un'altra persona.

Ha riferito il D'A. che alla fine di gennaio del 2003 egli aveva chiesto

al R.M. di tenergli i documenti ed un borsone in cui erano racchiuse le sole cose di cui disponeva, tra cui delle riviste pornografiche.

D'altro canto è emerso dal racconto di S.C. che nel mese di febbraio il R.M. trascorrevva spesso del tempo all'interno del bar della stazione con l'individuo poi identificato per il D'A., offrendogli anche delle consumazioni.

Lo stesso D'A. ha aggiunto di essersi poi allontanato da Foligno alla fine del mese, forse il 23, dopo aver vanamente tentato di riprendersi il borsone e i documenti consegnati al R.M., da lui non rintracciato né per telefono né una volta in cui, essendo passato sotto la sua abitazione, non aveva rinvenuto la sua vettura.

Va in effetti rilevato che al momento del sopralluogo, effettuato dopo la scoperta del cadavere, sarebbero stati trovati in casa sia un borsone contenente riviste pornografiche sia i documenti di lavoro del D'A.

34 - Per il resto, nonostante alcune generiche dichiarazioni rese da A.D., il quale ha riferito di aver veduto il R.M. in compagnia di un giovane, che gli era parso un militare (ma il teste non ha saputo in alcun modo chiarire perché mai avesse avuto tale convincimento e neppure le esatte modalità di quell'incontro), non è emerso che il R.M., nell'ultimo scorcio di tempo prima della sua morte, avesse avuto ulteriori frequentazioni di rilievo.

Va solo al riguardo precisato che il predetto fu visto in data 28 febbraio da F.M. all'interno dell'esercizio commerciale gestito dal teste e dal padre di lui, nell'atto di consumare un panino insieme con un giovane.

Ha peraltro precisato il teste che il R.M. veniva spesso in compagnia dello stesso e di altro giovane, per consumare con loro un panino all'ora di pranzo: si trattava di ragazzi italiani, uno in particolare di Foligno, che come il R.M. indossavano una tuta, così da far pensare che si trattasse di colleghi di lavoro.

Sta di fatto che nessuno ha saputo con precisione far riferimento ad ulteriori contatti del R.M., al di là dell'astratta possibilità di nuove conoscenze che il predetto, costretto alla solitudine dalla vita e dalla sua natura, avrebbe potuto fare, frequentando il bar della stazione.

In tale quadro si colloca il drammatico epilogo.

Un dubbio da fugare: la responsabilità di frequentatori misteriosi.

35 - Deve immediatamente rilevarsi che il tentativo della difesa di accreditare la tesi della possibile responsabilità di terzi rimasti ignoti, appartenenti alla cerchia - asseritamente non vagliata in modo adeguato - delle frequentazioni occasionali del R.M., è destinato a sicuro insuccesso.

È già significativo che i due imputati presenti e T., comunque appartenente al gruppo di albanesi che aveva contatti con M., abbiano ristretto il campo a questo stesso gruppo, sia pur accusandosi l'un l'altro.

Ma è dirimente il fatto che oggetti appartenuti a R.M. e di sicuro

non sottratti prima della sua morte, quali la sua vettura, la sua macchina fotografica e l'unico televisore, siano stati rinvenuti in possesso del R. ovvero siano entrati nella disponibilità dello stesso T.

Ed invero, poiché la porta di ingresso dell'appartamento del R.M. fu rinvenuta chiusa senza segni di scasso (anche se essa fu poi aperta da Venturini Moreno con una leggera spinta, che peraltro produsse uno scatto), è d'uopo ritenere che quegli oggetti fossero stati prelevati da persona entrata nell'appartamento con il consenso del R.M. ancora in vita ovvero per mezzo delle chiavi dell'appartamento, di seguito non più ritrovate: correlativamente deve opinarsi che il R. o il T. o entrambi fossero venuti in possesso di quegli oggetti il giorno stesso dell'omicidio, avendo partecipato direttamente alla sua perpetrazione, ovvero successivamente, avendo ricevuto tali oggetti dall'omicida ovvero ancora essendo essi penetrati in un secondo momento nell'appartamento, muniti delle chiavi prelevate dall'omicida.

Ciò significa che comunque l'autore dell'omicidio va ricercato negli stessi R. e T. ovvero in persona strettamente in contatto con i predetti.

Con un tratto di penna possono perciò cancellarsi le asserite piste che avrebbero dovuto condurre più o meno fantasiosamente a militari dell'ultim'ora ovvero ad altri noti frequentatori del R., come il P. o il D'A.

Tre verità e molte bugie.

36 - Ma, come detto, neppure le versioni del T., del R. e della D. possono essere da sole utilizzate quale valida base per la ricostruzione dell'accaduto.

Quanto al T., che ha espressamente accusato il M. e il R., va stigmatizzato il fatto che egli, dopo avere sostenuto di aver veduto il R. tornare il sabato sera con due borsoni, ha aggiunto nel corso della sua deposizione di aver solo in prosieguo di tempo saputo che si trattava di oggetti provenienti da delitto, salvo poi apprendere alcuni mesi più tardi dal suo datore di lavoro P.A. che il televisore originariamente affidato a L.A. e poi a lui riconsegnato era appartenuto addirittura al R.M.

Ciò è falso.

Qui non viene tanto in considerazione il riferimento del T. – alla serata di sabato, cioè al 1° marzo – che anzi assumerà un significato preciso ai fini della ricostruzione della vicenda –, quanto invece l'assunto dell'asserita estraneità del T. ai fatti.

Risulta dalle conversazioni telefoniche intercettate, intercorse a partire dal mese di marzo, dopo che il R. era già fuggito in Albania, che il R. e il T. erano in stretto contatto tra di loro e che fra l'altro parlavano del corso delle indagini concernenti l'omicidio R.M., a questo riguardo facendo altresì riferimento ad oggetti, quali le chiavi e lo stesso televisore-

re consegnato al L. A., che avrebbero potuto coinvolgerli direttamente nell'inchiesta.

Di rilievo risultano in particolare la conversazione n. 30 del 29-3-2003 (pagg. 29 e segg. delle trascrizioni), nella quale dopo qualche incertezza R. e T. si accordano perché il T. si rechi da L.A. e si riprenda il televisore e poi il R., rivolgendosi al T., precisa che "se vengono a controllarti ne risponderai tu.." e ancora "risponderai come ho risposto io per la chiave..non ho messo nessun altro nei guai", nonché la conversazione n. 20 del 24-3-2003 (pagg. 6 segg. delle trascrizioni), nella quale il R. rassicura il padre E., il quale teme che il T. parli, asserendo "non dirà niente perché c'è dentro anche lui".

37 - Ma quanto al T. è dirimente un ulteriore elemento.

Si è già segnalato che in sede di sopralluogo, successivo alla scoperta del cadavere, sopra il comò della camera da letto furono rinvenuti una fotografia del M., recante sul retro una scritta, e un biglietto, sul quale era manoscritta una frase poco comprensibile.

In realtà sulla fotografia era vergata la frase "MIAIE DATOF" (l'ultima lettera potrebbe apparire, prima facie, una K ma è in realtà una F).

Sul foglietto invece era vergata in un italiano a dir poco approssimativo la frase "MI HAI DaTo Fori di VIA per 10 anni DaTTaLia NO un bacIo da DavIDE."

La commistione di corsivo e stampatello riflette l'andamento della scrittura.

Va subito detto che con assoluta evidenza trattasi di scritturazioni non attribuibili alla stessa mano, troppo diverse risultando la "M", le "A", la direzione dei puntini sulle "I", nonché la "T" e la "F" che compaiono sulla fotografia rispetto alle corrispondenti lettere che figurano sul foglietto.

Là infatti la M è connotata da una allungata e aguzza zona centrale che arriva addirittura più in basso delle stanghette laterali, mentre qua viene in evidenza una M con una zona centrale piccola e arrotondata. Là le A presentano una stanghetta centrale che vira decisamente verso il basso e qua invece le A sono corsive oppure presentano una stanghetta doppia con direzione verso l'alto oppure ancora una stanghetta diritta. Là la T ha una stanghetta superiore arrotondata che taglia l'asse perpendicolare, mentre qua la T ha sempre la stanghetta superiore attaccata a quella perpendicolare. Là le I presentano il puntino in forma di piccola linea che vira a sinistra, mentre qua le I hanno il puntino in forma di linea che vira a destra oltre ad avere spesso una stanghetta superiore e inferiore.

Quanto all'attribuzione della frase manoscritta sul foglietto è stato conferito incarico peritale al prof. Marcello Conti che sulla base di un'attenta analisi dello scritto e di una approfondita comparazione con scritture provenienti dal R. e dal T., oltre che con alcune firme apposte su

alcuni atti dal M., è pervenuto alla conclusione, conforme a quella del consulente del R., che la frase è stata vergata dal T.

A tal fine è stata valorizzata innanzi tutto la scrittura di comparazione desunta da una frase, riferibile al suo nuovo indirizzo, che il T. scrisse nel corso del suo esame da parte del P.M. in data 10-3-2003. In secondo luogo sono stati considerati i saggi grafici rilasciati dinanzi alla Corte.

In particolare in entrambi i casi, pur in presenza di una assai minore spontaneità nel saggio grafico rilasciato alla Corte, è stata rilevata a proposito del T. una grafia ben caratterizzata per la coesistenza di stampatello e corsivo nonché per la presenza di personalizzazione, quali le lineette sopra e sotto la I, piccoli ganci d'attacco e finali e, appunto, uso di corsivo e stampatello.

In sede di confronto con la scrittura in verifica, mentre è stato con certezza escluso che il foglietto possa essere stato vergato dal R., si è rilevata la sostanziale inidoneità delle scritture attribuite al M. per un giudizio definitivo, anche se gli elementi emersi hanno comunque indotto il perito ad escludere la riferibilità dello scritto al predetto.

Al contrario è stato rilevato *prima facie* che anche la scrittura in verifica contiene una commistione di stampatello e corsivo e presenta delle I accompagnate alla base e alla sommità da lineette, esattamente come si evince dalla scrittura resa dal T. al P.M.

Più approfonditamente il perito ha rilevato che la scrittura in verifica e quella comparativa hanno gli stessi rapporti dimensionali e occupano in modo analogo lo spazio (variazione di dimensioni tra le prime due righe, grandi, e l'ultima medio-piccola); in entrambe le scritture gli assi sono incrociati con variazione nella intensità di piegamento; entrambe le scritture risultano originali, goffe, poco coerenti, ma soprattutto la figura I della scrittura in verifica, quando non è collegata alle lineette sopra e sotto, contiene gancetti sia nell'asta sia nelle lineette, ad inizio e fine, come figura nella comparativa rilasciata al P.M.; la grafia della scrittura in verifica ha gli ovali con inizio ad ore 11 e il punto di avvio all'interno dell'ovale come un piccolo ricciolino, il che compare in tutte le comparative; nella scrittura in verifica la a viene oblitterata, viene scritta come o ed altrettanto avviene nella comparativa, in particolare nel foglio A, rilasciato alla Corte; nella scrittura in verifica si trovano figure alfabeticali analoghe a quelle comparative, come avviene per la P quanto al movimento finale ascendente, per la A, con taglio collegato con direzione destra sinistra, per la D con linea di base arricciata, per la n con curve alla sommità e per la a con doppio occhio e astina complementare obliqua; infine in entrambe le grafie compaiono i punti i accentati e obliqui.

Tali elementi, qui richiamandosi le condivise, argomentate e precise conclusioni del perito, peraltro conformi alle valutazioni del consulente del R., inducono a ritenere che il foglietto fosse stato vergato proprio dal

T., riproducendo i tratti ineliminabili, cioè tipici, della sua scrittura.

Va aggiunto da un lato che assai singolarmente nel corso del suo esame dinanzi alla Corte il T., ad un certo punto ha usato, proprio come si legge nel foglietto, l'insolita e anomala espressione, *fuori di via* (cfr. pag. 58 delle trascr.), a testimonianza di un suo non occasionale utilizzo di tale frase, dal sapore individualizzante.

Va poi segnalato dall'altro che la scrittura, presumibilmente attribuibile al M., che figura in un foglio rinvenuto nella vettura del R.M. (cfr. doc. n. 55: "*Io Davide M. mi impegno a rispettare il rapporto iniziale. Sincrità e onestà e lealtà. Inoltre mipegno a noutilizzare il mezzo da solo sprovisto di documento in noltreimiimgno a contrire al sostenamento delespese e sostegno morale*"), non suffraga in alcun modo la riferibilità del foglietto rinvenuto sul comò della camera da letto a detto imputato, troppo diverse risultando fra l'altro le famose I, le A, le N e non comparando mai una commistione di corsivo e stampatello.

Tutto ciò dunque conduce alla conclusione che il T. non è estraneo ai fatti, essendo al contrario penetrato nell'appartamento del R.M., prima che il cadavere fosse scoperto, ed avendo lasciato sul comò della camera da letto una sorta di rivendicazione dell'omicidio, in modo da far pensare che la stessa fosse stata redatta dal M. per il motivo del risentimento nutrito nei confronti del Rivaroli.

38 - Peraltro è altrettanto falsa la versione del R.

Costui infatti ha dichiarato di aver visto il T. tornare a casa prima delle 22 di venerdì 28 febbraio con due borsoni, pieni di materiale vario, e di aver poco dopo appreso dallo stesso T. che costui da solo aveva ucciso il R.M. con un coltello o con un taglierino.

Ha altresì precisato il R. di non aver mai fatto cenno di ciò prima di essere sentito dalla Corte di Assise, perché pesantemente minacciato dal T., intenzionato a far ricadere le colpe sul M., ormai allontanatosi dall'Italia.

Ma in realtà, anche a prescindere da vistose inverosimiglianze riguardanti l'asserita mancanza di sangue sui vestiti e per contro l'asserita presenza di tracce di sangue sulle mani, quando a rigore il T. avrebbe usato guanti spessi, è impossibile pensare che il T. potesse essere tornato a casa prima delle 22 del 28 febbraio ad omicidio commesso, in quanto il delitto dovette essere perpetrato invece ad una maggiore distanza dall'ultimo pasto.

In ogni caso è dirimente il rilievo che sulla scena del delitto sono stati rinvenuti addirittura tre coltelli, un rasoio e perfino un bisturi e che due dei tre coltelli sono risultati imbrattati del sangue della vittima.

Ciò dimostra, se mai ve ne fosse ancora bisogno dopo l'esame delle fotografie ritraenti il cadavere, che danno prova della virulenza della non isolata azione omicidiaria, che a compiere tale azione furono più

persone e comunque non meno di due, operanti pressoché contestualmente.

E comunque si è già visto come sul comò in camera da letto fosse stata trovata anche la fotografia del M., recante sul retro una scritta, analoga a quella poi vergata sul foglietto, peraltro proveniente da una diversa mano.

Deve inoltre radicalmente escludersi sulla base delle conversazioni intercettate che il T. potesse aver ordito alcunché senza la partecipazione del R. e vieppiù che il R. avesse realmente timore del T.: al contrario risulta che semmai era coinvolto anche il T., ma in aggiunta al R. (si è già fatto riferimento alla conversazione n. 20), che comunque era quest'ultimo a guidare le iniziative del T., elaborando le strategie da adottare (dalla parimenti citata conversazione n. 30 risulta che il R. invita il T. a non dire dove si trovano lui e suo padre E. e a prendere accordi con quest'ultimo per fornire versioni collimanti e inoltre autorizza il T. a riprendersi il televisore; da numerose conversazioni emerge altresì che il R. chiede al T. di recarsi da D.A. per farsi dare un numero telefonico, presumibilmente quello del M.), e che nessun timore il R. nutriva verso il T., al punto da indulgere in frizzi e lazzi con lui (i due mostrano di essere amici, si chiamano con i rispettivi soprannomi, si scambiano confidenze sulla rispettiva quotidianità) e da parlare apertamente con il predetto sia dei suoi progetti di trasferimento in Grecia sia della necessità di portare a termine in Albania un'operazione per la quale gli serviva il ferro, cioè una pistola.

39 - Non meno degli altri due ha reso una falsa versione la D.

A detta di costei alcuni giorni prima della partenza ella e il M. avrebbero incontrato N.S. e T., i quali li avrebbero rassicurati, aggiungendo che avrebbero pensato loro "a fare il pezzo" a R.M.

Ma un siffatto racconto, che vuol prospettare senza dire e che è per questo non meno callido, risulta del tutto inverosimile.

Il rapporto tra il M. e lo S., pur datato, non è mai risultato connotato da una peculiare familiarità, quale quello che invece caratterizzava soprattutto negli ultimi mesi il rapporto con D.A.

Oltre tutto solo dalle dichiarazioni del R. e della D., sul punto peraltro portatrici di uno specifico interesse difensivo e dunque inaffidabili, è emerso che il M. sarebbe stato solito compiere rapine in danno di omosessuali in combutta soprattutto con il N. e talvolta con il T.

Una siffatta versione è stata smentita dal non meno interessato N. e dal parimenti interessato T., ma è comunque risultata priva di qualsivoglia attendibile riscontro, fermo restando che del tutto singolarmente il R. ha posto l'accento sulle uscite del M. con il T. mentre la D. piuttosto su quelle del M. con il N., il che finisce per indebolire il racconto di entrambi.

In ogni caso è certo che assai conflittuale era il rapporto tra il M. e il T. Fin dall'inizio i due, si direbbe a pelle, avevano avuto motivi di contrasto sfociati in un forte diverbio.

Successivamente il M., frequentando il R. e l'abitazione di quest'ultimo, aveva certamente avuto modo di stabilire un rapporto anche con il T.

Senonché era sopravvenuto un nuovo e più grave motivo di contrasto.

Infatti una volta che il M. e la D. si erano attardati nell'abitazione del R., il T., tornando dal lavoro, aveva scoperto che qualcuno gli aveva sottratto una collana e un bracciale da lui lasciati a casa.

Subito il predetto aveva ritenuto il M. responsabile del furto.

Ne era seguito un aspro confronto con passaggio a vie di fatto.

Il T., non pago dello scontro fisico, aveva finito per rivolgersi ai Carabinieri, segnalando loro che il M. era solito circolare alla guida di una Peugeot 306 senza essere in possesso di validi documenti.

Tanta era la determinazione del T. che costui, per agevolare il compito di controllo delle forze dell'ordine, aveva consegnato perfino una copia del permesso di soggiorno del M., lasciata da quest'ultimo nell'abitazione di via Oberdan.

Sta di fatto che il giorno 2 febbraio 2003 una pattuglia dei Carabinieri avrebbe effettivamente fermato e sequestrato la Peugeot 306.

Si è per vero discusso in ordine all'epoca del preteso furto subito dal T.

Il T. ha accreditato la versione che l'episodio sarebbe avvenuto l'ultimo dell'anno, mentre il R. ha riferito che la permanenza del M. e della D. in via Oberdan sarebbe stata successiva all'allontanamento dei due dall'abitazione del R.M.

A sostegno della versione del R. militano le dichiarazioni rese da Z.S., secondo il quale il litigio con il M. sarebbe avvenuto circa venti giorni prima, cioè non troppo tempo prima di quelle dichiarazioni, rese l'11-3-2003.

Fra l'altro ciò spiegherebbe il sequestro della vettura, avvenuto si ribadisce il 2-2-2003.

Ma anche a voler opinare che l'episodio fosse di poco anteriore, la sostanza non muterebbe.

E' certo infatti, perché confermato anche da un teste non incline ad assecondare l'accusa come D.A., che dopo il cennato episodio i rapporti tra il M. e il T. non furono più quelli di prima: risulta pertanto a dir poco inverosimile che proprio il T., in quegli stessi giorni, si prestasse a compiacere il M., assicurandogli di porre in essere un'azione violenta contro il R.M., cui egli non avrebbe avuto diretto interesse.

A favore della versione della D. non depone la circostanza che dopo un'iniziale negazione il T. abbia ammesso in sede di confronto di aver effettivamente incontrato il M. e la ragazza, mentre si trovava con il N.

Al di là della diversa collocazione spaziale dell'incontro e del fatto

che secondo il T. solo il N. avrebbe parlato con il M., comunque non nei termini riferiti dalla D., va anche considerato che detto N. ha per parte sua smentito l'episodio, sostenendo di non aver l'idea di cosa significhi "fare il pezzo", frase che il T. ha da ultimo solo ipotizzato potersi riferire alla corrispondente frase italiana "fare a pezzi".

Certo è che nessun elemento vale a suffragare la versione dell'imputata, che trova invece una decisiva smentita nei precari rapporti intercorrenti tra il M. e il T.

Il valore individualizzante del movente.

40 - Ma se dunque nessuna delle specifiche versioni fornite risulta idonea ai fini di una compiuta ricostruzione, è d'uopo valorizzare l'intero compendio probatorio per procedere sulla base di esso all'individuazione dei responsabili dell'efferato crimine.

Il primo elemento da segnalare è costituito dalle modalità dell'azione omicidiaria.

In questo caso può anzi dirsi che il cadavere parli e imponga con forza una sua verità.

Un'azione di più persone, attuata mediante più coltelli, concretizzatasi in plurime, terrificanti ferite al collo della vittima, sovrapposta da ogni lato e capace solo di abbozzare un blando tentativo di difesa, prima di stramazza e morire dissanguata, esprime determinazione e pervicacia, concertazione e premeditazione, e non può di certo essere il frutto di un'iniziativa estemporanea dell'ultim'ora, magari ispirata da un mero intento di rapina.

Essa può essere concepita solo da chi coltivi una forte motivazione, dettata da profondo rancore e volontà di rivalsa.

Si consideri per contro quanto riferito da R. a proposito delle ragioni che avrebbero spinto il T. al delitto: costui, dopo averlo più volte contattato negli ultimi tempi, avrebbe preteso dal R.M. che gli comprasse una macchina, così come aveva fatto in precedenza con il M., e la sera del 28 febbraio, dopo aver preso atto che l'uomo tergiversava, ma non aveva intenzioni serie, lo avrebbe ucciso con un coltello o con un taglierino.

In ogni caso il T. avrebbe nella circostanza da solo sottratto una pluralità di oggetti dall'abitazione della vittima.

L'intera versione, già smentita dalla sicura inidoneità del mezzo asseritamente utilizzato e dall'accertata riconducibilità dell'azione a più persone, è comunque inverosimile in primo luogo per quanto attiene al movente.

Innanzitutto il R.M. era stato ridotto sul lastrico dal M., che lo aveva spremuto fino all'inverosimile, e nessuno avrebbe potuto seriamente pensare di ottenere da lui qualcosa di diverso, al più, da singole, occasionali elargizioni.

Non è comunque ragionevole che il T., se per davvero pensava di ottenere vantaggi economici dal rapporto con il R.M., si badi, non provato, potesse giungere a concepire con tanta nonchalance la morte della gallina dalle uova d'oro, così precludendosi in radice ogni beneficio.

Inoltre deve rilevarsi che nessun elemento acquisito al processo consente di opinare che il T. avvertisse effettivamente in modo tanto stringente l'esigenza di procurarsi una macchina, risultando solo che all'epoca egli stava per prendere la patente e che poco dopo un caro amico torinese gli avrebbe prestato o addirittura regalato una vettura (come risulta dalla conversazione con R. n. 22 del 22-3-2003: pag. 19 trascr.): ciò peraltro non vale a supportare il movente, ma semmai a smentirlo, dimostrando come il T. potesse comunque utilizzare altri canali, del tutto limpidi, per conseguire quel determinato obiettivo.

E neppure può credersi che il T. avesse pensato di uccidere il R.M. per compiere una rapina, visto che egli avrebbe all'occorrenza avuto la possibilità di agire senza dover giungere a quelle conseguenze estreme.

Anche a voler per un momento, solo per un momento, opinare che il T. con lo S. avesse aggredito il R.M. in macchina sulla strada di Spello, non per questo i due erano stati denunciati dall'uomo, evidentemente consapevole dei suoi rischi.

A fortiori, non si vede perché mai ad una rapina, riguardante poche, misere cose, dovesse seguire l'omicidio.

E comunque risulta assolutamente incomprensibile, se motivata dal semplice rifiuto del R.M. ovvero dall'esigenza di rapinarlo, un'azione tanto efferata, veemente e crudele.

Analoghe conclusioni dovrebbero trarsi in tutti gli altri casi ipotizzabili, a cominciare da quello incentrato su una complicità tra il T. e lo S.: oltre al fatto che i due non avevano alcun motivo per uccidere il R., quand'anche avessero voluto rapinarlo, risulta inverosimile che essi potessero aver infierito in quel modo sull'inerme vittima.

Né può seriamente pensarsi che i due potessero realmente aver agito per fare un favore al M., circostanza che risulta smentita semmai dal foglietto lasciato sulla scena del delitto dal T., coinvolgente nell'omicidio proprio il M.

41 - In realtà tra i protagonisti di questa vicenda solo uno era effettivamente animato da sentimenti tali da spiegare tanta efferatezza, cioè M.

Si è già visto come il giovane avesse un temperamento aggressivo e prevaricatore, che lo portava ad avere un atteggiamento intollerante e violento.

Egli non sopportava che qualcuno potesse fargli un torto ed era subito pronto a rispondere.

Così si spiega fra l'altro la travagliata convivenza con il R.M., solo all'inizio serena, ma ben presto trasformatasi per quest'ultimo in un

inferno, di fronte alle continue pretese del giovane, spintosi fino a comportamenti significativamente aggressivi.

La disperazione aveva infine indotto l'uomo a cacciare di casa la coppia, ma egli per primo aveva una gran paura di ciò che aveva fatto, tanto da pensare di poter risolvere il problema solo rivolgendosi al Commissariato di P.S. di Foligno e ottenendo l'espulsione del M.

E non è un caso che il R.M. avesse chiesto di non rivelare al giovane chi aveva provocato il suo allontanamento dal territorio dello Stato.

Sta di fatto che il M. fin dal primo momento espresse il suo rancore, manifestando l'intenzione di "farla pagare" al R.M.

E che il giovane provasse verso quest'ultimo un forte risentimento è stato confermato su domanda del P.M., a seguito di opportuna contestazione, anche dal teste D. A.

Agli occhi del M. l'allontanamento dall'abitazione prima e soprattutto dal territorio dello Stato poi costituiva un affronto, che evidentemente doveva essere lavato con il sangue.

Egli del resto era nutrito dalla sub-cultura della violenza, che doveva aver alimentato la sua adolescenza in una terra difficile.

Sta di fatto che anche in occasione di un diverbio con il R.M. aveva non molto tempo prima manifestato la volontà di sgozzarlo.

Orunque, il cadavere del R.M. e il documento da cui traspare la disperazione di lui negli ultimi tempi parlano di questo e indicano un colpevole.

La presenza del M. e della D. a Foligno dopo il 10 febbraio 2003

42 - Ma dagli elementi raccolti si evincono almeno due ordini di ostacoli ad una piana ricostruzione dell'omicidio, incentrata sul diretto coinvolgimento del M., così come suggerito dal movente.

Innanzitutto il M. risultava partito dall'Italia il 10 febbraio, figurando con la D. nel foglio di imbarco di una nave salpata da Ancona alla volta dell'Albania. Correlativamente si è addotto che da quella data in poi egli con la D. avrebbe fatto uso solo di un'utenza riferibile a scheda internazionale prepagata, venduta in Kosovo, non utilizzabile in Italia.

Inoltre si è detto del foglietto lasciato dal T.: poiché quest'ultimo era destinato a far ricadere la responsabilità del delitto sul M., potrebbe obiettarsi che il T. in tanto potesse scriverlo e lasciarlo in bella evidenza, in quanto il M. non fosse in quel momento presente.

43 - Ma in realtà è emerso che il M. si trattene in Italia o comunque vi tornò subito dopo l'iniziale partenza, tanto da restarvi almeno fino al 3 marzo 2003, quando fece perdere definitivamente le sue tracce.

Sul punto può dirsi raggiunta una prova granitica, che per vero coinvolge la stessa D.

Infatti numerosi testi, che ben conoscevano il M. e la ragazza, hanno sostenuto e ribadito al dibattimento di aver visto la coppia di giovani in Foligno anche dopo il 10 febbraio.

In particolare C. M., titolare di una pizzeria, ha riferito che il giorno di San Valentino, cioè il 14 febbraio, mentre si stava recando a comprare un regalo per tale ricorrenza, notò i due in via Garibaldi. La ragazza in particolare aveva un piumino bianco. I due erano in compagnia di un terzo giovane, scuro di carnagione, facilmente identificabile nel D. A.

La predetta in sede di ricognizione formale svoltasi con le forme dell'incidente probatorio ha con certezza riconosciuto la D., pur dando atto che la giovane aveva alla data del 14-10-2003 sembianze un po' diverse, in quanto ingrassata e con capelli di un diverso colore.

Nel corso del dibattimento la teste ha ribadito il precedente riconoscimento fotografico dei due giovani.

S. C., che parimenti conosceva bene i predetti, ebbe a riferire nel corso delle indagini di aver veduto D. con il ragazzo straniero una volta in cui si era recato presso la vetreria (*omissis*): egli specificò di essere in grado di esibire la fattura relativa all'acquisto effettuato, fattura dalla quale si evince la data del 19 febbraio 2003.

Il S. fornì allora una precisa descrizione della D., la quale del resto conosceva a sua volta il S.

L'uomo riconobbe i due giovani in fotografia.

Tali dichiarazioni sono direttamente utilizzabili, in quanto il S., nonostante i diligenti sforzi compiuti, non è stato rintracciato, di talché la sua deposizione è risultata irripetibile per ragioni sopravvenute e imprevedibili (il verbale è stato acquisito all'udienza del 17-2-2006).

Anche il S. effettuò la ricognizione formale in sede di incidente probatorio, ma non riconobbe in tale circostanza la D.

Peraltro si è già visto come la ragazza presentasse nella circostanza sembianze diverse, ciò di cui si dà atto nel verbale di incidente probatorio relativo ad altro testimone.

In ogni caso va ribadito che nel caso di specie, come per vero in quelli che seguono, il riconoscimento non aveva ad oggetto una persona sconosciuta da identificare, bensì una ragazza già con precisione individuata, perché conosciuta dal teste anche in virtù del suo rapporto con il ragazzo straniero.

L'esito negativo dell'incidente probatorio risulta pertanto irrilevante.

B. R. lavorava presso una sala giochi, che era spesso frequentata dalla coppia e dal D. A. Della ragazza il teste sapeva che era pugliese, mentre con riferimento al M. ha ricordato di averlo visto una volta montare uno stereo su una Peugeot 306.

Ha dichiarato il teste che nella settimana che seguì alla ricorrenza di San Valentino, in un pomeriggio di bassa affluenza, coincidente con un

lunedì o con un martedì o con un mercoledì, dunque compreso tra il 17 e il 19 febbraio, notò - come sovente accadeva - i tre all'interno del locale.

Neppure il B., in sede di incidente probatorio, fu in grado di riconoscere la D., peraltro presentatasi con sembianze nettamente diverse.

Sta di fatto che nel corso del dibattimento il teste ha ribadito il pregresso riconoscimento fotografico.

Poiché il predetto conosceva la ragazza, avendo appreso che era la fidanzata del M. e che era pugliese, inconferente risulta l'esito dell'incidente probatorio, essendo semmai meritevole di approfondimento l'epoca dell'incontro, peraltro ribadita dal teste nei termini che precedono.

D. S. M., titolare della tabaccheria sita presso la stazione ferroviaria di Foligno, confidente del R., ha sostenuto a sua volta di conoscere da tempo la coppia di giovani.

Ella al dibattimento ha ribadito il proprio riconoscimento fotografico, precisando di aver visto i predetti alla stazione la mattina del 3 marzo e il M. anche nella tarda mattinata della domenica 2 marzo.

Ha aggiunto la D. S. M. che la ragazza indossava il piumino bianco da tutti più volte veduto e individuato.

La teste in sede di incidente probatorio non riconobbe la ragazza.

Ma ella era comunque incerta, tanto che immediatamente avvertì l'esigenza di manifestare i suoi dubbi, correlati alle diverse sembianze della giovane.

Sta di fatto che durante la deposizione dibattimentale la D. S. M. ha sottolineato di aver veduto la D. fuori dell'aula quella stessa mattina, cioè prima dell'inizio dell'udienza del 20-1-2006.

Ora, la Corte deve rilevare che la D. alla cennata udienza non ha partecipato, ma lo stesso difensore di lei aveva in limine dato atto che l'imputata si era allontanata.

E' dunque certo che la stessa era stata presente fuori dell'aula ed è dunque parimenti certo il riconoscimento di lei nuovamente effettuato dalla D. S. M., quando l'imputata aveva riacquisito le sue originarie sembianze.

D'altro canto la D. fuori dell'aula è stata quel giorno notata anche da P. R., che ha dichiarato di averla veduta prima dell'udienza (f. 120 trascr.).

Ne discende che il riconoscimento della D. S. M. è da reputarsi pienamente attendibile, fermo restando che in questo come negli altri casi non è stato revocato in dubbio il riconoscimento del M.

Sta di fatto che l'individuazione operata dalla D. S. M. risulta più rilevante di tutte le altre, poichè colloca la presenza in Foligno della coppia a ridosso dell'omicidio.

Infine, senza che a quanto pare la risultanza fosse emersa in sede di indagini, anche la teste O. R., che abita nello stesso immobile di via dei

Molini, in cui dimorava il R., ha riferito di ben conoscere la coppia e di averla veduta più volte.

Da ultimo, a detta della teste, ella aveva veduto i due all'interno del cinema, presso cui lavora, in un giorno festivo, un sabato o una domenica, di poco precedente la morte del R., presumibilmente il 22 o il 23 febbraio.

In conclusione, poiché tutti conoscevano i due giovani e li hanno riconosciuti fotograficamente, poiché d'altro canto i testi hanno fornito particolari decisamente individualizzanti, a cominciare dal fatto che i due erano sempre insieme e che la ragazza indossava un piumino bianco, e poiché l'esito negativo dell'incidente probatorio, limitatamente alla D., ben può spiegarsi con le diverse sembianze della ragazza a quell'epoca, a fronte del nuovo riconoscimento, non solo fotografico, effettuato nel dibattimento, è d'uopo ritenere con assoluta certezza che il M. e la D. si trovasse in Foligno anche dopo il 10 febbraio 2003 e che vi fossero rimasti - prima di scomparire per davvero rifugiandosi in Kosovo - fino al 3 marzo 2003.

È appena il caso di segnalare come la prossimità ai fatti dell'originaria deposizione della teste D. S. M. valga vieppiù a conferire alla testimonianza il crisma dell'assoluta affidabilità, non essendo verosimile che la predetta potesse essersi confusa con episodi avvenuti quasi un mese prima.

44 - Ma se è così cade automaticamente ogni argomento difensivo che vorrebbe trarsi dalle risultanze dei tabulati telefonici e dalle dichiarazioni rese dai testi G. I. e D. A., rispettivamente madre dell'imputata e amico della coppia, fra l'altro visto in quei giorni insieme con loro.

Si è cercato infatti di accreditare la tesi che dal 10 febbraio in poi la coppia avrebbe usato la sola utenza internazionale, tramite la quale avrebbe colloquiato anche il giorno 27 febbraio con la G. e con il D.

Costoro hanno confermato la circostanza non senza incertezze e contraddizioni, aggiungendo che la coppia riferiva in occasione di quei colloqui di trovarsi in Kosovo.

Ora, i contatti telefonici tra l'utenza internazionale e utenze riferibili sia al D. e alla G., oltre che a D. C., sorella dell'imputata, sono attestati dai tabulati telefonici acquisiti.

Ma innanzi tutto nessuno al di fuori dei due testi, fortemente interessati a fornire una versione compiacente, ha confermato che quell'utenza fosse utilizzata dalla coppia.

In secondo luogo, anche volendo dare per ammessa tale circostanza, dovrebbe comunque osservarsi che nessuno ha confermato che la coppia parlasse effettivamente dal Kosovo (ciò non risultando e non potendo risultare dai tabulati).

In terzo luogo non ha avuto alcuna conferma processuale l'assunto secondo cui l'utenza internazionale *de qua* sarebbe stata inutilizzabile in Italia.

In senso contrario si è anzi espresso sulla base di un colloquio infor-

male con funzionari Telecom il teste Rossi della Squadra Mobile di Perugia e comunque in senso contrario depone la circostanza che si trattava di un'utenza mobile riferita a scheda internazionale prepagata, gestita dal Principato di Monaco, seppur venduta in Kosovo (si badi infatti che i tabulati sono stati forniti dall'Autorità monegasca), di talché non si vede perché mai quella utenza non sarebbe potuta utilizzarsi in Italia.

E non poco sorprende che, mentre tutti hanno sempre pacificamente parlato di un'utenza mobile, la D., forse per rafforzare la sua tesi, ma fortemente indebolendola, abbia invece riferito che si trattava di utenza fissa, da lei utilizzata con un telefono cordless.

A tutto concedere, deve dunque escludersi che i tabulati telefonici e l'utilizzo da parte della coppia dell'utenza internazionale monegasca valgano ad escludere la presenza del M. e della D. in Italia dopo il 10 febbraio.

E comunque il ragionamento deve essere del tutto capovolto, dovendosi ritenere certa quella presenza sulla base delle testimonianze analizzate, ciò da cui discende l'inconsistenza dell'argomento difensivo.

La responsabilità di M.

45 - Ma se il cadavere indica un movente, se il movente era riferibile esclusivamente al M., che aveva già promesso al R.M. di sgozzarlo, e se il M. era senza diversa giustificazione presente a Foligno il giorno dell'omicidio ed anzi se ne allontanò, sempre senza diversa giustificazione, subito dopo, si badi prima che il cadavere venisse scoperto, non possono residuare dubbi in ordine all'individuazione del principale responsabile, diversamente potendosi risolvere, come si vedrà, il secondo ordine di ostacoli, riveniente dalla presenza del foglietto vergato dal T.

Ed invero l'omicidio avvenne sicuramente nella serata del 28 febbraio.

Ad esso presero parte almeno due e probabilmente più persone.

Il riscontro costituito dal tipo di lesioni e dalle armi usate può considerarsi certo, essendo impensabile che l'omicida avesse da solo usato più coltelli e dovendosi d'altro canto escludere che il R.M. avesse fatto in tempo a sua volta a prendere in mano un coltello per difendersi.

Piuttosto va rimarcato come su nessun oggetto siano state rilevate impronte, il che induce ad opinare che gli autori dell'azione usassero guanti ed *a fortiori* che nessuna arma avesse usato la vittima, rinvenuta priva di guanti.

46 - Su quanto accadde la sera del 28 febbraio può in parte invocarsi la testimonianza di O. R.

Costei, dimorante al quarto piano di via dei Molini 8/b, poco prima delle 22 doveva tornare al lavoro in un cinema sito non troppo distante e per questo prese l'ascensore.

All'uscita si ritrovò sul pianerottolo e fece i cinque-sei gradini che la separavano dal portone di ingresso del palazzo.

A questo punto avvertì del movimento al primo piano e sentì che qualcuno scendeva le scale correndo.

Quasi sulla porta sentì una spinta e di seguito ella fu superata da un giovane, mentre di fronte ella si trovò un altro giovane seduto su un motorino.

I due ragazzi si parlarono in lingua straniera, solo poche parole, dopo di che uno si allontanò con il motorino mentre l'altro si allontanò a piedi.

La donna ha escluso che uno dei due fosse il M. e non ha riconosciuto neppure il R., presente in udienza, ma ha precisato di aver già veduto in precedenza il ragazzo che scese le scale, prospettando che potesse corrispondere nell'album sottopostole (in cui il M. figura al numero 7) al giovane effigiato nella fotografia n. 6 o al giovane effigiato nella fotografia n. 1 (cfr. f. 200 trascr.), cioè al D. A. o proprio al R.

Sta di fatto che la O. R. ha chiarito che uno dei due aveva la pelle scura ed ha poi precisato che anche il motorino, di colore rosso e nero, era stato da lei veduto in più occasioni.

Dalle risultanze processuali emerge che l'unico motorino avente colori simili, appartenente a soggetti gravitanti certamente in quel luogo, era quello di D. A.

Ora, la O. R. ha parlato di movimenti al primo piano ma non ha specificamente udito porte sbattute o altri rumori riferibili ad un preciso appartamento.

È peraltro rilevante che quei due soggetti fossero soliti in qualche guisa frequentare i luoghi e che i loro movimenti di quella sera fossero concitati.

Ritiene la Corte che l'omicidio sia collegato ai movimenti di quei due giovani, anche se pare difficile ipotizzare che esso fosse già avvenuto prima delle dieci.

Piuttosto va rilevato come quei movimenti concitati facessero pensare ad un'azione propedeutica, volta a verificare se sussistessero o meno le condizioni per realizzarlo.

D'altro canto in sede di sopralluogo non sono risultati segni di forzatura della porta di ingresso dell'appartamento mentre è emerso che la cornetta del citofono era penzolante.

Tali elementi inducono ad opinare che il R.M. fosse stato vittima di un attacco proditorio, portato da più persone.

In particolare potrebbe ipotizzarsi che taluno avesse il compito di suonare il citofono e di rimanere in attesa della risposta e che qualcun altro fosse pronto dietro la porta, così da sorprendere il R.M. con la cornetta in mano non appena egli avesse aperto l'uscio.

Non sembra che possa influire sulla ricostruzione il rinvenimento di una bottiglietta di birra quasi vuota in prossimità della testa del cadavere in camera da letto, stante la confusione che regnava nella stanza.

La presenza di quella bottiglietta potrebbe spiegarsi in tanti modi, ad esempio supponendo che il R.M. stesse bevendo e si fosse portato la bottiglia con sé, venendo poi risospinto in camera e costretto a lasciar cadere a terra la bottiglia, oppure semplicemente immaginando che la vittima avesse lasciato la bottiglia in camera e che poi la medesima fosse caduta a terra a seguito del successivo trambusto.

In ogni caso trattasi di elemento neutro.

È certo invece che intervennero più persone, tutte evidentemente disposte ad agire per uno scopo, l'unico possibile scopo che animava chi avrebbe di lì a poco fatto scempio del R.

47 - E che il M. avesse preso parte all'agguato, dirigendolo, è vieppiù dimostrato da due elementi.

Innanzitutto il T. ha riferito di aver appreso dal R. che il principale responsabile fu appunto il M., al quale lo stesso R. prestò ausilio.

Ciò, per quanto fin qui rilevato, potrebbe apparire sospetto.

Ma è invece rilevante che sempre il T. abbia aggiunto di aver appreso dal R. anche un particolare a rigore irrilevante e, alla resa dei conti, per questo significativo, cioè che il M. aveva con sé una pistola.

Per vero un'arma di tal genere non fu utilizzata, ma l'ispettore Napoleoni ha dichiarato che nel corso di un sopralluogo effettuato pochi giorni dopo quello iniziale furono fra l'altro rinvenuti all'interno di una valigetta 24 ore un bisturi e elementi di una pallottola calibro 9.

Il T., si ripete, non avrebbe avuto motivo di far riferimento ad una pistola, neppure nell'ottica di allontanare da sé ogni sospetto: ed allora il particolare finisce per suffragare questa parte del suo racconto, primariamente coinvolgente il M.

48 - In secondo luogo va rimarcato che al momento della scoperta del cadavere non furono rinvenute né la vettura del R.M. né le chiavi della medesima.

Evidentemente il mezzo era stato sottratto da soggetti coinvolti nell'omicidio, per questo impossessatisi delle chiavi e del veicolo.

Orbene, è noto che la Seat Ibiza sarebbe stata poi rinvenuta altrove nella notte del 6 marzo.

Fin dall'inizio risultò in particolare che l'interno del vano porta oggetti era stato rovistato, tanto che di seguito sarebbe stata rilevata la presenza di documenti ammassati un po' alla rinfusa.

Tali documenti furono attentamente esaminati e da essi furono prelevati venti frammenti di impronte papillari (cfr. l'elenco riportato a pagg. 7 e 8 della relazione tecnica a firma Nazzarri e Selvatico del 22-1-2004).

Di seguito risultò che solo sette frammenti erano utilizzabili per eventuali confronti e che tre frammenti, rinvenuti in particolare su un modulo di contestazione amichevole di incidente, denuncia di sinistro avvenuto il 16-6-2002 (punto 39 dell'elenco del materiale sequestrato), sul

verso di un modulo di richiesta di vaglia nazionale delle Poste Italiane, eseguito dal R.M. in favore di tal (*omissis*) (punto 40 dell'elenco del materiale sequestrato), e su una relazione di contravvenzione del comune di Foligno, notificata al R.M. (punto 97 dell'elenco del materiale sequestrato), appartenevano rispettivamente al dito pollice della mano sinistra, al dito anulare della mano sinistra e al dito pollice della mano destra di M., relativamente al quale erano state utilizzate le impronte rilasciate al momento del fotosegnalamento per l'espulsione (cfr. relazione tecnica a firma Iacuitto del 29-1-2004 e dich. dibatt. dello stesso Iacuitto).

Orbene, posto che quel materiale era stato effettivamente rovistato dopo l'omicidio e che il M. non avrebbe avuto motivo di lasciare le sue impronte, prima di allora, su quegli specifici documenti, è d'uopo ritenere che il predetto avesse sottratto la vettura e poi avesse proceduto a rovistare quanto contenuto nel vano porta oggetti alla ricerca di qualcosa, magari di denaro ivi nascosto dal povero R.M., come anche in precedenza aveva dichiarato al D. A. di voler fare, venendo a quanto pare dissuaso dal predetto (cfr. sul punto dich. D. A. a f. 178).

Le impronte del M. dunque, esse sì, piuttosto che il foglietto fasullo, aggiungono unitamente ai residui di pallottola una firma involontaria al crimine.

49 - Ma, proseguendo nell'analisi del materiale probatorio acquisito, ulteriori elementi conducono alla medesima conclusione.

Si è già detto di come nel corso delle indagini, allo scopo di rintracciare il M. e la D. e al fine di ricavare utili elementi ai fini della ricostruzione dell'accaduto, furono sottoposte ad intercettazione varie utenze.

Fra l'altro risultò che all'indomani dell'arresto della D. il M. cercò di mettersi in contatto con costei, parlando con sua sorella e con la madre dell'imputata.

Nel corso di una incredibile conversazione del 16-7-2003 (cfr. conversazione 243, pag. 1 delle trascrizioni) il M., parlando con G. I., madre della D., riferì di aver appreso da D.C., cioè dalla sorella della ragazza, quanto accaduto a quest'ultima ed in tale frangente ebbe l'impudenza di sostenere di aver appena parlato di persona con il R.M., aggiungendo che non era vero che il predetto era stato ucciso.

Ora, una menzogna di tal genere è così grave da risultare per vero eloquente, in quanto idonea ad asseverare il grado di coinvolgimento dell'imputato in quell'efferata morte, sfacciatamente e del tutto interessatamente negata.

Ma ancor più significativi risultano ulteriori elementi desunti dalle intercettazioni.

Innanzitutto emerge da più telefonate che il R. invita il T. a farsi dare da D. A. un determinato numero: tale numero non poteva che esse-

re quello del M., con cui evidentemente il R. aveva necessità di parlare.

Sulla stessa linea va rimarcato che nel corso di una conversazione del 24-3-2003 tra R. e il padre E. (conv. n. 20 a pag. 13 delle trascrizioni), quest'ultimo chiede allarmato al figlio chi è che lo accompagnerà a Fier e aggiunge "Ma non è questo che era qui?..voi continuate con questa storia che è un guaio..lui è di Fier?", e poco oltre "lo zingaro è di Fier?", al che il R. risponde "no, lui non è di Fier, è del Kosovo", così comprendendosi che si sta parlando di M., con il quale il padre crede che il figlio *continui* a fare qualcosa.

Ed ancora risulta che nel corso della lunga conversazione del 29-3-2003 tra T. e R. (convers. n. 30 pag. 40 delle trascr.) i due si interrogano sulla sorte dei beni prelevati dall'abitazione del R.M. Ad un certo punto R. domanda "ma la macchinetta a te l'hanno ridata?" al che il T. risponde "no..che mi hanno ridato..niente.." e poco oltre il R. aggiunge "a me non me l'hanno ridata che era la sua", ciò cui segue dapprima la meravigliata risposta del T. "ma che stai dicendo?", e poi la precisazione del R. "eh..non è..non di lui..ma dell'altro..".

Tale scambio di battute rende palese il coinvolgimento di un terzo soggetto, all'evidenza individuabile nel M.

E come se non bastasse va segnalata la conversazione del 5-4-2003, tra L. A. e T. (conv. n. 55 a pagg. 12 segg. delle trascrizioni suppletive), facente seguito agli accordi tra il R. e il T. per il ritiro del televisore in precedenza consegnato al L. A., nel corso della quale dapprima il L. A. segnala "volevo darti i suoi soldi", riferendosi ad una somma ancora spettante al R., e di seguito invece il T. sembra cambiare registro, aggiungendo "ma no, perché è così è del compagno il diavolo.." e poco oltre "voglio parlare del compagno, quello del diavolo che ti ho detto". A questo punto il L. A. chiede "e che ha fatto?" e il T. precisa "è di un altro compagno, ti ho detto e lui la vuole..ha aperto la pancia..lui vuole l'altra cosa che abbiamo dato a te". Di seguito il T. ribadisce "perché lui ha aperto la pancia..il diavolo! (ride)".

In tale conversazione sembra farsi menzione non tanto del R., cui si riferiscono le prime frasi, bensì di un altro compagno, "il diavolo..che ha aperto la pancia", intendendosi presumibilmente ancora una volta il M.

Ben poco importa che in realtà l'affare del televisore riguardi a quel punto solo il T. e il R., risultando invece significativo che del "diavolo" si fosse già parlato.

In conclusione può dirsi che il M., il solo ad avere un movente, non poteva che essere stato il principale omicida: lo confermano tutti i rilievi fin qui formulati, sulla scorta dei quali può dirsi che il M. rimase a Foligno il tempo occorrente per portare a termine l'impresa, concorse a sottrarre la vettura rovistando nel vano porta oggetti e poi restò nella mente degli altri albanesi che avevano partecipato al delitto o almeno avevano avuto notizie dirette di esso.

Ed a coronamento di tutto egli pensò bene di negare con la madre della D. addirittura il fatto, in tal guisa allungando a dismisura le ombre che già lo raggiungevano.

Il coinvolgimento di R.

50 - Ma a questo punto vien da chiedersi chi effettivamente collaborò nell'impresa.

La risposta - per quanto interessa in questa sede - sembra agevole. Di sicuro infatti collaborò R.

A carico del predetto militano, oltre ai pregressi rapporti con il M., la circostanza che egli fu rinvenuto in possesso di una serie di bisturi - e si è già visto come sulla scena del delitto fra l'altro comparve altresì un bisturi -, di guanti da chirurgo, certamente utilizzabili (a prescindere dal fatto che egli potesse farne uso anche per lavoro) per portare a termine l'omicidio senza lasciare impronte, e soprattutto delle chiavi della vettura Seat Ibiza.

Ed invero si è osservato come la perquisizione effettuata nel primo pomeriggio del 7 marzo, dopo che il R. si era già recato a Telese, avesse condotto al rinvenimento di quelle chiavi, nascoste sotto il materasso del letto di pertinenza dell'imputato.

Non è pensabile che altri potessero aver colà nascosto quelle chiavi, in particolare il T., certamente all'oscuro dell'imminente perquisizione ed intervenuto dopo che la stessa era ormai in corso.

E comunque il T., se anche avesse avuto motivo di temere la perquisizione, si sarebbe ragionevolmente sbarazzato delle chiavi, quanto meno nascondendole altrove, invece di collocarle in un luogo che avrebbe potuto in qualche guisa creare anche a suo carico dei sospetti.

D'altro canto è certo che il letto sotto il quale le chiavi furono rinvenute era di pertinenza del R., ciò avendo con chiarezza riferito fin dal primo momento non solo il T., ma anche e prima di lui soprattutto B. S. (le immediate conferme fornite da costui nel corso della perquisizione, per come riferite dai poliziotti operanti, risultano utilizzabili anche alla luce di Cass. Sez. Un., 28-5-2003, Torcasio, trattandosi di informazioni deformalizzate, assunte in via d'urgenza nel corso di uno specifico incombente, fermo restando che lo S. ha poi nella sostanza ribadito le medesime circostanze nel corso del dibattimento).

La presenza di quelle chiavi assume un valore determinante.

Infatti esse ricollegano il R. al furto della vettura, peraltro coinvolgente anche il M.

Ed allora in buona sostanza correlano il R. al M. e all'omicidio.

In tale prospettiva assume un ruolo didascalico anche la deposizione del T., seppur in varia guisa inaffidabile: essa dà infatti piena contezza del collegamento tra il M. e il R., attestato dalle ulteriori risultanze

(compresa quella del possesso dell'arma), collegamento che non sarebbe potuto invece ravvisarsi in pari misura con il T. medesimo.

Per contro la circostanza che il R. abbia fatto riferimento ad una telefonata fatta dal T. al R.M. dalla pasticceria Frontani la sera del 28 febbraio è per un verso inconferente e per l'altro illuminante: in realtà il R. potrebbe aver appreso di una telefonata siffatta dalle carte processuali per attribuirla strumentalmente al T.; in alternativa potrebbe aver fatto lui stesso quella telefonata. E non può comunque sfuggire la scarsa verosimiglianza di una versione in base alla quale il T., nel raccontare al R. in un momento necessariamente drammatico e concitato l'accaduto si sarebbe soffermato anche su quel dettaglio, più rilevante nel processo che nella vita.

D'altro canto le conversazioni intercettate non smentiscono ma anzi ampiamente avvalorano la soluzione proposta.

Nel corso di plurimi colloqui con il T. il R. mostra di essere colui che regge il gioco, indicando le mosse da compiere, e segnala di aver già dato prove di affidabilità, non avendo coinvolto nessuno nel momento in cui gli era stato chiesto di dare conto della chiave (cfr. convers. n. 30 del 29-3-2003, pag. 35 delle trascr.).

In realtà egli non smentisce il proprio coinvolgimento, ma parlando con il padre, che teme che il figlio *continui* a far qualcosa con lo zingaro e teme altresì propalazione del T., aggiunge (e la sfumatura non è di poco conto) che "non dirà niente perché c'è dentro anche lui" (conv. n. 20 del 24-3-2003, pag. 14).

51 - Ma il R. è risultato in possesso anche di altra refurtiva, a cominciare da una macchina fotografica Polaroid e da un ciondolo con lucina. Inoltre il predetto ha avuto la disponibilità del televisore prelevato dall'abitazione del Rivaroli.

A questo riguardo sia il R. che il T. - all'indomani della scoperta del cadavere del Rivaroli - ebbero a consegnare tale televisore a L. A.: ciò fecero di comune accordo, come nitidamente si evince dalle conversazioni intercettate, al di là del tentativo del R. di accreditare anche sotto tale profilo la versione della responsabilità esclusiva del T.

Sta di fatto che poi, sempre di comune accordo, convennero di farselo restituire, tanto che il T. fu espressamente autorizzato dal R. in tal senso (cfr. convers. del 29-3-2003).

Di seguito il televisore fu prelevato da T., che lo conservò fino a quando il P. lo invitò a sbarazzarsene, per non correre ulteriori guai.

Tali elementi concorrono a suffragare la responsabilità del R. nell'omicidio nel senso che si preciserà appresso.

52 - Ed invero ad una prima analisi il sicuro coinvolgimento del T. nella codetenzione e gestione del materiale prelevato in casa del R., unitamente al ritrovamento del foglietto, manoscritto dallo stesso T.,

dovrebbe far pensare ad un diretto coinvolgimento di entrambi anche nell'omicidio.

Ma si è detto come la collocazione del foglietto strida con la responsabilità del M.

Per contro nessuno all'infuori del M. avrebbe avuto motivo di compiere l'omicidio.

Va anzi a questo punto chiarito, sulla scorta degli elementi a mano a mano esaminati, come a rigore debba in alternativa prospettarsi un movente riferibile non tanto al solo T., quanto alla coppia R. - T.: senonché, un tale movente non esiste, essendo impensabile che i due potessero isolatamente e all'improvviso ordire e poi eseguire un omicidio tanto efferato per una refurtiva tanto scarsa, costituita da un televisore, una macchina fotografica, delle chiavi, una carta di credito.

Nella refurtiva anzi non sarebbe potuta ricomprendersi neppure la vettura, lasciata parcheggiata una volta e per sempre dopo l'azione omicidiaria e poi non più ripresa da nessuno (è significativo infatti che la vettura fosse stata lasciata fra l'altro con un finestrino semiabbassato e con il vano porta oggetti rovistato).

Ed allora deve prospettarsi un'altra soluzione: deve cioè ritenersi che il foglietto fosse stato lasciato non la sera dell'omicidio ma quella successiva.

Conduce a tale conclusione la convergenza di due risultanze.

Innanzitutto T. ha riferito di aver visto tornare il R. con i borsoni contenenti la refurtiva la sera del sabato, cioè il 1° marzo.

In secondo luogo il teste (*omissis*) ha dichiarato di aver visto proprio la sera di sabato 1° marzo 2003 verso le 22,40 uscire dalla scala B di via dei Molini 8, mentre egli era diretto verso la scala C, due giovani, entrambi alti m. 1,65 o 1,70 (come il R. e il T.), che camminavano a testa bassa, uno dei quali trascinava una grossa e voluminosa valigia di quelle munite di rotelle (nella valigia invero doveva essere fra l'altro contenuto il televisore).

Egli seguì i due con lo sguardo per qualche secondo, finché i predetti si allontanarono, peraltro sempre a piedi.

Ora tale circostanza offre una decisiva chiave di interpretazione dell'accaduto.

La sera precedente era avvenuto l'omicidio, riferibile *in primis* al M.

D'altro canto il R. vi era coinvolto, avendo certamente dato manforte all'assassino.

Sta di fatto che, come più volte osservato, non furono rilevati segni di effrazione sulla porta, a testimonianza del fatto che potè entrare all'interno dell'appartamento del R.M. solo chi si era fatto aprire dalla vittima o chi disponeva delle chiavi.

Orbene, la sera successiva il R., questa volta d'intesa con il T., ebbe

l'idea di tornare sul luogo del delitto per approfittare della situazione e prelevare gli oggetti di interesse che erano rimasti all'interno: in fondo un televisore e una macchina fotografica potevano far sempre comodo.

Evidentemente l'ingresso fu reso possibile dal possesso delle chiavi, quelle chiavi che potevano essere state prelevate solo la sera precedente in occasione dell'omicidio, quando fu per il resto strumentalmente sottratta solo la vettura.

Ma quella sera con il M. non poteva esservi il T., bensì il R.

Questi ultimi dunque, senza farsi troppi scrupoli, nottetempo penetrarono nell'appartamento, che sapevano ormai incustodito, e con cautela, senza lasciar tracce, anche perché il sangue fuoriuscito dal collo del cadavere era stato circoscritto dal lenzuolo che cingeva il collo della vittima, caricarono quanto poterono in una valigia con le rotelle, per poi allontanarsi.

53 - Ma in tale circostanza ebbero la pensata più geniale, quella di lasciare il foglietto che incolpava implicitamente il M.: essi dovettero infatti opinare che in quel modo nessuno avrebbe mai potuto sospettare di loro, essendo per parte sua il M. ormai pronto a ripartire e a rifugiarsi all'estero.

E che questo piano avesse coinvolto anche il R. è dimostrato dalla scritta che compare sul retro della fotografia del M.

Tale scritta costituisce infatti un abbozzo della medesima frase che compare nel foglietto "MIAIE DATOF": essa infatti nel surreale linguaggio di una persona all'epoca poco avvezza all'uso dell'italiano equivale a "Mi hai dato f." nel senso di "fuori di via" (*rectius*: foglio di via).

Evidentemente dopo quel tentativo, essendo risultato insufficiente lo spazio a disposizione, fu deciso di scrivere la frase su un foglietto.

Ma la scritta che compare sul retro della fotografia è inequivocamente attribuibile al R.

A tal fine vanno valorizzate le osservazioni contenute nella memoria prodotta prima dell'ultima udienza dal P.M., che contiene le valutazioni espresse in merito dall'ispettore Fabio Micheli sulla scorta della scrittura di comparazione rilasciata dal R. in data 10 marzo 2003.

La Corte, acquisita in originale la scrittura di comparazione, è in effetti in grado di apprezzare una moltitudine di elementi coincidenti, così significativi da risultare individualizzanti.

Si pensi a questo riguardo alla straordinaria identità della M, costituita al centro da due lineette che compongono una figura aguzza con vertice posto in basso alla base delle stanghette verticali; si pensi ancora alla incredibile coincidenza delle A, tutte recanti stanghetta centrale lievemente obliqua verso il basso; ed ancora e soprattutto alla eloquente identità delle T, le quali hanno pressoché tutte la stanghetta trasversale che taglia quella perpendicolare, per lo più con andamento curvilineo.

Ma non può neppure sottacersi l'identità delle D e la circostanza che

le I rechino il puntino in forma di lineetta , per lo più rivolto lievemente verso sinistra.

In buona sostanza si tratta di un caso in cui rispetto alla scrittura dell'epoca del R. può dirsi accertata un'assoluta identità dei tratti tipici.

54 - Ma il coinvolgimento del predetto in tale fase, peraltro attestato anche dal possesso delle chiavi, della macchina fotografica e del ciondolo, non vale ad escludere quello nell'omicidio.

Anzi il fatto che la sottrazione degli oggetti fosse avvenuta la sera successiva vale da un lato a corroborare il movente del più grave delitto e dall'altro a lumeggiare la compresenza e la corresponsabilità di chi poi fu in grado, disponendo delle chiavi, prelevate la sera precedente, di ritornare di nuovo nell'appartamento, sapendo oltre tutto di non trovare ostacoli.

E si è detto come a possedere le chiavi potesse essere solo il R., attesi i rapporti tra il M. e il T. e considerati tutti gli altri riscontri.

E' del resto assai significativo che alla resa dei conti non il T. ma lo stesso R. alle prime avvisaglie di pericolo avesse pensato bene di allontanarsi dapprima da Foligno, riparando a Telese, e poi perfino dall'Italia, fuggendo in Albania, benché colà fosse ricercato addirittura per una condanna a sei anni di reclusione inflittagli per tentato omicidio.

Ed è a questo punto parimenti significativo il fatto che il T., pur volendo addossare ogni responsabilità al R., avesse riferito l'episodio da lui narrato non alla sera dell'omicidio, come fatto invece - e non a caso - dal R., bensì a quella del sabato, la sola in ordine alla quale poteva effettivamente interloquire, circostanza che dà la misura di ciò che egli sapeva e del suo esatto coinvolgimento nella vicenda.

Correlativamente finisce per assumere un valore preciso anche la frase pronunciata dal R. nel colloquio con il padre R. E., allorché egli precisò che il T. non avrebbe parlato, "perché c'è dentro anche lui": è invero agevole rilevare che "esserci dentro" implica in qualche guisa un coinvolgimento pericoloso, ma non necessariamente nell'intero sviluppo della vicenda, e dunque esprime una sfumatura di un coinvolgimento ridotto, compatibile con la partecipazione del predetto, magari sollecitata dallo stesso R., alla fase del prelevamento di oggetti nella serata del primo marzo.

Semmai stupisce che il R., amico del M., ben più del T., e suo diretto complice, potesse aver finito per organizzare la messa in scena della falsa firma del delitto.

A dir la verità la scritta, espressione di clamorosa ingenuità, postulava che le forze dell'ordine potessero effettivamente supporre che il M., in apparenza partito dall'Italia, avesse commesso l'omicidio.

Ciò significa che chi scrisse quelle frasi doveva sapere invece - e il T. non poteva saperlo - che il M. era rimasto a Foligno ed aveva commesso

l'omicidio, tanto da giungere a trasporre la propria interiore consapevolezza in quel tipo di rivendicazione.

A questo riguardo non rileva che ad aver l'idea fosse stato il R. ovvero il T. dopo aver appreso dal R. come erano andate realmente le cose.

Può comunque opinarsi in proposito che il R. in quella fase ritenesse il M. comunque al riparo e che intendesse in ogni caso approfittare della situazione venutasi a creare, nel contempo stornando da sé (*rectius*: pensando scioccamente di stornare da sé) ogni sospetto.

La posizione di D.

55 - A margine resta la posizione di D.

Costei era la fidanzata di M. ed era in attesa di un figlio da lui.

Ella risultava con il M. nel foglio di imbarco della nave partita per l'Albania il 10-2-2003.

Ma si è visto come alla resa dei conti anche la D. fosse tornata a Foligno, tanto da rimanervi fino al 3 marzo, quando fu vista per l'ultima volta alla stazione da D. S. M.

In seguito ella si sarebbe recata in Kosovo, unitamente al M., da dove sarebbe tornata nel mese di luglio in vista del parto ormai imminente.

Per il resto va senz'altro rilevato che la ragazza visse per parecchio tempo nell'appartamento di via dei Molini e fu in pratica la causa del grave stato di tensione che venne a crearsi tra il M. e il R.M., il quale per lunghi mesi aveva provveduto a mantenere la coppia.

Ha riferito il teste Montenovo che dopo la convocazione del M. presso il Commissariato entrambi i giovani fecero immediatamente riferimento al R., reputandolo responsabile della delazione che aveva condotto all'espulsione del M.

Nella circostanza il M. mostrò di volerla far pagare al R.M. ed anche la ragazza si mostrò contrariata.

Deve poi ritenersi provato che la sera stessa o una sera prossima a tale episodio il M., come sempre accompagnato dalla D., incontrò il R.M. alla stazione, dove ebbe con lui un aspro confronto.

56 - Ma tutto ciò premesso, la prova della corresponsabilità della D. nell'omicidio deve ritenersi insufficiente.

Sul piano dei riscontri va rimarcato solamente che all'interno dell'abitazione al momento del sopralluogo successivo alla scoperta del cadavere fu rinvenuta all'interno del water una spazzola dalla quale furono prelevate formazioni pilifere.

Una di esse, in base all'analisi del DNA, risultò essere appartenuta proprio alla D.

Ma il dato, essendosi la ragazza trattenuta nell'abitazione per molti mesi e perfino nella settimana che precedette l'imbarco (almeno apparente) del 10 febbraio, s'appalesa privo di decisività, ben potendosi ipotizzare, in assenza di elementi univoci di diverso segno, che quella for-

mazione pilifera fosse rimasta sulla spazzola da parecchio tempo (dalle risposte fornite al dibattimento dalla dott.ssa Alessandra Caglià emerge che è impossibile la datazione del capello dal quale fu estratto il profilo del DNA della D.).

Per il resto è d'uopo osservare che nessun teste oculare ha dichiarato di aver visto una donna nei pressi dell'abitazione del R.M. la sera del 28 febbraio ed inoltre che la dinamica dell'omicidio, per la forza che quel tipo di azione richiedeva, induce ad imputare quest'ultima ad un uomo, anzi a più uomini, comunque non ad una ragazza minuta ed esile qual è la D.

57 - Potrebbe per vero ipotizzarsi che la predetta fosse stata comunque presente, così da rafforzare l'altrui proposito criminoso.

Ma in questo caso la prova risulta carente.

D'altro canto il movente non era primariamente correlabile al fatto che il R.M. avesse cacciato la coppia dalla propria abitazione quanto, stando alla successione cronologica dei fatti, alla denuncia sporta contro il M., che aveva provocato l'espulsione: ordunque esso era sicuramente riferibile al M., sia perché il R.M. aveva alla resa dei conti cercato di sbarazzarsi del ragazzo, sia perché solo il M., per il suo temperamento, avrebbe potuto vedere in quell'iniziativa del R.M. un affronto da lavare con il sangue.

A fronte di ciò non consta che la D. avesse mai incoraggiato il M. nel suo proposito di vendicarsi del R.M., determinando o rafforzando in lui il proposito di agire.

In tale ottica non può dirsi decisivo il fatto che la ragazza avesse comunque seguito il M. nelle sue peregrinazioni, nuovamente accompagnandolo a Foligno e poi fuggendo con lui.

È sufficiente al riguardo osservare che la D. potrebbe aver fatto tutto questo solo per restare con il M., padre del nascituro, senza che possa farsene derivare una condivisione del progetto del M.

E si badi, non sarebbe sufficiente neppure che la D. sapesse quali erano le intenzioni del ragazzo, giacché ciò potrebbe configurare al più una mera connivenza, di per sé non punibile, e non anche un contributo - eziologicamente e penalmente rilevante - arrecato alla causazione dell'omicidio, contributo implicante un'attività preparatoria o esecutiva a lei non attribuibile o almeno un concreto e tangibile rafforzamento della volontà del M., valutabile *ex post* (come richiesto da Cass., Sez. Un. 12-7-2005, Mannino), alla resa dei conti non apprezzabile sulla base dei dati disponibili.

Milita nella stessa direzione la circostanza che il M. - in ragione del suo più volte lumeggiato temperamento - non era solito farsi condizionare dalla volontà della D. ma amava prendere le sue decisioni da solo.

Pertanto se per un verso la presenza della D. in Foligno in epoca coeva alla perpetrazione dell'omicidio costituisce elemento fortemente

indiziante in ordine ad un suo concorso nell'omicidio, addebitabile primariamente al suo fidanzato, per l'altro non può dirsi che tali indizi assurgano a dignità di prova, poiché non è dato evincere dal compendio probatorio una concreta manifestazione di volontà della D. mirante alla vendetta e poiché non può desumersi da quella presenza in Foligno che ella avesse certamente spinto o contribuito a spingere il M. a perpetrare l'omicidio, magari agevolandone in qualche guisa il compito o predisponendone la fuga.

Alla resa dei conti, posto che in assenza di elementi inequivocamente conducenti non può affermarsi che la D. fosse stata presente sulla scena del delitto, neppure può con certezza dirsi che ella avesse immediatamente o in prosieguo di tempo saputo dell'omicidio, risultando solo che il 3 marzo ella si allontanò definitivamente con il M.

58 - E neppure è emerso che proprio la D. avesse organizzato una fuga comune, incentrata su una sosta di entrambi presso l'abitazione dei genitori.

Anche a voler valorizzare lo spunto desumibile da quanto nell'immediatezza riferito dalla madre di lei, G. I., ai funzionari della Squadra Mobile di Foggia recatisi *in loco*, fingendosi amici della ragazza, cioè l'essere costei partita il giorno precedente, dovrebbe pur sempre convenirsi che nulla induce ad opinare che anche il M. avesse percorso il medesimo itinerario.

Ed allora non resta che prendere atto dell'insufficienza della prova e trarne le debite conseguenze.

Per inciso va detto che, contrariamente a quanto opinato dal P.M. in sede di conclusioni, non può prospettarsi a carico della D. neppure il delitto di favoreggiamento.

Innanzitutto occorrerebbe una condotta successiva al fatto, idonea ad aiutare il M. a sottrarsi alle ricerche, e in secondo luogo una contestazione che, sia pur implicitamente, fosse riferibile altresì ad una condotta siffatta.

Nella specie esulano tuttavia entrambi i presupposti, in quanto nulla è desumibile dalla contestazione e comunque nulla è dato sapere in ordine alla condotta tenuta dalla D. e dal M. dopo l'omicidio, essendo noto solamente che insieme essi si allontanarono da Foligno per ignota destinazione e si ritrovarono di lì a poco in Kosovo.

In ciò non può ravvisarsi una condotta della D. volta ad aiutare il M. a sottrarsi alle ricerche, in quanto non consta che la presenza della D. avesse concretamente influito sul buon esito della fuga.

L'imputata va dunque assolta per non aver commesso il fatto.

Le conseguenze sanzionatorie e risarcitorie

59 - Riassumendo, deve riconoscersi la penale responsabilità di M.

in ordine all'omicidio *sub A*) ed al furto *sub B*), limitatamente alle chiavi della vettura e alla vettura medesima, e di R. con riguardo all'omicidio *sub A*), al furto delle chiavi e della vettura, commesso in data 28-2-2003 ed al furto del resto, commesso in data 1°-3-2003.

Il M. va invece assolto dal furto del giorno 1° marzo 2003 per non aver commesso il fatto ed altrettanto la D. da tutti i reati ascrittibile.

L'omicidio deve ritenersi innanzi tutto aggravato dalla premeditazione.

In rapporto all'individuato movente è agevole ravvisare sia l'elemento psicologico che quello cronologico, che valgono a connotare tale circostanza.

Infatti il M. concepì *ab origine* una reazione e tale reazione non poteva che concretizzare quella volontà di sgozzare il R.M. che già in precedenza era stata espressa.

Pertanto nel giovane albanese si consolidò subito dopo l'espulsione l'intendimento di sopprimere il R.M., che gli aveva arrecato quell'insopportabile affronto, e correlativamente si fece strada la concreta progettazione del delitto, da attuarsi al momento giusto, in condizioni di sicurezza, quando il R.M. meno se lo sarebbe potuto aspettare, a distanza di qualche tempo dall'apparente partenza.

Di qui la permanenza o il ritorno a Foligno, assistita da coloro sui quali il M. sapeva di poter contare, *in primis* il D. e il R.

Deve in definitiva ritenersi che il proposito criminoso persistette e si rafforzò nel tempo e che d'altro canto esso era già sorto alcuni giorni prima della sua materiale attuazione.

Ciò vale non solo per il M. ma anche per il suo o piuttosto per i suoi complici, dovendosi con ogni probabilità ascrivere l'attuazione del progetto a più di due persone, non solo consapevoli della volontà che animava il M. ma direttamente partecipi del suo disegno, così come *ab origine* delineato.

E d'altro canto tutto ciò trova riscontro nelle modalità del delitto che rivelano non tanto uno scoppio improvviso di volontà omicida quanto invece lo sfogo di un rancore covato, reso palese da quei colpi ripetuti e devastanti portati con più coltelli contro chi, aggredito in casa propria, non aveva via di scampo.

60 - Sussiste peraltro anche l'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 cp.

E' noto che a tal fine occorre una condotta che non si risolva nella mera attuazione della condotta omicida, ma esprima una precisa volontà di infliggere sofferenze aggiuntive (Cass., Sez. I, 6-7-2006, Cosman) ovvero manifesti la mancanza di ogni sentimento di compassione e di pietà (Cass., Sez. I, 29-5-1995, Fagnano).

D'altro canto non occorre che la vittima debba essere in grado di avvertire quel contenuto aggiuntivo di sofferenza (Cass. I, 23-2-2006,

Diaz Rodriguez Mercedes), essendo sufficiente che il *quid pluris* risulti oggettivamente in relazione alle modalità usate, riconducibili ad un peculiare profilo personologico di malvagità e di insensibilità (Cass., Sez. I, 6-10-2000, Khalid; Cass., Sez. I, 10-2-1997, Scorza, segnala che la circostanza è imperniata sulla considerazione del comportamento dell'autore dell'illecito e sulla conseguente maggiore riprovevolezza di un *modus agendi* connotato da particolare insensibilità, spietatezza ed efferatezza).

Orbene, nel caso di specie furono inferti dal M. e dai suoi complici colpi non solo selvaggiamente ripetuti, ma anche sfiguranti e comunque di gran lunga eccedenti per forza e sede prescelta la necessità di realizzazione del fine perseguito, tanto che le fotografie ritraenti il cadavere lasciano una sensazione di orrido raccapriccio.

Quei colpi erano giustificati solo dalla volontà di infierire su un corpo inerme, in modo che col sangue fosse lavato l'affronto recato.

Ciò val quanto dire che l'azione fu accompagnata da crudeli sevizie, cioè da inutili e gratuite ferite, espressive di un'ansia di rivalsa, trasformatasi in smodata reazione, e di mancanza di sentimenti di umanità, a prescindere dal fatto che la morte fosse poi sopraggiunta nel volgere di pochi ma comunque strazianti minuti.

61 - Quanto al delitto di furto, certamente compiuto in abitazione ad omicidio avvenuto e dunque qualificabile come violazione dell'art. 624 *bis* cp, deve escludersi l'aggravante di cui all'art. 625 n. 5 cp in relazione all'episodio del 1°-3-2003, coinvolgente i soli R. e T.

62 - L'omicidio e il furto delle chiavi e della macchina possono essere unificati sotto il vincolo della continuazione, stante la medesimezza del disegno criminoso.

Non altrettanto può dirsi per l'ulteriore furto del giorno dopo, in realtà riveniente da un'autonoma e sopravvenuta volizione.

63 - Sia al M. che al R. possono concedersi le attenuanti generiche.

In questo caso deve valorizzarsi innanzi tutto la giovanissima età di entrambi gli imputati, i quali, pur a fronte dell'enorme gravità del reato commesso, non possono dirsi ormai definitivamente insensibili ai valori del vivere civile e incapaci di esercitare in prosieguo di tempo una critica sulla condotta anteatta.

In secondo luogo va considerato che i predetti e soprattutto il M. provenivano da situazioni ambientali assai difficili, che li avevano portati a contatto con la sub-cultura della violenza e con la drammatica realtà della guerra, tanto da costringerli a cercare nuove occasioni in una terra straniera.

Essi in pratica avevano fatto l'abitudine a vivere di espedienti e tutto ciò li aveva induriti.

In un'ottica retributiva si impone dunque un temperamento della pena.

Ed è pur vero che il R. era ricercato in Albania per una condanna colà inflittagli da minorenni, ma è anche vero che la Corte d'Appello di Perugia, investita di specifica richiesta delle autorità albanesi, aveva reputato quella sentenza contrastante con le garanzie che devono in modo irrinunciabile riconoscersi ad imputati minorenni, giudicandola insuscettibile di esecuzione.

Le attenuanti generiche per quanto rilevato possono considerarsi non più che equivalenti alle aggravanti contestate.

64 - Valutati dunque i canoni di cui all'art. 133 cp e considerata comunque più grave la posizione e la condotta del M., promotore e principale artefice del piano delittuoso, stimasi equo irrogare: a M. la pena di anni ventitré e mesi sei di reclusione (p.b. per l'omicidio anni ventitré aumentata *ut supra ex art. 81 cp*); a R. la pena di anni ventuno e mesi sei di reclusione per il reato continuato (p.b. anni ventuno per l'omicidio, aumentata *ut supra ex art. 81 cp*), nonché quella di anni uno di reclusione ed euro 309,00 di multa per il restante furto (p.b. anni uno e mesi quattro ed euro 400,00 di multa, ridotta per le generiche, *in parte qua* non elise da aggravanti), per un totale di anni ventidue e mesi sei di reclusione ed euro 309,00 di multa.

Seguono la condanna solidale al pagamento delle spese processuali e, quanto al R., di custodia cautelare, nonché le pene accessorie riportate in dispositivo.

Entrambi gli imputati vanno inoltre espulsi dal territorio dello Stato a pena espiata, in quanto all'evidenza sussiste il requisito della pericolosità, manifestata dai predetti sia concependo e attuando quel tipo di piano delittuoso sia mostrandosi legati ad un deterioro stile di vita (il M. è giunto spudoratamente a negare la morte del R., mentre il R. all'estero era alla ricerca di una pistola) sia infine non riuscendo ancora a esprimere segni tangibili di ravvedimento.

65 - Il M. e il R. vanno infine condannati a risarcire alle costituite parti civili i danni loro cagionati.

La compiuta liquidazione va rimessa alla separata sede civile.

Peraltro fin d'ora deve tenersi conto del danno non patrimoniale, primariamente inteso come danno morale soggettivo, che va altresì rapportato alla lesione del vincolo familiare e parentale in misura corrispondente all'intensità di esso.

Ed invero il R., pur separato dalla moglie solo di fatto, era ormai lontano dall'originario nucleo familiare, ma ciò non significa che non residuasse un vincolo e che non fossero avvertibili dalle odierne parti civili in termini di sofferenza psichica e di privazione affettiva le conseguenze di un così traumatico evento (*Omissis*).

66 - All'assoluzione della D. segue la declaratoria di inefficacia della misura degli obblighi ancora su di lei gravante.

Va inoltre disposta ai sensi dell'art. 304/1° co. lett. c) cpp nei confronti del R. la sospensione del termine di custodia cautelare durante la pendenza del termine di cui all'art. 544/3° co. cpp, determinato in giorni 90 (*Omissis*).

(1) Brevi note in tema di premeditazione e di concedibilità delle attenuanti generiche.

§. 1. La sentenza in epigrafe, che merita particolare segnalazione all'interno del panorama giurisprudenziale intervenuto nella materia *de qua*, mette in risalto l'"originalità" del sistema sanzionatorio italiano. Tale pronuncia si contraddistingue in quanto i giudici della Corte d'Assise umbra, dopo un processo per omicidio premeditato a carico di tre persone durato più di due anni, con una istruttoria dibattimentale particolarmente dettagliata ed articolata, a fronte di una richiesta di condanna da parte del Pubblico Ministero alla pena dell'ergastolo per alcuni degli imputati ritenuti maggiormente responsabili del delitto di omicidio, ritenendo di poter riconoscere, al contempo, l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche e considerando queste ultime, altresì, equivalenti alle aggravanti contestate, ha condannato due dei prevenuti, uno dei quali individuato promotore e principale artefice del piano delittuoso, rispettivamente alla pena di anni ventitré e mesi sei di reclusione ed anni ventuno e mesi sei di reclusione.

§. 2. Da tale pronuncia, ed in particolare dalla lettura della ricostruzione fattuale effettuata dalla Corte, scaturisce inevitabilmente qualche sia pur breve osservazione. *In primis* in ordine alla nozione di premeditazione e, più precisamente, agli elementi atti ad individuare l'esistenza dell'aggravante medesima e, successivamente, in tema di concedibilità delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p. in siffatta grave ipotesi di reato.

Al fine di contestare l'aggravante della premeditazione, è necessario ravvisare il concorso dell'elemento cronologico ed ideologico⁽¹⁾, entrambi non palesemente evidenti nel caso in esame.

Il codice penale vigente, all'art. 577 comma 1 n. 3, prevede per i soli delitti c.d. di sangue – omicidio e lesioni volontarie – l'aggravante della premeditazione ma non fornisce di essa alcuna definizione.

La sua nozione resta, pertanto, affidata alla dottrina e alla giurisprudenza che vantano al riguardo una lunga tradizione, dato che anche il codice penale previgente (Zanardelli), la mantenne, senza definirla, "oltre che

⁽¹⁾ Ass. Genova, 17 gennaio 1997, Giancaspro, in *Il Nuovo dir.*, 1998, fasc. 11, 979 ss, in cui in particolare si è sottolineato che la premeditazione può essere dimostrata solo sulla base della precisa ricostruzione delle modalità di consumazione del delitto.

per la difficoltà di una definizione precisa, anche per le divergenze dottrinali intorno al fondamento della qualifica”⁽²⁾.

La nozione giuridica di premeditazione è tuttora controversa in dottrina, quanto a *ratio* e ad elementi costitutivi⁽³⁾.

La pluralità delle opinioni espresse dalla dottrina⁽⁴⁾, anche se riferite

⁽²⁾ MAJNO, *Sub Art. 366*, in *Commento al codice penale italiano*, pt. II, Torino, 1911, 306 ss. Già nella relazione ministeriale del 1887 così si leggeva: “Si rende necessaria un’analisi più completa della circostanza della premeditazione, per poter bene caratterizzare quella figura di delinquente che, anche in linguaggio volgare, si chiama assassino – il quale nella strage del suo simile, dimostra quel triste cinismo, quella spietata risoluzione, quell’animo sorso ai più elementari segni di socievolezza, donde emerge la ragione di qualificare l’omicidio che ha l’impronta speciale della premeditazione”. La dottrina del tempo, dopo la nota definizione risalente al Carmignani, “*occidenti propositum, frigidum pacatoque animo susceptum, moram abens atque occasionem quaerens ut crimine veluti exoptatum finem perficiat*”, aveva elaborato in proposito i seguenti criteri: psicologico, ossia dello stato d’animo, donde la freddezza; cronologico, ossia dell’intervallo di tempo fra la determinazione e l’azione; ideologico, ossia della riflessione; ai quali si era poi aggiunto o contrapposto quello secondo il quale la gravità del reato avrebbe dovuto discendere dall’indole morale dei motivi impellenti.

⁽³⁾ Per una rassegna delle varie teorie elaborate in ordine alla struttura ed alla *ratio* della premeditazione, si vedano: DI NOTO, *Forme e intensità del dolo, dal dolo intenzionale alla premeditazione*, in *Giust. pen.*, II, 2000, 526 ss; PATALANO, voce *Premeditazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 1023 ss; MUSCOLO, *L’omicidio volontario*, Genova, 1967, *passim*; PANNAIN, voce *Omicidio*, in *N.mo dig. it.*, Utet, 1965; CONTIERI, *La premeditazione*, Napoli, 1952; ANGIONI, *La Premeditazione*, Napoli, 1933; ALIMENA, *La premeditazione*, Torino, 1887.

⁽⁴⁾ Il ventaglio di opinioni risulta così articolato: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. sp., Milano, 2001, 48: secondo l’A. essa consta di due elementi: lasso di tempo tra risoluzione criminale e sua attuazione; accurata preparazione del delitto, preparazione che spesso viene indicata con il nome di macchinazione. MANTOVANI, *Diritto Penale*, pt. gen., 2001, 340 ss., per il quale occorre, invece: un intervallo di tempo tra l’insorgere e l’esecuzione del proposito criminoso, tale da consentire una ponderata riflessione; un consolidamento di tale proposito mediante maturata riflessione; una persistenza, tenace ed ininterrotta, del medesimo. PATALANO, *Premeditazione*, cit., 1028: l’A. ne individua l’essenza nella “riflessione”, vale a dire nella più intensa volizione diretta alla realizzazione dell’evento, nella risoluzione criminosa che viene ponderata dall’agente, in quell’atteggiamento psicologico che è caratterizzato dal permanere della decisione di uccidere, mantenuta ferma e costante nella coscienza omicida. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1964, 45: la premeditazione è la macchinazione del delitto in quanto “è un’attività psichica complessa, per la quale il proposito di commettere il delitto, segue un coordinamento di idee e una scelta dei mezzi, che dà luogo ad un progetto di esecuzione”. PANNAIN, voce *Omicidio*, cit., 860: secondo l’A. essa consta di due elementi: uno cronologico (apprezzabile intervallo di tempo tra il sorgere del proposito criminoso e l’attuazione di esso), l’altro ideologico (persistenza della risoluzione criminosa, ferma ed irrevocabile). CONTIERI, *La Premeditazione*, cit., 102, ed in senso sostanzialmente conforme MARINI, voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1984, 511 ss.

all'aspetto sostanziale della "premeditazione", risentono in parte delle difficoltà di ordine processuale, circa la prova della sua esistenza, come sembra potersi arguire dal rilievo attribuito ad elementi quali la macchinazione, preordinazione dei mezzi e delle modalità, studio del piano aggressivo, i quali attengono più alla prova che all'essenza della premeditazione.

La giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che la circostanza aggravante della premeditazione postula il concorso di due elementi entrambi necessari: uno psicologico, consistente nel perdurare nell'animo del soggetto di una decisione criminosa ferma ed irrevocabile, chiusa ad ogni motivo di resipiscenza; un *quid pluris* cioè che si aggiunge alla normale riflessione, sì da rilevare una maggiore intensità del dolo, indice di una più elevata tendenza criminale e capacità a delinquere, che è la ragione fondamentale dell'aggravamento della pena⁽⁵⁾. L'altro di ordine cronologico, costituito da un apprezzabile intervallo di tempo tra l'insorgenza e la risoluzione, vale a dire l'attuazione del proposito criminoso, sufficiente a fare riflettere sulla decisione presa ed a consentire il recesso dal proposito criminoso, per il prevalere dei motivi inibitori su quelli a delinquere⁽⁶⁾.

Superata, infatti, la concezione classica in forza della quale occorre che l'agente avesse agito "*frigidò pacatoque animò*", ignorandosi, così, un dato di comune esperienza secondo cui ogni delitto implica impegno e concitazione, l'orientamento attuale richiede un lasso di tempo tra l'ideazione e l'attuazione del reato. Se è vero, infatti, che il decorso del tempo si risolve in un dato oggettivo scarsamente significativo per la valutazione soggettiva dell'illecito, è altrettanto vero che tale dato deve essere accompagnato dalla congrua preparazione delle modalità e dei mezzi del piano criminoso. La premeditazione deve concretarsi, pertanto, in una persistenza tenace del proposito criminoso di guisa che il distacco temporale ne costituisca una espressione univoca⁽⁷⁾.

Quest'ultima dottrina ritiene, invece, che essa consta del solo elemento cronologico, vale a dire la decisione deve essere rimasta costante per un periodo di tempo sufficiente a mostrare una così notevole pluralità e permanenza di atteggiamenti psichici contrari al dovere, di stati psichici di disobbedienza al precetto penale, da giustificare un giudizio di maggiore riprovazione.

⁽⁵⁾ Cass., sez. I, 20 maggio 1966, Barca, in *CED Cass.*, rv. 102549.

⁽⁶⁾ Cass., sez. I, 3 ottobre 1997, Ogliari, in *CED Cass.*, rv. 208471; Cass., sez. I, 15 marzo 1993, Ardito, *ivi*, rv. 194556; Cass., sez. I, 1 febbraio 1989, Belsito, in *Cass. pen.*, 1990, 546; Cass., sez. I, 6 aprile 1987, Roccaforte, in *Riv. pen.*, 1988, 148.

⁽⁷⁾ Con riferimento all'elemento cronologico, si è precisato che non può stabilirsi un limite temporale minimo in via astratta, ma è necessario accertare in concreto se il tempo intercorso tra l'insorgenza e l'attuazione della volontà criminosa sia stato sufficiente per riflettere sull'azione decisa e per poter eventualmente consentire una contropinta al delitto. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 1 giugno 1992, Melazzani, in *CED Cass.*, rv. 190013; Cass., sez. I, 24 marzo 1986, Forino, in *Riv. pen.*, 1987, 276; Cass., sez. I, 18 aprile 1983, Giovannoni, *ivi*, 1984, 85; Cass., sez. I, 9 marzo 1982, Bonello, in *Giust. pen.*, 1983, II, 160.

Consistendo pur sempre in un fatto interiore, e pertanto di non facile accertamento, la premeditazione deve essere desunta da fatti estrinseci, quali la causale del fatto, la predisposizione dei mezzi per l'attuazione del piano, la ricerca dell'occasione propizia, le modalità di esecuzione del delitto, elementi non tutti individuati dalla Corte. Da tale assunto deriva, dunque, che la premeditazione deve essere desunta da fatti anteriori al delitto, dotati di sicuro valore sintomatico. Quanto alle modalità dell'azione criminosa, nel caso di specie, dalle perizie medico-legali è emerso, infatti, che *“dal tipo di ferite non è desumibile né l'altezza del feritore né la sua propensione destra o mancina e neppure se le ferite furono inferte da davanti o dalle spalle della vittima, potendosi solo ipotizzare che si trattò di colpi portati quando la vittima era in piedi e che i feritori furono più di uno”*. A dire dei consulenti, inoltre, *“le lesioni furono arrecate senz'altro con armi da taglio o da punta e taglio ed anche un bisturi avrebbe potuto cagionare talune delle ferite riscontrate”*.

In ordine all'accertamento dei fatti estrinseci necessari per dimostrare l'aggravante contestata, non è emerso, però, che sia stato l'imputato ad impossessarsi di tali armi e cercare al contempo il momento più opportuno per realizzare il presunto proposito criminoso.

È singolare, infatti, che gli stessi consulenti riescano solo ad *“ipotizzare”* le modalità di esecuzione dell'efferato delitto! Ed inoltre, essendo emersi nel corso delle udienze dibattimentali prevalentemente, *rectius* esclusivamente, meri indizi di colpevolezza a carico degli imputati, sono state tutt'altro che arbitrarie le perplessità sollevate dalla difesa in ordine alla causale del fatto, cioè alla reale motivazione che avrebbe spinti l'agente a commettere l'efferato delitto.

A tal riguardo, possono i giudici di una Corte d'Assise, chiamati a giudicare *in primis* secondo diritto ma anche secondo un corretto e sano spirito di coscienza popolare, condannare un soggetto sulla base di una ricostruzione dei fatti assolutamente inidonea a suffragare una pronuncia di così rilevante gravità?

Non appare, dunque, per nulla fuor di luogo tale perplessità, soprattutto in un caso come quello in esame che si snoda in un susseguirsi di *“ombre”*, più che di *“luci”*, che, in quanto tali, oscurano il complesso sfondo processuale.

Un interrogativo, questo, che nasce dall'intero compendio probatorio utilizzato per individuare i responsabili dell'efferato crimine.

Si legge, infatti, testualmente tra le numerose pagine in cui si svolge la ricostruzione fattuale della vicenda che *“si è trattato di un'azione di più persone, attuata mediante più coltelli, concretizzatasi in plurime, terrificanti ferite al collo della vittima, sopraffatta da ogni lato e capace solo di abbozzare un blando tentativo di difesa, prima di stramazze e morire dissanguata”*. *“Tale modalità di azione omicidiaria”*, proseguono i giudici, *“esprime determinazione e perversità, concertazione e premeditazione, e non può di certo essere il frutto di un'iniziativa estemporanea dell'ultim'ora,*

magari ispirata ad un mero intento di rapina”, per concludere, infine “che essa può essere concepita solo da chi coltivi una forte motivazione, dettata da profondo rancore e volontà di rivalsa”.

A fronte di tale ricostruzione, secondo i giudici di merito, solo uno degli imputati sarebbe stato effettivamente animato da sentimenti tali da spiegare tanta efferatezza, essendo stato allontanato, inizialmente, dall’abitazione della vittima, dove da tempo dimorava insieme alla fidanzata, e successivamente anche dal territorio dello Stato.

Questo il movente! Null’altro in ordine agli ulteriori elementi necessari a suffragare la prova di un grave capo di imputazione a carico di soggetti che tra l’altro hanno avuto anche l’“aggravante” di essere stranieri ed in quanto tali assorbiti dalla cultura della violenza, provenendo da una terra “calda” e manifestando, perciò, una maggiore attitudine criminosa.

Ma come si concilia tutto ciò con il rilievo che solo attraverso la certezza di ogni elemento del delitto (ideologico e cronologico) sia possibile stabilire la sussistenza del proposito criminoso nell’animo dell’agente? Com’è noto, infatti, l’uno o l’altro, singolarmente considerati, risultano irrilevanti!

La Corte, tuttavia, ha individuato il “movente”, in un presunto forte risentimento da parte di uno degli imputati, per un affronto che “*evidentemente doveva essere lavato con il sangue*”. A tal riguardo si legge, inoltre, che l’imputato che ha firmato il crimine “*era nutrito dalla sub-cultura della violenza, che doveva aver alimentato la sua adolescenza in una terra difficile*”, quale il Kosovo.

Sulla base di ciò è stata ritenuta sussistente la premeditazione, ed è stato sottolineato, comunque, che questa può essere dimostrata sulla base della ricostruzione delle modalità di consumazione del delitto ed indipendentemente dal fatto che venga individuato il motivo per cui il delitto stesso è stato commesso.

Forse nell’ambito di uno scenario diverso, non sarebbe stato azzardato ipotizzare piuttosto che la “premeditazione”, la sola “preordinazione”, che inerisce alle modalità di esecuzione del disegno criminoso e da sola non è indicativa di una intensa riflessione, ma sintomatica del solo “*animus necandi*”.

La Corte, infatti, è giunta all’individuazione ad alla qualificazione del dolo del soggetto agente proprio sulla base delle modalità esecutive del fatto.

§. 3. Il quadro così ridisegnato, presenta un’evidente singolarità: ad una mera ricostruzione di tre presunte verità – riconducibili alle dichiarazioni rese da altrettanti coimputati e conseguentemente alle modalità di esecuzione dell’azione omicidiaria – è collegata la pesante condanna inferta agli imputati.

Vieppiù: sulla base della medesima ricostruzione fattuale ad opera delle predette tre fonti probatorie, dichiarate tuttavia dai giudici stessi tra loro incompatibili, la Corte ha riconosciuto per due degli imputati la sussistenza delle circostanze attenuanti generiche, valorizzando la giovanissima età degli

stessi e l'ambiente di provenienza ⁽⁸⁾. Circostanza, quest'ultima, valutata precedentemente anche a carico del soggetto agente nel tentativo di ricostruire il movente del delitto e quindi l'indole violenta dell'imputato.

Il "peso" complessivo di tali circostanze, in un'ottica retributiva che impone un temperamento della pena, è stato considerato equivalente alle aggravanti – la premeditazione e l'aver agito con crudeltà – contestate agli imputati in relazione al grave delitto in questione.

In virtù di ciò, però, i limiti di riferimento ai fini della determinazione della pena per l'omicidio sarebbero dovuti essere quelli edittali previsti in via ordinaria dall'art. 575 c.p..

Alla luce di tali considerazioni, tuttavia, non può tacersi un'ultima perplessità: a fronte dell'intrinseca gravità della premeditazione, così come ricostruita nel caso di specie, e dell'aggravante di natura soggettiva di cui all'art. 61 n. 4 c.p.⁽⁹⁾, che va intesa come assenza nel comportamento dell'autore dell'illecito, di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell'uomo civile, rivelata dal *modus agendi* consistente in un *quid pluris* rispetto all'ordinaria produzione dell'evento⁽¹⁰⁾, tale da giustificare la maggiore

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 14 gennaio 1999, Catone, in *CED Cass.*, rv. 212804; Cass., sez. VI, 28 maggio 1999, Milenkovic, *ivi*, rv. 214200. I giudici di legittimità sostengono che "le attenuanti generiche non possono essere intese come oggetto di benevolenza e discrezionale concessione, ma come il riconoscimento di situazioni non contemplate specificamente, non comprese cioè tra le circostanze da valutare ai sensi dell'art. 133 c.p., che presentano tuttavia connotazioni tanto rilevanti e speciali da esigere una più incisiva, particolare, considerazione ai fini della quantificazione della pena.

⁽⁹⁾ A tal riguardo, cfr. Cass., sez. I, 6 luglio 2006, Cosman, in *CED Cass.*, rv. 234785: "La circostanza aggravante di aver adoperato sevizie o di aver agito con crudeltà verso la persona ricorre quando le modalità della condotta esecutiva di un delitto rendono evidente la volontà di infliggere alla vittima un patimento ulteriore rispetto al mezzo che sarebbe nel caso concreto sufficiente ad eseguire il reato, rivelando in tal modo, per la loro superfluità rispetto al processo causale, una particolare malvagità del soggetto agente"; Cass., sez. I, 29 maggio 1995, Fagnano, in *Giust. pen.*, 1996, fasc. IV, pt. II, 195: "Per la configurabilità della circostanza aggravante prevista dallo art. 61 n. 4 cod. pen. (l'aver adoperato sevizie e l'aver agito con crudeltà verso le persone), è necessario che emerga l'aspetto morale della crudeltà. Essa infatti ricorre non solo quando le modalità dell'azione manifestino la volontà di infliggere speciali tormenti o sofferenze alla vittima per il solo piacere di vederla soffrire - il che caratterizza concretamente le sevizie - ma anche quando si dimostri assenza completa di ogni sentimento di compassione e di pietà che sono propri dell'uomo civile"; Cass., sez. I, 16 novembre 1998, Hass, in *Foro it.*, 1999, II, 273.

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. I, 23 febbraio 2006, Diaz Rodriguez Mercedes, in *CED Cass.*, rv. 234086: "Sussiste l'aggravante dell'aver agito con crudeltà e sevizie nella condotta di chi inferisce lungamente e rabbiosamente sulla vittima fino a massacrarla, con una condotta che eccede i limiti della normalità causale, essendo irrilevante che la vittima abbia potuto o meno percepire l'afflittività di tutti gli atti di crudeltà"; Cass., sez. I, 6 ottobre 2000, Khalid, in *Cass. pen.* 2001, 2689: "La circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 4 cod. pen. ricorre allorquando vengano inflitte alla

riprovevolezza sotto il profilo dell'intensità del dolo, sembrano tutt'altro che condivisibili le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di prime cure, soprattutto in ordine al riconoscimento contestuale delle circostanze di cui all'art. 62 *bis* c.p. ⁽¹¹⁾.

Per la giurisprudenza e buona parte della dottrina, i criteri di massima cui il giudice deve attenersi sono quelli indicati dall'art. 133 c.p. che detta appunto le regole generali per l'uso del suo potere discrezionale nella determinazione concreta della pena, avuto riguardo alla gravità del reato ma anche alla capacità a delinquere.

In tale contesto, l'art. 62 *bis* c.p. si colloca come un vasto strumento con cui il giudice può ulteriormente adeguare la pena al caso concreto, anche con particolare riguardo alla personalità del soggetto ⁽¹²⁾.

vittima sofferenze che esulano dal normale processo di causazione dell'evento, nel senso che occorre un "quid pluris" rispetto all'esplicazione ordinaria dell'attività necessaria per la consumazione del reato, poiché proprio la gratuità dei patimenti cagionati rende particolarmente riprovevole la condotta del reo, rivelandone l'indole malvagia e l'insensibilità a ogni richiamo umanitario". (Nella specie, relativa a un omicidio commesso in un impeto di gelosia, è stato escluso che si potesse ravvisare tale aggravante nella mera reiterazione di colpi di coltello inferti alla vittima, atteso che tale reiterazione, essendo connessa alla natura del mezzo usato per conseguire l'effetto delittuoso, non eccede i limiti della normalità causale e non trasmoda in una manifestazione di efferatezza, specie in considerazione del movente delittuoso); Cass., sez. I, 10 febbraio 1997, Scorza, in *Cass. pen.*, 1998, 804. La Corte segnala che la circostanza è imperniata sulla considerazione del comportamento dell'autore dell'illecito e sulla conseguente maggiore riprovevolezza di un *modus agendi* connotato da particolare insensibilità, spietatezza ed efferatezza.

⁽¹¹⁾ Sul tema delle circostanze si vedano in generale: MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 66 ss.; MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. (Treccani)*, 1993; RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana - Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.*, 1981, 607 ss; FORTUNA, *Il giudizio di bilanciamento delle circostanze nell'art. 69 c.p.*, in *Riv. pol.*, 1983, 145 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 269 ss. Sulla funzione delle circostanze, cfr.: MANZINI, *Trattato*, cit., I, Torino, 1933; DELOGU, *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza di circostanze*, in *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950; CAVALLO, *Diritto penale*, II, Napoli, 1955; MAIANI, *Principio di legalità e principio di discrezionalità della norma dettata dall'art. 69 c.p.*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Pavia*, 1964, 142 ss; MARINI, *Le circostanze del reato*, pt. gen., Milano, 1965; MAGGIORE, *Diritto penale*, pt. gen., II, V ed., Bologna, 1949; SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; COCORULLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940; CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., Milano, 2001; MANTOVANI, *Diritto penale*, pt. gen., Padova, 2001.

⁽¹²⁾ Quanto al problema della c.d. doppia valutazione, cioè dei rapporti tra l'art. 133 c.p. e l'art. 62 *bis* c.p. e le circostanze in genere, la dottrina prevalente ritiene che esso vada risolto sulla base di due principi generali: il principio del *ne bis in idem*

In conclusione, comunque, il grande margine di discrezionalità che, nella sua valutazione di merito, consente al giudice di primo e secondo grado di valutare, positivamente o escludendone ogni rilevanza, altre circostanze diverse da quelle espressamente indicate dal codice, non esime il giudice medesimo dall'obbligo di formulare una motivazione logica, coerente, non contraddittoria e corretta sotto il profilo dell'interpretazione della norma.

SABRINA BONFIGLIO

sostanziale, per il quale un medesimo elemento non può essere valutato più volte ad un identico fine, ed il principio dell'integrale valutazione giuridica, per il quale un medesimo elemento deve essere valutato sotto tutti gli aspetti giuridicamente rilevanti. E' logico, infatti, che elementi che sotto il profilo della gravità del reato o considerati in se stessi costituiscono aggravanti o attenuanti, possono giocare un ruolo opposto nel giudizio sulla capacità criminale, rilevando come indici, al contrario, di una minore o di una maggiore attitudine criminosa. A tal riguardo cfr., Cass., sez. I, 6 maggio 1994, Licata, in *Cass. pen.*, 1996, 1125; Cass., sez. I, 3 giugno 1992, Fuoco, in *Giust. pen.*, 1993, II, 405: "in tema di attenuanti generiche, pur potendo ai fini della loro applicazione (o del loro diniego) venir presi in considerazione gli stessi elementi che a norma dell'art. 133 c.p. concorrono alla determinazione della misura della pena, occorre pur sempre che la loro rilevanza sia talmente eccezionale da giustificare il fatto che essi vengano presi in considerazione in due sedi o momenti diversi, per cui è sufficiente, ai predetti fini, che il giudice prenda in considerazione solo quello (o quelli) tra detti elementi che ritenga prevalente ed atto a consigliare o meno la concessione delle attenuanti"; Cass., sez. VI, 2 giugno 1992, Castiglia, in *Cass. pen.*, 1994, 1511. Negano, invece, la doppia valutazione, nel senso che gli elementi circostanzianti non possono essere considerati per fissare la pena base: FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, I, 663; MANZINI, *Trattato*, cit., III, 20; oppure nel senso dell'inutilizzabilità dello stesso elemento ai fini degli artt. 133 e 62 bis c.p., cfr. Cass., sez. V, 12 febbraio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1202.

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 29 settembre 2006 – *Est.*
MATTEINI – *E.*

Prova in genere – Prova testimoniale – Depositione della persona offesa – Attendibilità della prova testimoniale – Assenza di riscontri esterni – Insussistenza (c.p.p., art. 192).

La deposizione della persona offesa può essere assunta come unica fonte di prova di colpevolezza, anche se deve essere sottoposta a un attento vaglio, dal momento che ci si trova in presenza di un soggetto che ha comunque un proprio interesse, e che quindi non è equiparabile al testimone estraneo.

Non è richiesta la presenza di riscontri esterni, tanto più quando non sussistono situazioni che inducano a dubitare dell'attendibilità del testimone, purché le dichiarazioni risultino precise, coerenti e uniformi (1).

(*Omissis*) Il P.M. in sede formulava richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di E. per il reato di cui all'art. 609 *bis* c.p. perché con violenza costringeva V. a subire atti sessuali, in particolare si congiungeva carnalmente con la predetta dopo averla fatta spogliare in luogo pubblico e dopo averla costretta con violenza e minacce a subire rapporti orali e anali (quest'ultimo tentato); per il reato di cui agli artt. 610 e 61 n. 2 c.p. perché salito a bordo dell'autovettura Y10 condotta da V. con minacce e violenze costringeva la ragazza ad una serie di spostamenti in auto lungo la superstrada E45 e da ultimo a parcheggiare il veicolo in un luogo appartato per poter poi porre in essere in quel posto la condotta sopra descritta (episodi entrambi verificatisi in Città di Castello in data 27.6.2005); per il reato di cui agli artt. 56 e 610 c.p. perché compiva atti idonei diretti in modo non equivoco a costringere V. ad arrestare la marcia dell'autovettura Y10 senza riuscire nel proposito delittuoso per cause indipendenti alla sua volontà (fatto verificatosi in Città di Castello in data 2.7.2005); per il reato di cui all'art. 612 cpv. c.p., in relazione all'art. 339 c.p., e 61 n. 11 c.p. per avere, abusando di relazioni di coabitazione ed ospitalità minacciato un ingiusto danno a V., puntandole un coltello alla gola e proferendo al suo indirizzo le seguenti frasi "ti ammazzo puttana, troia" (condotta posta in essere in Città di Castello nell'estate 2004); per il reato di cui agli artt. 81 c.p., 605 e 610, 582 e 584 c.p. perché con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso privava della libertà personale V. trascinandola, dopo averla afferrata per i capelli, in auto e trasportandola poi in un luogo appartato, la costringeva a spogliarsi e a restare nuda sulla pubblica via all'esterno dell'autovettura, la cagionava lesioni giudicate guaribili in giorni 15, offendeva il suo onore e decoro rivolgendole al suo indirizzo parole come "zoccola" ed altre simili (episodi avvenuti in Città di Castello nella notte tra il 13 e il 14 gennaio 2005).

In sede di Udienza Preliminare il difensore di E., munito di procura speciale chiedeva la definizione del presente processo con il giudizio abbreviato condizionato alla produzione di un serie di fotografie, che ritraevano insieme lo stesso E. e la V., nonché all'audizione di quest'ultima.

Il Giudice ammetteva il rito abbreviato così come richiesto e, acquisite le fotografie, disponeva la citazione della parte offesa.

Nel corso dell'udienza del 26 settembre 2006 veniva sentita come teste V., quindi, su invito del Giudice, le parti concludevano come da separato verbale in atti.

A seguito della ennesima denuncia, ultima di una lunga serie, sporta da V. in data 2 luglio 2005 nei confronti di E., a carico di quest'ultimo veniva disposto dal P.M., con provvedimento in pari data, un fermo eseguito sempre in data 2 luglio e successivamente convalidato, nel rispetto dei termini di legge, dal G.I.P. sul presupposto della ritenuta sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in relazione ai reati di violenza sessuale e violenza privata, riferiti ad episodi del 27.6.2005, oggetto di una precedente denuncia della ragazza, nonché in relazione al reato di tentata violenza privata ravvisabile nella condotta tenuta dall'indagato proprio il 2 luglio così come descritta dalla V.

In sede di udienza di convalida E. ammetteva di aver avuto rapporti sessuali con la predetta V. ma faceva presente che si era sempre trattato di rapporti consensuali dal momento che tra i due vi era una relazione sentimentale che andava avanti all'incirca dal 1994-1995, anche se più volte entrambi avevano tentato di troncane detta relazione senza mai riuscirvi completamente tanto che soprattutto la ragazza spesso lo cercava chiamandolo al telefono; negava comunque qualsiasi condotta violenta posta in essere nei confronti della V. anche nel momento in cui aveva saputo che quest'ultima aveva iniziato una relazione sentimentale con un altro ragazzo.

Quanto affermato da E. si trovava in netto contrasto sia con quanto emergeva dalle denunce presentate dalla V. ai Carabinieri di Città di Castello in data 27 giugno e 30 giugno 2005, atti ai quali era allegata anche una precedente denuncia datata 15 gennaio 2005, sia da quanto risultava nella denuncia del 2 luglio 2005, sia infine dalle dichiarazioni rese dalla stessa ragazza nel corso dell'udienza del 26.9.2006.

Ci si trova quindi in presenza di versioni contrastanti provenienti l'una dall'imputato, l'altra dalla parte offesa, soggetti entrambi direttamente interessati sia pure con ruoli contrastanti; da ciò segue la necessità di un attento vaglio tanto più che nel caso di specie mancano riscontri diretti e oggettivi all'una o all'altra versione.

Il quadro generale e indiscutibile che comunque risulta dal confronto delle dichiarazioni dei due giovani è l'esistenza di una relazione sentimentale caratterizzata da forti contrasti determinati dalle differenti esperienze culturali dell'E. e della V. e dalle loro diverse personalità.

Infatti V. nel corso dell'audizione del 26 settembre, nel ripercorrere le tappe della sua relazione, ammetteva con estrema sincerità di aver avuto rapporti sessuali pienamente consensuali con l'E. fin dall'età di 14 anni smentendo in questo modo il contenuto di una vecchia denuncia sporta da sua madre, nei confronti del ragazzo; ricordava di aver trascorso momenti di serenità accanto all'odierno imputato, momenti che si alternavano a furiosi litigi occasionati dai loro caratteri nervosi e caratterizzati molto spesso da reazioni sproporzionate del ragazzo che,

poi, era solito chiederle scusa; riconosceva di averlo ricercato più volte anche dopo aver deciso insieme di interrompere la relazione ed anche dopo aver sporto nei suoi riguardi la prima denuncia, quella del gennaio 2005, che aveva pure cercato di ritirare senza riuscirvi essendo stati ravvisati reati perseguibili d'ufficio; dichiarava con estrema lucidità di non sentirsi minacciata dall'E., di essere tranquilla essendosi rifatta una vita e di non avere più alcun interesse a mettersi contro il predetto ritenendo che avesse già pagato per i suoi errori.

Accanto a tali ammissioni la V. comunque confermava tutto quanto era stato oggetto delle sue denunce a partire dai fatti indicati nella denuncia del gennaio 2005 escludendo in maniera categorica che questa fosse stata ideata o programmata e ribadendo l'assoluta verità degli episodi ivi descritti.

Leggendo tale denuncia si ritrovano le condotte minuziosamente descritte nel capo e) di imputazione e per quanto attiene le lesioni se ne trova ampio riscontro nel certificato medico allegato nel quale si attestano escoriazioni ed ematomi perfettamente compatibili con la dinamica dei fatti.

In tali condotte si ravvisano senza dubbio gli estremi dei reati contestati; in particolare per quanto attiene il sequestro di persona qualificato ai sensi dell'art. 605 c.p. occorre evidenziare che correttamente è stato ravvisata tale ipotesi criminosa dal momento che la ragazza, stando sempre alla sua ricostruzione dei fatti, era stata costretta a salire a bordo dell'autovettura condotta dall'E., essendovi stata trascinata per i capelli dopo essere stata picchiata, e vi era stata trattenuta per un tempo apprezzabile sempre contro la sua volontà, quanto meno per tutto il tempo necessario a raggiungere il luogo (nei pressi del supermercato Famila) dove poi era stata costretta a spogliarsi, fattispecie questa nella quale si ravvisa comunque una limitazione della libertà fisica e di locomozione della vittima protrattasi per un lasso temporale (vedi in proposito in vicenda analoga, Cass., sez. V, 23 marzo 2006, n. 24406).

Giustamente poi è stato configurato il reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. in riferimento alla condotta finalizzata a costringere la ragazza a spogliarsi e a restare nuda sulla pubblica via in quanto è evidente che le minacce (quale quella di toglierle i vestiti e di lasciarla lì nuda) nonché le violenze fisiche (quale quella di sferrarle calci) hanno determinato una coartazione della libertà di autodeterminazione della ragazza che ha visto in tale modo annullata la sua autonomia di volizione.

Non può sminuire l'attendibilità di detta denuncia la circostanza attinente ad un successivo riavvicinamento dei due ragazzi al punto che la V., se le fosse stato possibile, avrebbe anche ritirato la stessa denuncia; ciò in quanto la ragazza, nel corso dell'udienza del 26 settembre, ne

ha dato atto ed ha spiegato tale suo comportamento affermando di aver giustificato l'E., in quanto geloso, riconoscendosi, ella stessa, responsabile dell'accaduto per aver intrapreso una relazione sentimentale con un altro giovane.

Proseguendo nella lettura delle denunce non vi sono motivi per dubitare in merito alla veridicità di quanto riferito nella denuncia del 29 giugno ed in particolare in ordine all'episodio risalente all'estate del 2004 fatto oggetto del capo di imputazione sub d) e giuridicamente inquadrato nell'ipotesi criminosa di cui all'art. 612 c.p..

A questo riguardo occorre evidenziare che la V. ne dava conferma in occasione delle sue dichiarazioni in udienza riferendo tale periodo particolarmente burrascoso al momento in cui aveva abortito, aborto, sempre stando alle sue dichiarazioni, verificatosi dopo essere stata picchiata dall'E.

Quest'ultimo episodio non è stato fatto oggetto di alcuna contestazione e non può pertanto entrare nel presente processo ma se ne è fatto cenno proprio per evidenziare la particolarità del rapporto esistente tra i due caratterizzato anche da una certa instabilità della ragazza comunque priva di un serio e valido appoggio della famiglia tanto che la stessa non ha avuto perplessità nell'ammettere di avere contatti "agitati" con la madre e di non vivere con quest'ultima, come pure nel riconoscere di avere cercato di suicidarsi dopo che l'E. l'aveva lasciata, una volta abortito.

La V. ha infine ricostruito, durante la sua audizione davanti a questo giudice, più volte richiamata, con estrema lucidità e con dovizia di particolari gli episodi che hanno formato oggetto di contestazione in relazione ai capi a) e b) con le rispettive qualificazioni di violenza sessuale ai sensi dell'art. 609 bis c.p. e di violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.

In particolare la ragazza, pur ammettendo di aver accettato l'invito di E. di incontrarsi di nuovo pur attraversando un periodo in cui si erano lasciati tanto che la stessa aveva intrapreso un'altra relazione sentimentale, è stata categorica nell'affermare che la sera del 27 giugno non era stata assolutamente consenziente nell'aver rapporti sessuali con l'E. e di esservi stata costretta non solo con la violenza fisica ma anche con una serie di minacce del tutto credibili tenuto conto della sua personalità violenta ormai conosciuta.

Non vi sono dubbi nel configurare in tale situazione il reato di violenza sessuale né questo può in alcun modo essere sminuito sul presupposto di pregressi rapporti sessuali consenzienti e ciò in quanto nel momento in cui viene palesato un rifiuto e l'agente ha la consapevolezza di detto rifiuto viene inevitabilmente a ledersi la libertà di autodeterminazione sessuale e quindi ad integrarsi il reato in oggetto (Cass., sez. III 26 gennaio 2006, n. 19808).

Per quanto attiene il reato di violenza privata si richiamano le considerazioni già svolte a proposito delle contestazioni di cui al capo e) della rubrica evidenziandosi che anche in occasione dell'episodio del 27 giugno non vi possono esservi dubbi, stando alla dinamica riferita dalla ragazza, in merito ad una costrizione della sua libertà di autodeterminarsi.

Le medesime osservazioni valgono in relazione alla contestazione mossa all'E. nel capo di imputazione sub c) riferito all'episodio del 2 luglio 2005 a seguito del quale è stato poi predisposto il fermo del pre-detto.

L'elemento probatorio di maggiore rilevanza sul quale poggiano le accuse mosse all'odierno imputato, così come sopra analizzate, non può negarsi che è costituito dalle dichiarazioni, ripetute nel tempo attraverso le reiterate denunce, di V. e quindi della stessa parte offesa dei reati ipotizzati.

A tale proposito è necessario ricordare, così come ribadito dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte, che la deposizione della parte offesa dal reato può sicuramente essere assunta come unica fonte di prova di colpevolezza anche se la stessa deve essere sottoposta ad un attento vaglio dal momento che ci si trova in presenza di un soggetto che ha comunque un proprio interesse e per ciò stesso non è equiparabile al testimone estraneo.

Tale vaglio non deve comunque necessariamente essere supportato dalla presenza di riscontri esterni purchè le dichiarazioni della parte offesa risultino essere precise, coerenti ed uniformi, tutte caratteristiche presenti nel caso di specie (vedi al riguardo Cass., sez. I, 15 maggio 2001, n. 19683; Cass., sez. III, 21 maggio 2001, n. 20431; Cass. sez. III, 1 febbraio 2001, n. 3990).

Da quanto sopra deriva che deve concludersi per un giudizio positivo sulla credibilità soggettiva ed oggettiva della V. senza la necessità di particolari riscontri esterni tanto più quando non sussistono situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità (Cass., sez. V, 10 aprile 2006, n. 18092).

A questo proposito la ragazza è stata molto sincera nell'affermare che non intende ottenere alcunché dall'E., nel fornire un quadro del loro rapporto sentimentale caratterizzato da colpe reciproche basate su una loro incompatibilità di carattere, nell'ammettere di aver spesso ricercato l'odierno imputato sostenuta da un sincero affetto nei suoi confronti, nell'averlo giustificato e compreso anche in occasione di comportamenti violenti nei suoi riguardi addossandosi parte delle responsabilità dei relativi litigi.

In questa situazione non si vede per quale motivo, esponendosi in prima persona e rendendo di dominio pubblico momenti della sua più intima vita privata, avrebbe dovuto riferire fatti non veri quando poi non ha avuto titubanze nel riconoscere di avere avuto rapporti sessuali

completi con il ragazzo da quando aveva 14 anni e nello sconfessare la madre in riferimento alla prima denuncia da quest'ultima sporta nei confronti dello stesso E.

Dalla lettura delle denunce e delle trascrizioni relative alla deposizione del 26 settembre 2006 emerge una assoluta coerenza nel riferire gli episodi oggetto degli attuali capi di imputazione, sempre con i medesimi particolari e con le medesime sequenze.

D'altro canto la personalità violenta ed il carattere particolarmente nervoso ed irascibile dell'E. hanno trovato riscontri e conferme indirette nelle sommarie informazioni rese da S. in data 27.7.2005, amico della V., il quale ha riferito in merito ai timori sempre esternati da quest'ultima nei confronti dello stesso E. ed in merito a lividi visti su varie parti del corpo della ragazza determinati, a dire della stessa, dall'aggressione fisica posta in essere a suo danno dal predetto che l'aveva vista farsi accompagnare a casa dallo stesso S.; dalle sommarie informazioni di P. rese in data 20.7.2005, proprietario della casa dove per un periodo la V. ha vissuto con l'E., il quale ha riferito in merito a minacce ricevute dalla ragazza dal cittadino extracomunitario; dalle sommarie informazioni rese da G. in data 18 luglio 2005, proprietaria del centro dove la V. aveva lavorato, la quale ha ricordato condotte violente poste in essere dall'E. ai danni non solo della stessa V. ma anche di sé stessa che aveva cercato in più occasioni di allontanarlo dal centro non volendo che sul posto di lavoro si verificassero scenate di gelosia caratterizzate da atteggiamenti arroganti e prepotenti, nonché ha fatto presente di aver visto più volte la V. arrivare al lavoro con lividi sul volto quale conseguenza delle botte ricevute dal ragazzo straniero; dalle dichiarazioni rese da B. in data 16.7.2005, amica della V., che oltre a confermare l'episodio riferito da S., ha ricordato ulteriori condotte violente dell'E. nei confronti della predetta V. e continue pressioni e ricatti morali operati ai danni della medesima; infine dalle sommarie informazioni rese da C. in data 15 luglio 2005 che si sono poste a conferma delle dichiarazioni di B.

Dalle considerazioni che precedono deriva l'affermazione di responsabilità penale di E. in riferimento a tutti i reati al medesimo contestati, reati tra i quali deve sicuramente essere ravvisato il medesimo disegno criminoso ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p..

Infatti tutte le condotte poste in essere dall'odierno imputato ai danni di V. sono legate da un unico filo conduttore da ravvisarsi nel tumultuoso rapporto sentimentale che ha legato nel tempo i due ragazzi, entrambi molto giovani, ancora non pronti a legami stabili tanto che i maggiori litigi venivano occasionati da motivi di gelosia intraprendendo la V. relazioni sentimentali con altri ragazzi ogni qual volta la frequenza con l'E. si allentava.

È ovvio che nulla può giustificare i comportamenti da quest'ultimo tenuti improntati tutti ad offendere il decoro e la dignità della ragazza e per ciò stesso gravi, nonostante ciò l'ambiente e il quadro sopra delineato, che inevitabilmente rende l'idea del contesto generale nel quale la presente vicenda si è maturata, consentono di riconoscere all'imputato le circostanze attenuanti generiche al fine di rapportare la pena al caso concreto e tenuto altresì conto dell'incensuratezza dell'imputato (*Omissis*).

(1) Il GUP di Perugia enuncia, in tema di valutazione della testimonianza della persona offesa, principi di diritto che viaggiano nel solco di una giurisprudenza consolidata. Si tratta, in definitiva, di alcuni fra i più significativi corollari del principio del libero convincimento del giudice. Applicato alle prove dichiarative, quel principio soffre limitazione legale solo con riguardo alle dichiarazioni del coimputato, dell'imputato di reato connesso o dell'imputato di reato collegato (art. 192 commi 3 e 4 c.p.p.) mentre si spiega con pienezza laddove la dichiarazione provenga dal testimone. La legge disciplina dettagliatamente quel che sta intorno alla valutazione della testimonianza: prima della valutazione, i requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità, le modalità di assunzione (Capo I del titolo II, artt. 194-207 c.p.p.); dopo la valutazione, l'esternazione del processo logico-conoscitivo che lo abbia indotto ad apprezzare in un certo modo la dichiarazione (art. 192 comma 1) (v. per tutti su questi temi G. CONSO – V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, IV ed., Cedam, 1997, 247 ss.). Nessuna specifica regola di valutazione, neppure con riguardo a dichiarazioni testimoniali che in altri ordinamenti ricevono lo stigma di un'espressa diffidenza, quali la testimonianza indiretta o la testimonianza della persona offesa o del danneggiato o del denunciante.

Di conseguenza, a fronte di una cospicua e tormentata produzione giurisprudenziale sulla valutazione delle dichiarazioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 192, nella sede di merito e nella sede cautelare (da ultimo, su questo tema ma anche per considerazioni sulla nozione di «riscontro» e sulle qualificazioni ad esso attribuibili, v. Cass., sez. un., 30 maggio 2006, Spennato, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 7, 875 ss., con note di GIORDANO e VENTURA), molto più lineari i percorsi interpretativi in tema di dichiarazioni testimoniali.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che «a base del libero convincimento del giudice possono essere poste sia le dichiarazioni della persona offesa sia quelle di un testimone legato da stretti vincoli di parentela con la medesima» (Cass., sez. III, 5 marzo 1993, Russo, in *CED Cass.*, rv. 193862; Cass., sez. IV, 26 giu-

gno 1990, Falduto, *ivi*, rv. 185349). È sottinteso, evidentemente, che il problema si pone con riguardo alla valutazione delle dichiarazioni accusatorie.

Lo specifico tema dei criteri di valutazione della deposizione della persona offesa è tradizionalmente affrontato nel quadro dei principi generali sul libero convincimento del giudice. È frequente vedere riaffermati dalla Suprema Corte, laddove il ricorso per Cassazione censura la valutazione di una testimonianza, i limiti del controllo di legittimità sulla ricostruzione dei fatti operata dal giudice di merito: la Corte di Cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore possibile ricostruzione dei fatti né deve dividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con “i limiti di una possibile opinabilità di apprezzamento” (Cass., sez. V, 30 novembre 1999, Moro, in *CED Cass.*, rv. 215745; Cass., sez. II, 21 dicembre 1993, Modesto, *ivi*, rv. 196955). Si tratta di statuizioni che ricorrono, più in generale, laddove si discuta di prove per le quali la legge non fissa specifici parametri di valutazione, e quindi, per esempio, anche in tema di intercettazioni.

Il principio è stato di recente riaffermato anche alla luce del nuovo testo dell'art. 606 comma 1, lett. e), c.p.p., introdotto dall'art. 8 della l. 20 febbraio 2006 n. 46, che consente di dedurre il vizio di motivazione desumibile da “atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame”, essendosi ritenuta non censurabile la selezione delle prove rilevanti operata dal giudice di merito (Cass., sez. V, 10 aprile 2006, Brancatelli e altri, *non massimata*).

Peraltro la Suprema Corte non manca di fissare, nell'ambito del controllo di ragionevolezza sulle massime di esperienza a fondamento della ricostruzione del fatto, almeno due criteri d'ordine generale ai quali il giudice di merito deve attenersi nella valutazione della deposizione della persona offesa.

In primo luogo, la dichiarazione può essere assunta anche da sola come fonte di prova, ma in quel caso deve essere “sottoposta a un attento controllo di credibilità oggettiva e soggettiva”, poiché “non può essere equiparata a quella del testimone estraneo” (Cass., sez. I, 28 febbraio 1992, Simula, in *CED Cass.*, rv. 189916; Cass., sez. VI, 20 gennaio 1994, Mazzaglia, *ivi*, rv. 198250; Cass., sez. II, 26 aprile 1994, Gesualdo, *ivi*, rv. 198323; Cass., sez. VI, 30 novembre 1994, Numelter, *ivi*, rv. 201251; Cass., sez. III, 20 settembre 1995, Azingoli, *ivi*, rv. 203155).

La giurisprudenza di legittimità fissa in materia un altro criterio generale con riguardo alla *corroboration* della dichiarazione: non sono richiesti riscontri esterni alla testimonianza della persona offesa, quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua

attendibilità (da ultimo, in senso conforme, Cass., sez. III, 27 aprile 2006, Valdo Iosi, in *CED Cass.*, rv. 234647 e, con specifico riguardo ai reati sessuali, Cass., sez. IV, 21 giugno 2005, Poggi, *ivi*, rv. 232018; in precedenza: Cass., sez. VI, 13 gennaio 1994, Patan, *ivi*, rv. 197386, Cass., sez. IV, 29 gennaio 1997, Benatti, *ivi*, rv. 206985; Cass., sez. VI, 24 febbraio 1997, Orsini, *ivi*, rv. 208912 e 208913; Cass., sez. II, 13 maggio 1997, Di Candia, *ivi*, rv. 208229; Cass., sez. I, 11 luglio 1997, Bello, *ivi*, rv. 208581, Cass., sez. III, 26 novembre 1997, Caggiula, *ivi*, rv. 209404; Cass., sez. I, 4 novembre 2004, Palmisano, *ivi*, rv. 230590).

Richiedere "attenzione" al giudice può apparire perfino banale, e potrebbe apparire incongruente esigere attenzione solo in rapporto a una particolare fase del processo di valutazione. In realtà, l'affermazione si colora e si definisce nel raffronto fra la deposizione della persona offesa e la deposizione del "testimone estraneo": se quest'ultima può essere recepita in modo immediato come fondamento della decisione, con semplice richiamo al suo contenuto (ed eventualmente all'assenza di ragioni che inducano a dubitare della sua attendibilità), l'adozione della testimonianza della persona offesa come unica fonte di prova dei fatti oggetto dell'accusa presuppone quanto meno un'analisi del concreto atteggiarsi dei rapporti fra il dichiarante e l'accusato, in rapporto agli elementi dai quali la comune esperienza può trarre motivi per confidare sulla dichiarazione o, all'inverso, per sospettarne.

Non sembra sostenibile che simili elementi possano trarsi in modo esclusivo dalla stessa deposizione. Potrebbero indurre a questa conclusione, scarsamente coerente con il principio della minore affidabilità della deposizione della persona offesa rispetto alla deposizione del testimone comune, le pronunce della Suprema Corte che si focalizzano sui connotati intrinseci della dichiarazione, i tradizionali requisiti di precisione, coerenza e costanza (per tutte Cass., sez. VI, 28 giugno 1990 n. 1057, Cariello, in *CED Cass.*, rv. 186266; peraltro, sulla possibilità di valutare positivamente l'attendibilità di deposizioni non circostanziate della persona offesa, specie qualora i fatti oggetto della narrazione siano particolarmente scioccanti, v. Cass., sez. III, 14 dicembre 2005, Brugnoli, *ivi*, rv. 234632), ma in realtà, anche in questi casi, la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di merito supera il vaglio di legittimità se e in quanto l'analisi investa anche contributi esterni alla fonte dichiarativa, quanto meno sotto il profilo dell'assenza di evidenze di segno contrario rispetto alla valutazione di attendibilità. Per esempio, la semplice constatazione dell'assenza di pregressi rapporti personali tra la persona offesa e l'accusato, dalla quale il giudice può dedurre che un'accusa calunniosa sarebbe difficilmente spiegabile, è elemento che si ricava necessariamente dal complesso dei dati del processo.

A ben guardare, dunque, secondo la giurisprudenza di legittimità la

dichiarazione accusatoria della persona offesa può essere l'unica prova posta a fondamento del giudizio di responsabilità, ma non può essere l'unica fonte dalla quale il giudice trae elementi di valutazione utili alla ricostruzione del fatto.

Fra le più recenti applicazioni di questi principi, vanno segnalate in modo particolare: Cass., sez. III, 7.11.2006, Miloti e altro, in *CED Cass.*, rv. 235649, sulle dichiarazioni della persona offesa minorenni in tema di reati contro la libertà sessuale, che include fra i criteri di valutazione imprescindibili il giudizio sulla "attitudine psicofisica del teste a esporre le vicende in modo esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccordarle con altre e di esprimerle in una visione complessa" e il giudizio sulla sua "posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno"; Cass., sez. III, 3.10.2006, Guazzoni, *ivi*, rv. 235756, sulla rilevanza dei mutamenti sopravvenuti nei rapporti della persona offesa con l'imputato nel periodo corrente tra i fatti oggetto del processo e la deposizione; Cass., sez. III, 26 settembre 2006, Gentile, *ivi*, rv. 235575, sulla frazionabilità delle dichiarazioni ai fini del giudizio sull'attendibilità, con specifico riguardo alla deposizione della persona offesa.

L'analisi critica della dichiarazione della persona offesa nella decisione del GUP di Perugia risponde a questi standard di approfondimento, laddove rileva, nel caso concreto, l'assenza di motivi di risentimento e di pretese risarcitorie, ed evidenzia alcuni passaggi nei quali la testimonianza *de qua* alleggerisce la posizione dell'imputato rispetto al quadro risultante dalle indagini. Sembra altresì rispondente ai principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità la scelta di includere, fra gli elementi di valutazione a conforto del giudizio di responsabilità, deposizioni di testi estranei non riguardanti direttamente i fatti oggetto dell'accusa, ma dai quali poteva trarsi comunque la convinzione che i rapporti personali tra la persona offesa e l'accusato si atteggiassero in modo coerente rispetto alla prospettazione accusatoria.

ALESSANDRO G. CANNEVALE

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 12 aprile 2007 – *Est. Micheli* – T.

Reati contro il patrimonio - Truffa aggravata ai danni dello Stato - Fattispecie - Straniero extracomunitario beneficiario di somme di denaro erogate *una tantum* per nuovi figli nati nell'anno 2005 - Configurabilità - Esclusione - Errore incolpevole - Insussistenza del dolo (c.p., art. 640-*bis*).

Il cittadino straniero extracomunitario che abbia chiesto ed ottenuto, previa sottoscrizione di un modulo prestampato predisposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e fattogli recapitare a domicilio, l'assegno una tantum di mille euro previsto dalla legge finanziaria per il 2006 per i figli nati nell'anno precedente, ancorché non ne avesse diritto perché non in possesso della cittadinanza italiana o comunitaria, non risponde di truffa aggravata ai danni dello Stato né di falso ideologico in atto pubblico per difetto dell'elemento psicologico di entrambi i reati, vertendosi in ipotesi di errore incolpevole indotto dal comportamento tenuto dall'Amministrazione in ordine al ritenuto possesso dei requisiti per l'erogazione del beneficio stesso in capo al soggetto richiedente (1).

(*Omissis*) Il P.M. ha esercitato l'azione penale, con richiesta di rinvio a giudizio, nei confronti del cittadino marocchino T.A., contestandogli i reati di falsità ideologica commessa in atto pubblico e di truffa *ex art. 640-bis c.p.*

La vicenda è correlata alla erogazione dei c.d. "bonus bebè", disposti dalla legge Finanziaria per il 2006 in favore dei bimbi nati l'anno precedente, e l'assunto accusatorio si fonda sul dato - innegabile, in verità - che vide l'imputato sottoscrivere un'autocertificazione attestante il possesso da parte sua dei requisiti previsti per ricevere il contributo in questione, poi effettivamente concessogli: autocertificazione che invece non rispondeva a verità, nella parte in cui evidenziava il possesso della cittadinanza italiana (o di altro paese dell'Unione Europea) in capo al genitore istante.

Il fatto, come già anticipato, è pacifico: sicuramente il prevenuto non si trovava nelle condizioni stabilite dalla legge per l'accesso al bonus di 1.000,00 euro, sicuramente egli sottoscrisse la dichiarazione sostitutiva che dava invece atto del contrario, sicuramente percepì *sine titulo* il contributo, tramite l'Ufficio Postale che gli era stato indicato nella prima comunicazione.

Non di meno, già la constatazione di fatto che molte altre persone di origine extracomunitaria (ma comunque perfettamente in regola con la normativa sul soggiorno, altrimenti non avrebbero potuto disporre neppure di documenti di identità) ebbero a trovarsi nell'identica situazione

lascia ragionevolmente intendere che le informazioni rivolte ai genitori dei neonati ebbero qualche lacuna: si dovrebbe altrimenti ipotizzare che, a fronte di quella missiva, tutti i maghrebini, slavi, albanesi od orientali titolari di permesso di soggiorno in Italia e freschi papà o madri decisero con moto spontaneo di ignorare il loro passato di uomini e donne rispettosi delle leggi, altrimenti quel soggiorno l'avrebbero perduto da tempo, e si misero dolosamente a gabbare l'Erario.

Questo Giudice, in una realtà abbastanza contenuta sul piano demografico come quella del circondario di Perugia, è assegnatario di qualche buona decina di processi analoghi, che dovrebbero dunque moltiplicarsi proporzionalmente al numero dei magistrati assegnati alla Sezione Gup: procedendo in via esponenziale verso la ricostruzione dei dati distrettuali o nazionali, il numero raggiunge facilmente le migliaia di casi.

È seriamente sostenibile che tutti gli extracomunitari coinvolti nei procedimenti in parola abbiano ragionato nel senso che "l'occasione fa l'uomo ladro", lasciandosi lusingare da una lettera che prometteva 1.000,00 euro e poi glissando con la frode sulle spiegazioni allegate?

Venendo al concreto, in quello in esame come in tutte le altre identiche situazioni cui si è fatto cenno, il figlio neonato dell'imputato fu destinatario di una missiva a firma dell'allora Capo del Governo, il cui contenuto era semplice e colloquiale: al bimbo veniva rivolta una domanda ["È il Presidente del Consiglio a scriverti per porti probabilmente anche la prima domanda della tua vita: lo sai che la nuova legge finanziaria ti assegna un *bonus* di 1.000,00 (mille/00) euro?"], con l'indicazione ai genitori dell'Ufficio postale dove poter riscuotere il *bonus* e il rinvio all'allegato per "tutte le informazioni necessarie".

Nella missiva, peraltro assai reclamizzata nei mesi precedenti sui *mass media*, non vi era dunque alcun riferimento a possibili eccezioni: ai genitori non veniva detto che, forse, non avrebbero avuto titolo a quella erogazione perché extracomunitari (o magari perché italiani residenti all'estero, o titolari di redditi molto elevati), ma solo che ci si poteva recare in un dato Ufficio postale e che c'erano delle "informazioni" allegate.

L'impatto della lettera era dunque immediato e assai confortante, specialmente per chi, percependo redditi non certo da nababbo e vivendo la prospettiva di mantenere un figlio, si sentiva prospettare un assegno da 1.000,00 euro in arrivo.

La pagina esplicativa trasmessa in allegato era invece più asettica, con l'elenco dei "requisiti e modalità per la riscossione del *bonus*": le prime tre condizioni evidenziate erano l'esercizio della potestà genitoriale, il possesso della cittadinanza italiana o di altro paese dell'Ue, la residenza in Italia.

In linea di principio, si dovrebbe pertanto affermare che l'imputato, dopo un primo, giustificato entusiasmo alla lettura dello scritto del Pre-

sidente del Consiglio che gli paventava 1.000,00 euro per mantenere il figlio, avrebbe dovuto comprendere immediatamente che era il caso di ridimensionarsi non essendo cittadino italiano, e cestinare missiva ed allegato tornando a lavorare per procurarsi di che vivere, al più con qualche rimbrotto verso chi gli aveva fatto sperare per un momento, e quasi annusare, un regalo che invece non era per lui.

Ma, dovendo necessariamente calibrare l'analisi dei comportamenti umani valutando il caso concreto, se ci si mette nei panni del T. forse nessuno avrebbe fatto così.

Innanzitutto, con la logica spicciola di chi è appunto abituato a guadagnarsi il pane e fa le cose che reputa necessarie, l'imputato non poté che rimanere perplesso davanti al confronto tra le due missive (ammesso peraltro che lesse davvero l'allegato, e non andò invece a brindare al bar fermandosi alle promesse del Primo Ministro senza preoccuparsi più di tanto delle "informazioni"): che non era cittadino italiano lo sapeva bene, ma altrettanto bene lo sapeva il Governo, che evidentemente aveva consultato i dati dell'anagrafe per individuare i soggetti a cui scrivere. E, se lo sapeva, che gli aveva scritto a fare? Solo per il dispetto di fargli sentire il profumo dei 1.000,00 euro per poi toglierglieli da sotto il naso? Certo, approfondendo i problemi poteva venir fuori che un bambino dal nome palesemente esotico fosse comunque figlio di uno straniero diventato cittadino italiano per matrimonio od altra via, ed allora lo Stato aveva fatto bene a informare tutti: ma perché, si sarebbe chiesto assai più pragmaticamente l'imputato, non fare le verifiche prima?

Ergo, al posto del prevenuto, tutti avrebbero fatto come fece lui; vale a dire, si sarebbero premurati di recarsi all'Ufficio postale a chiedere come stavano le cose, e scoprire se quella somma - che avrebbe fatto comodo alla sua famiglia - poteva essergli riconosciuta. A quel punto, pare che nessuno si sia preso la briga di spiegargli davvero che bisognava essere cittadini italiani: gli impiegati, come si evince anche dalla comunicazione di *notitia criminis* che li disegna financo "indotti in errore" dagli scaltri extracomunitari, si trincerarono di fatto dietro a un *non liquet*. A loro non competeva e non competono verifiche, soprattutto per evitare addebiti di ordine contabile, dunque potevano limitarsi solo a sottoporre la dichiarazione sostitutiva agli interessati e rimettere a loro la responsabilità di firmarla: ma se questo vale oggi per rendere irragionevole l'ipotesi di prendersela con i funzionari delle Poste Italiane per i numerosissimi esborsi indebiti, non poteva valere ieri per scaricare indosso agli extracomunitari tutto il peso della vicenda.

Certo, lo straniero avrebbe potuto rendersi conto che l'addetto allo sportello dell'Ufficio postale non era un poliziotto o un impiegato dell'anagrafe, con poteri di controllo sulla sua identità e sui suoi dati personali, ma per lui - in concreto - quella persona era lo Stato, che prima gli

si era palesato attraverso la lettera del Governo e oggi gli dava informazioni sull'agognato *bonus* mettendogli sotto il naso (un'altra volta) un documento predisposto e dicendogli che solo attraverso quello poteva ottenere i 1.000,00 euro.

Infatti, l'autocertificazione non veniva compilata dagli interessati, almeno nella prima parte, ma riempita dai dati ricavati dall'elaboratore sulla base delle indicazioni anagrafiche riferibili al richiedente. Dunque, lo Stato non gli diceva che i soldi non gli spettavano, né con la prima lettera (e avrebbe potuto farlo, evitando anche di scrivergli), né con le risposte del personale dell'Ufficio postale: l'estrema assurdità, poi, era vedere un impiegato che gli chiedeva l'esibizione di un documento d'identità, e ne faceva magari debita fotocopia, senza dirgli neppure in quel momento che i soldi non poteva darglieli.

Ad escludere definitivamente il dolo dell'imputato, e di tutti coloro che si trovarono nella sua situazione, si rileva infatti che il T. consegnò presso l'Ufficio postale un suo documento, ed è fatto notorio che sulla carta d'identità venga riportata a chiare lettere la cittadinanza del soggetto ivi raffigurato; non si sa con certezza quale documento l'imputato abbia esibito nella circostanza, ma deve ritenersi che la carta d'identità sia stato quello più usato, come normalmente accade (e l'ipotesi che qualcuno poté avvalersi di documenti senza l'indicazione della cittadinanza, come la patente di guida che peraltro non è documento di identità, vale altrettanto rispetto a quella che qualcuno poté esibire addirittura il permesso di soggiorno, il che avrebbe reso a dir poco grottesca la situazione).

Un comportamento artificioso e truffaldino degno di tali nomi vuole che l'autore nasconda o dissimuli la realtà: ma quale frode realizzò mai chi si limitò a firmare un documento predisposto da altri, presentatogli come strumento per ottenere una somma di cui aveva sentito parlare in TV, in cui risultava una sua cittadinanza italiana che invece egli stesso sconfessava facendo vedere i suoi documenti? Dove è mai la pretesa induzione in errore?

Va poi considerato, in una prospettiva di utile sostenibilità dell'accusa in un eventuale giudizio, che la prova del dolo rimarrebbe sfuggente anche sotto diversi profili.

L'atto contenente le informazioni allegate alla missiva del Presidente del Consiglio era in lingua italiana, senza traduzioni di sorta; ed appare quanto meno difficile la prova di una conoscenza dell'italiano tanto approfondita da parte del T., sì da fargli distinguere compiutamente fra le diverse nozioni formali di cittadinanza, residenza, o titolarità di permesso di soggiorno. Come potrebbe superarsi l'eventuale - ma probabile - allegazione difensiva di aver confuso uno di quei concetti per un altro? È vero che i destinatari del *bonus* avrebbero dovuto dimostrare di essere sia cittadini che residenti, cumulandosi i due requisiti ai

punti 2 e 3 delle informazioni, ma di permesso di soggiorno non veniva fatta menzione: perciò, qualora il prevenuto sostenesse di aver inteso che per "cittadino" si voleva descrivere la persona con titolo valido per la permanenza in Italia (e lui ce l'aveva), la prova contraria resterebbe, con ogni verosimiglianza, impossibile da raggiungere.

Né, in tal modo, si darebbe la stura alla rilevanza di un'inescusabile *ignorantia legis*: si tratterebbe infatti di errore di diritto, ma non sul divieto, bensì sul fatto costituente reato, risolvendosi nell'erronea percezione di un elemento normativo della fattispecie, tratto da fonte extrapenale. Ancora una volta, tale da escludere in radice la sussistenza del dolo.

Nello specifico, l'approssimazione con cui il T. ebbe ad avvicinarsi alla pratica per accedere al finanziamento la dice lunga sulla possibilità che egli cadde in errore incolpevole, anche a causa del suo livello culturale: significativamente, egli confuse la data di presentazione della dichiarazione sostitutiva di notorietà con la data di nascita della moglie, della quale aveva appena indicato il codice fiscale nello spazio precedente, e pensò che l'indicazione successiva di un giorno, un mese e un anno dovessero riguardare sempre gli altri componenti il suo nucleo familiare. Ancor più rilevante, a definitiva conferma della sua buona fede, è la constatazione che egli restituì il *bonus* non appena gli venne fatto notare che non avrebbe potuto riceverlo, e ciò accadde già prima che la Polizia Giudiziaria lo informasse della pendenza del procedimento ai fini della rituale elezione di domicilio (come documentato con le produzioni difensive).

Da ultimo, deve sottolinearsi che la conclusione cui si perviene, espressa nella formula di cui al dispositivo, è non solo conforme a giustizia sul piano tecnico, ma anche rispondente al buon senso.

Non a caso, la finanziaria per il 2007 ha stabilito l'impossibilità di ripetere le somme erogate in fattispecie come quella in esame, facendosi dunque carico - oltre che di un problema di costi di esazione che renderebbero forse sconvenienti le procedure esecutive - anche di un oggettivo problema "sociale" provocato dai meccanismi di erogazione delle agevolazioni in parola, evidentemente percepite da chi si riteneva in buona fede.

Il T., in sostanza, ha fatto male a comportarsi per l'ennesima volta con scrupolo e onestà, perché se non avesse restituito tempestivamente i 1.000,00 euro oggi non glieli chiederebbe più nessuno.

A fronte dell'inesigibilità di quel denaro, il permanere della sanzione penale a carico di chi venga accusato di averlo riscosso (e lo abbia financo ridato indietro, nel caso in esame) costituisce una sorta di controsenso, che le recenti disposizioni in tema di indulto renderebbero ancor più paradossale, laddove un'ipotetica - ma impossibile, per quanto sopra evidenziato - sentenza di condanna portasse a una pena da dichiararsi estinta. L'unico effetto che ne potrebbe derivare sarebbe quel-

lo, in vero sommamente ingiusto, di determinare per l'imputato ostacoli al rinnovo del permesso di soggiorno, proprio a lui che - come tutti coloro nelle sue condizioni - era censito dall'Anagrafe e godeva di assistenza sanitaria perché regolare in Italia e dedito a un lavoro lecito.

La descrizione del paradosso è presto detta, e somiglia all'andirivieni di un'altalena.

Il T., in pratica, si sentì dire dallo Stato che poteva avere 1.000,00 euro, e subito dopo gli venne detto (ma non era facile capirlo) che non erano per lui. Andò all'Ufficio postale e capì che c'era un modo per averli, senza che egli dovesse nascondere alcunché; quindi gli vennero dati, ma poi subì un procedimento penale, e l'imputato dovette comprendere che quei soldi erano da restituire. A quel punto è arrivata una legge, che ha detto che il denaro non lo doveva ridare più indietro (intanto, ahilui, lo aveva già fatto), ma se il processo andasse avanti potrebbe arrivare una condanna, magari a una pena pecuniaria per effetto di conversione: pena che il T. intuirebbe di dover pagare, anzi no perché c'è l'indulto.

Si è prima ipotizzato che l'imputato non capisca l'italiano, ma fargli vivere un processo a carico con simili presupposti e conseguenze lo porterebbe a non capire gli italiani (*Omissis*).

(1) Bonus bebè agli immigrati: una “beffa” all'italiana che (non doveva sussistere ma che alla fin fine) non costituisce reato

1. La sentenza odierna – davvero ineccepibile in termini di giustizia sostanziale – è la degna risposta giudiziaria al solito pasticciaccio italiano che ha coinvolto, loro malgrado, migliaia di immigrati extracomunitari il cui unico errore è stato quello di prendere sul serio un'allettante promessa erariale, salvo poi trovarsi alla sbarra per truffa ai danni dello Stato e falso ideologico in atto pubblico.

Tutto ha inizio con la legge finanziaria 2006, tra le cui fitte maglie normative era prevista l'elargizione del c.d. “bonus bebè”⁽¹⁾: un assegno *una*

¹ Cfr. art. 1, commi 330-333, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)», in *G.U.* n. 302 del 29 dicembre 2005, Supplemento ordinario n. 211: «330. Al fine di assicurare la realizzazione di interventi volti al sostegno delle famiglie e della solidarietà per lo sviluppo socio-economico, è istituito presso lo stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze un fondo, con una dotazione finanziaria di 1.140 milioni di euro per l'anno 2006, destinata alle finalità previste ai sensi della presente legge.

331. Per ogni figlio nato ovvero adottato nell'anno 2005 è concesso un assegno pari ad euro 1.000.

332. Il medesimo assegno di cui al comma 331 è concesso per ogni figlio nato nell'anno 2006, secondo o ulteriore per ordine di nascita, ovvero adottato.

tantum di mille euro destinato a tutti i bimbi nati nell'anno precedente e riscuotibile presso l'Ufficio postale di zona, previa autocertificazione del genitore istante, purché fosse cittadino italiano o comunque di altro Paese Ue ⁽²⁾.

In luogo dell'asettica comunicazione ministeriale – pur prevista a termini di legge ⁽³⁾ – Palazzo Chigi pensò bene di reclamizzare cotanta generosità governativa con una lettera a firma del Presidente del Consiglio in persona, prontamente fatta recapitare a tutte le famiglie interessate: il premier, con tono colloquiale, si rivolse così direttamente ai 600 mila nuovi nati per informarli che avrebbero avuto diritto ad incassare questo “dono di benvenuto nel mondo” da far ritirare a mamma e papà ⁽⁴⁾.

333. Il Ministero dell'economia e delle finanze comunica per iscritto, entro il 15 gennaio 2006, la sede dell'ufficio postale di zona presso il quale gli assegni possono essere riscossi con riferimento all'assegno di cui al comma 331 e, previa verifica dell'ordine di nascita, entro la fine del mese successivo a quello di nascita o di adozione con riferimento all'assegno di cui al comma 332. Gli assegni possono essere riscossi, in deroga ad ogni disposizione vigente in materia di minori, dall'esercente la potestà sui figli di cui ai commi 331 e 332, sempreché residente, cittadino italiano ovvero comunitario ed appartenente a un nucleo familiare con un reddito complessivo, riferito all'anno 2004 ai fini dell'assegno di cui al comma 331 e all'anno 2005 ai fini dell'assegno di cui al comma 332, non superiore ad euro 50.000. Per nucleo familiare s'intende quello di cui all'art. 1 del D.M. sanità 22 gennaio 1993, pubblicato nella *G.U.* n. 21 del 27 gennaio 1993. La condizione reddituale di cui al presente comma è autocertificata dall'esercente la potestà, all'atto della riscossione dell'assegno, mediante riempimento e sottoscrizione di apposita formula prestampata in calce alla comunicazione del Ministero dell'economia e delle finanze, da verificare da parte dell'Agenzia delle entrate secondo procedure definite convenzionalmente. Per l'attuazione del presente comma il Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento dell'amministrazione generale, del personale e dei servizi del tesoro si avvale di SOGEI Spa».

⁽²⁾ Quanto agli altri due requisiti, si richiedeva che l'esercente la potestà genitoriale dovesse risiedere in Italia e che il reddito del nucleo familiare non fosse superiore a 50.000 euro in relazione all'anno 2005.

⁽³⁾ Il succitato comma 333, infatti, prevedeva che dovesse essere il Ministero dell'economia e delle finanze a dare la formale comunicazione.

⁽⁴⁾ Come ricorda giustamente il giudicante perugino, nella missiva presidenziale (peraltro assai reclamizzata nei mesi precedenti sui *mass media*) non vi era alcun riferimento a possibili eccezioni di sorta. Basti leggere il testo integrale, del seguente tenore: «*Caro...*,

felicitazioni per il tuo arrivo!

Questa è certamente la prima lettera che ti viene indirizzata. È il presidente del Consiglio a scriverti per porti probabilmente anche la prima domanda della tua vita: lo sai che la legge finanziaria ti assegna un bonus di 1.000,00 (mille/00) euro?

I tuoi genitori potranno riscuoterlo presso questo Ufficio Postale [seguiva l'indirizzo dell'ufficio presso il quale riscuotere la somma] e troveranno tutte le informazioni necessarie nell'allegato a questa lettera.

Ti invio i più affettuosi auguri per una vita lunga, serena, piena di soddisfazioni e di successi e porgo ai tuoi genitori le più cordiali felicitazioni.

Un grosso bacio, Silvio Berlusconi».

Senonchè, malgrado l'“obolo” governativo fosse riservato ai soli cittadini italiani e comunitari, le missive pervennero, con tanto di modulo riportante i dati anagrafici del neonato già prestampati, indifferentemente a *tutti* i bambini (senza alcuna distinzione di nazionalità e di censo) nati in Italia nel 2005. Un errore – come avrebbe ammesso poi la stessa Presidenza del Consiglio – determinato dalla troppa fretta di spedire le lettere ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ «La disponibilità immediata dei nominativi e degli indirizzi di residenza dei bambini ha consentito alla predetta Amministrazione di concludere la procedura di invio delle comunicazioni entro il mese di gennaio 2006, termine previsto dalla legge per i nati nel 2005. Tempi tanto ristretti, però (si consideri che la norma è entrata in vigore il primo gennaio 2006), non hanno consentito una preventiva trattazione dei dati disponibili e la conseguente estrapolazione unicamente dei nominativi di soggetti figli di cittadini italiani, con il risultato che le lettere in questione hanno raggiunto anche bambini non legittimati al godimento del beneficio, in quanto il genitore difettava del requisito della cittadinanza, oppure, in qualche caso, del requisito del reddito»: così il ministro per i Rapporti con il Parlamento e le riforme istituzionali, onorevole CHITTI, in risposta all'interrogazione a risposta scritta n. 4-00937 presentata dall'onorevole PORETTI il 19 settembre 2006 al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro dell'Economia ed al Ministro della Giustizia (v. *Atto Camera. Sindacato ispettivo*, XV Legislatura, in *Resoconti parlamentari. Allegato B alla seduta n. 37 di martedì 19 settembre 2006*, pag. 1209), il cui testo era il seguente: «Per sapere - premesso che: la legge finanziaria per il 2006 ha riconosciuto un *bonus* di 1.000 euro per tutti i cittadini italiani e comunitari nati nel 2005 e nel 2006; nel gennaio 2006 la Presidenza del Consiglio ha inviato ai nuovi nati una lettera invitandoli alla riscossione del *bonus*; questa lettera è stata inviata, per errore, anche a bambini stranieri; i genitori dei bambini stranieri, espressamente invitati dal Presidente del Consiglio, hanno riscosso il *bonus* presso l'ufficio postale indicato nella lettera. Secondo stime non ufficiali, la lettera sarebbe stata inviata per errore a circa 600.000 nuovi nati stranieri, ed il *bonus* sarebbe stato riscosso da circa 3.000 famiglie straniere; con una nota del 21 aprile 2006 il Ministero dell'Economia ha comunicato le modalità di restituzione del *bonus* erroneamente corrisposto; il 21 luglio 2006 il Consiglio dei Ministri ha annunciato un provvedimento con il quale il Ministero dell'Economia rinuncia a chiedere la restituzione dei *bonus* bebè erroneamente incassati da cittadini extracomunitari; seppur tale provvedimento (finora solo annunciato) ponga fine alla questione delle restituzioni, condonando le somme, lascia aperto un problema ben più grave: le conseguenze penali della vicenda. Chi ha erroneamente ritirato il *bonus*, come ha fatto rilevare l'Aduc (Associazione per i diritti degli utenti e consumatori) fin dallo scorso 26 luglio, sarà infatti perseguito per diversi reati che vanno, a seconda dell'interpretazione data dalle singole Procure della Repubblica, dall'appropriazione indebita, alla indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, alla falsità ideologica – reato punito con la reclusione fino a due anni – e alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche – reato punito con la reclusione da uno a sei anni. Ciò comporterà esborsi ben più onerosi di mille euro per pagare le spese di giudizio ed il rischio di una pesante condanna penale; diverse Procure della Repubblica (Cuneo, Perugia, Rovigo, Verona, Varese, Treviso, Firenze) hanno già provveduto ad inviare gli avvisi di conclusione delle indagini preliminari per questi reati, atto prodromico all'instaurazione di un processo penale; alle conseguenze penali dell'accaduto si aggiungono quelle relative alle condizioni di soggiorno in Italia. Infatti, l'esistenza di un procedimento penale a proprio carico per questo tipo di reato è motivo

È accaduto allora che maghrebini, senegalesi, tunisini, marocchini, slavi, albanesi, extracomunitari in genere titolari di regolare permesso di sog-

ostativo al rilascio della carta di soggiorno, ed una eventuale condanna ne è motivo di revoca. I "colpevoli" dunque non potranno mai più richiedere la carta di soggiorno, titolo decisamente più garantistico rispetto al permesso di soggiorno che deve essere rinnovato ogni anno ed è sempre imprescindibilmente legato ad un contratto di lavoro; in buona sostanza, le conseguenze dell'errore della Presidenza del Consiglio rischiano di ricadere su chi, in buona fede, ha presentato un modulo sul quale era prestampata la autocertificazione di cittadinanza italiana. La buona fede di chi ha riscosso il *bonus* è incontestabile, avallata dalla lettera ricevuta che ha indotto in errore i riceventi. Questi ultimi peraltro si sono recati all'ufficio postale muniti di documento di identità - dal quale chiaramente si evince la cittadinanza: qualsiasi operatore di sportello avrebbe potuto (e dovuto) verificare la mancanza del requisito. Da un punto di vista generale, questo errore porterà all'instaurazione di circa 30.000 processi penali, che contribuiranno alla (già grave) congestione dei tribunali penali, pagati con i soldi dei contribuenti, esattamente come le 600.000 lettere inviate; per sapere:

- in che modo il Governo intenda porre rimedio agli errori commessi dalla presidenza del Consiglio, tenuto conto della gravità delle conseguenze penali della vicenda, che si ripercuoterebbero altresì sulle modalità del soggiorno in Italia;

- e sia intenzione del Governo adottare un provvedimento legislativo d'urgenza che escluda le conseguenze penali dell'accaduto, sia per i processi già terminati che per quelli in corso, e con quale tempistica».

Da ultimo, con riferimento ai primi esiti assolutori - come quello in esame - ed alle proposte impugnazioni, v. altresì l'interrogazione n. 3-0177 presentata dagli onorevoli FARINA, MIGLIORE e FRIAS al Ministro della Giustizia nel corso del *question time* dell'11 luglio 2007 (in *Atti Camera*, XV Legislatura, in *Resoconti parlamentari. Testi allegati all'ordine del giorno della seduta n. 187 di mercoledì 11 luglio 2007*): «Per sapere - premesso che: la concessione di un assegno di mille euro per figlio nato o adottato, prevista dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266, ha dato luogo a rilevanti problemi interpretativi per i numerosi casi di cittadini stranieri regolarmente residenti in Italia, i quali, avendo ricevuto una lettera «personale» dal precedente Presidente del Consiglio dei ministri e un modulo precompilato con l'indicazione dell'ufficio postale dove ritirare il c.d. *bonus bebé*, seguendo le istruzioni avevano ritirato la somma, che invece i commi 330-333 dell'art. 1 della legge finanziaria sembravano riservare ai cittadini italiani; che non si trattasse di norme chiare è stato successivamente attestato dalla discussione sorta in sede di approvazione della legge finanziaria per il 2007, nella quale si è, infine, previsto che le somme di cui all'art. 1, comma 333, della legge 266/2005, erogate in favore di soggetti sprovvisti del requisito di cittadinanza italiana o comunitaria, non debbano essere restituite e che nessuna sanzione amministrativa debba essere irrogata ai beneficiari: con ciò riconoscendo l'incongruità dell'esclusione dei cittadini stranieri regolarmente dimoranti in Italia da benefici dichiaratamente rivolti «al sostegno delle famiglie e della solidarietà per lo sviluppo socio-economico» e le difficoltà applicative che avevano portato ad errori, sia da parte dei cittadini che da parte degli uffici incaricati dell'erogazione e del controllo; ciononostante alcune procure della Repubblica hanno esercitato l'azione penale nei confronti degli stessi cittadini, ritenuti in buona fede dal legislatore, ipotizzando i gravi reati di falso e addirittura truffa aggravata ai danni dello Stato; nella maggior parte dei casi, invece, le notizie di reato sono state archiviate; in particolare, risulta che in Lombardia la procura della Repubblica di Varese ha chiesto

giorno e freschi padri o madri, si sono presentati all'ufficio postale loro rispettivamente indicato; hanno compilato il modello precompilato necessario per riscuotere l'agognato *bonus* nell'unica parte libera (cioè quella in cui andavano riportati i dati personali di chi ritirava la somma); forse per la scarsa conoscenza della lingua (scritta) italiana, forse perché convinti che dalla nascita derivasse automaticamente l'acquisto della nostra cittadinanza, hanno (falsamente ma inconsapevolmente) autocertificato la nazionalità italiana del proprio figlio appena nato esibendo contestualmente i propri documenti di identità (genuini, da cui risultava la rispettiva cittadinanza straniera). E così, siccome gli impiegati degli uffici postali non erano tenuti a verificare la veridicità di quanto dichiarato in punto di cittadinanza, la somma alla fin fine è stata regolarmente assegnata, anche se per errore.

Nei mesi successivi, scoppiato il caso, il Ministero dell'economia ha iniziato a richiedere indietro le somme indebitamente incassate dagli stranieri extracomunitari. In qualche circostanza – come in quella di specie – l'importo è stato persino riconsegnato, a dimostrazione della buona fede dei percettori; talora, paradossalmente, è stata la stessa restituzione a far scattare d'ufficio il procedimento penale; nella maggior parte delle altre situazioni, invece, la *restituito* non c'è stata affatto anche perché, frattanto, a fine luglio 2007 è stata annunciata, fatalmente, la solita soluzione condonistica ⁽⁶⁾.

decine di processi, mentre le altre procure della Repubblica hanno chiesto l'archiviazione dei casi; i giudici di Varese, peraltro, investiti della questione, hanno assolto i beneficiari del *bonus bebè*, con sentenze rese note dagli organi di stampa, approvate dalla generalità dei cittadini, pubblicate e commentate positivamente su fonti di informazione giuridica (così come analoghe sentenze di assoluzione rese a Perugia), dalle quali risultano una pluralità di motivi di assoluzione e l'impossibilità di celebrare un processo penale a carico di queste persone; risulta ora che la procura generale di Milano abbia impugnato in appello le assoluzioni di queste persone (che non hanno commesso alcun reato, in sostanza adeguandosi ad una comunicazione del precedente Presidente del Consiglio dei ministri e ricevendo lo specifico e convinto avallo del nuovo Parlamento con una specifica disposizione della legge finanziaria per il 2007); ferma restando l'autonomia della magistratura nell'esercizio delle proprie funzioni, non pare certamente congruo tormentare, con disparità di trattamento, in un'unica sede giudiziaria, con la prosecuzione di un processo penale che agli interroganti risulta evidentemente infondato, come tale riconosciuto da numerosi giudici ed anche da pubblici ministeri, dei cittadini che non hanno commesso alcun reato, tra l'altro con uno spreco di risorse pubbliche nell'ambito della giustizia, provocato dalla stessa magistratura, per la celebrazione di decine di processi inutili, che contraddice quanto la stessa magistratura - e quella milanese in particolare - lamenta da tempo -:

se abbia conoscenza di questi fatti, dell'entità del fenomeno, nonché se intenda valutare in termini anche economici il peso delle iniziative descritte in premessa e se non ritenga di dover intervenire con un'immediata iniziativa legislativa, allo scopo di chiarire definitivamente l'applicazione della disciplina in questione».

⁽⁶⁾ Al fine di attenuare le polemiche suscitate dalla vicenda, nel corso del Consi-

E mentre le Procure di mezz'Italia hanno aperto gli inevitabili procedimenti penali per falso ideologico in atto pubblico e truffa aggravata ai danni dello Stato, dalla sua il (nuovo) Governo è infine corso ai ripari prevedendo, con la finanziaria 2007, la non ripetibilità delle somme di cui all'art. 1, comma 333, della legge n. 266/2005 erogate in favore di soggetti sprovvisti del requisito di cittadinanza italiana o comunitaria e, parimenti, l'inefficacia delle ordinanze-ingiunzioni emesse ai sensi dell'art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689 ⁽⁷⁾. Una scelta legislativa, questa, retta evidentemente da due convergenti profili: la riconosciuta incongruità dell'esclusione dei cittadini stranieri regolarmente dimoranti in Italia da benefici dichiaratamente rivolti al «sostegno delle famiglie e della solidarietà per lo sviluppo socio-economico»; e le difficoltà applicative che avevano portato ad errori sia da parte dei cittadini che da parte degli uffici incaricati dell'erogazione e del controllo ⁽⁸⁾.

2. Così riepilogati i fatti, diviene chiara la *ratio decidendi* della decisione assolutoria in rassegna, che recepisce *in toto* la tesi della scusabilità per buona fede del prevenuto, reputando di avere a che fare con un comportamento "viziato" nella volontà dell'imputato in ragione della scarsa conoscenza della lingua e della legge italiana, ma anche delle stesse comunicazioni poco chiare del Governo e delle stesse contraddizioni palesate dall'Amministrazione.

Pur in presenza di un'autocertificazione non rispondente al vero, nella parte evidenziante il possesso della cittadinanza italiana (o di altro paese Ue) in capo al genitore istante, non c'è dolo nella condotta dello straniero che, credendosi "cittadino" (perché in possesso di titolo valido per risiedere in Italia), sia caduto in errore incolpevole anche per effetto delle stesse comunicazioni ufficiali del Governo e delle stesse amministrazioni: così conclude giustamente il G.u.p. perugino, secondo cui l'indebita percezione da parte di

glio dei ministri del 21 luglio 2006 è stato diramato un comunicato stampa col il quale il Sottosegretario On. LETTA ha dichiarato che gli extracomunitari che avessero indebitamente riscosso la somma del c.d. "bonus bebè" non erano tenuti alla restituzione della stessa all'Amministrazione.

⁽⁷⁾ Cfr. art. 1, commi 1287-88, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)», in *G.U.* n. 299 del 27 dicembre 2006, Supplemento ordinario n. 244: «1287. Le somme di cui all'art. 1, comma 333, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, erogate in favore di soggetti sprovvisti del requisito di cittadinanza italiana, ovvero comunitaria, non sono ripetibili.

1288. Le ordinanze-ingiunzioni emesse a norma dell'art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni, in applicazione dell'art. 1, comma 333, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sono inefficaci».

⁽⁸⁾ In termini, G.U.P. Trib. Varese, 12 gennaio 2006, L.J., in *Famiglia e minori*, 2007, n. 7, 74, con nota di G. AMATO, *Una soluzione condivisibile anche se la formula assolutoria poteva essere diversa*, relativa ad una fattispecie identica a quella tratta dalla decisione in commento.

cittadini extracomunitari non aventi titolo soggettivo per ricevere il contributo *una tantum* previsto per i nati nell'anno 2005 "non costituisce reato".

L'imputato – motiva il decidente umbro, ripercorrendo con condivisibile sarcasmo le tappe di questa ennesima beffa all'italiana – "si sentì dire dallo Stato che poteva avere 1.000,00 euro, e subito dopo gli venne detto (ma non era facile capirlo) che non erano per lui. Andò all'Ufficio postale e capì che c'era un modo per averli, senza che egli dovesse nascondere alcunché; quindi gli vennero dati, ma poi subì un procedimento penale, e l'imputato dovette comprendere che quei soldi erano da restituire. A quel punto è arrivata una legge, che ha detto che il denaro non lo doveva ridare più indietro (intanto, ahilui, lo aveva già fatto), ma se il processo andasse avanti potrebbe arrivare una condanna, magari a una pena pecuniaria per effetto di conversione: pena che intuirebbe di dover pagare, anzi no perché c'è l'indulto".

Ed allora quanto mai illuminanti sono le domande che (retoricamente) si pone il giudice di prime cure in parte motiva: premesso che un comportamento artificioso e truffaldino degno di tali nomi vuole che l'autore nasconda o dissimuli la realtà, "quale frode realizzò mai chi si limitò a firmare un documento predisposto da altri, presentatogli come strumento per ottenere una somma di cui aveva sentito parlare in TV, in cui risultava una sua cittadinanza italiana che invece egli stesso sconfessava facendo vedere i suoi documenti? Dove è mai la pretesa induzione in errore?"

In definitiva, per il giudicante non sussiste alcun rimprovero psicologicamente movibile in ordine agli ipotizzati reati, "né può pensarsi di dar la stura alla rilevanza di un'inescusabile *ignorantia legis*: si tratterebbe infatti di errore di diritto, ma non sul divieto, bensì sul fatto costituente reato, risolvendosi nell'erronea percezione di un elemento normativo della fattispecie, tratto da fonte extrapenale. Ancora una volta, tale da escludere in radice la sussistenza del dolo".

Nello specifico – si spiega nella sentenza in epigrafe – l'approssimazione con cui l'imputato ebbe ad approcciarsi alla pratica per accedere al finanziamento "la dice lunga sulla possibilità che egli cadde in errore incolpevole, anche a causa del suo livello culturale: significativamente, egli confuse la data di presentazione della dichiarazione sostitutiva di notorietà con la data di nascita della moglie, della quale aveva appena indicato il codice fiscale nello spazio precedente, e pensò che l'indicazione successiva di un giorno, un mese e un anno dovessero riguardare sempre gli altri componenti il suo nucleo familiare. Ancor più rilevante, a definitiva conferma della sua buona fede, è la constatazione che egli restituì il *bonus* non appena gli venne fatto notare che non avrebbe potuto riceverlo, e ciò accadde già prima che la Polizia Giudiziaria lo informasse della pendenza del procedimento ai fini della rituale elezione di domicilio (come documentato con le produzioni difensive)".

Segue, in definitiva, l'assoluzione del prevenuto per difetto dell'elemento psicologico di entrambi i contestati reati.

3. Come s'è già anticipato *ab initio*, la rassegnata decisione appare condivisibile, perché improntata a sano buon senso.

Qualche riflessione si impone, tuttavia, in ordine alla formula assolutoria prescelta dal giudicante con riguardo all'imputazione di truffa aggravata ("il fatto non costituisce reato"), laddove – in concreto – poteva adottare, all'esito di una diversa ricostruzione giuridica, una soluzione più radicale per insussistenza del fatto-reato. E ciò – si badi – non già per puro tuziorismo accademico, ma per reale possibilità di reperire una formula più ampiamente liberatoria che non ripieghi sulla semplice insussistenza dell'elemento psicologico del reato ma si appunti, più in profondo, sull'inconfigurabilità materiale degli elementi integrativi della fattispecie di cui all'art. 640-*bis* c.p. Con l'ulteriore vantaggio di fuggare, per questa via, ogni obiezione altrimenti mobile ove si faccia leva, a fini proscioglitivi, (solamente) su quella sorta di ignoranza della legge penale indotta dal comportamento dell'Amministrazione, nella misura in cui potrebbe in tal caso teoricamente opporsi quel "dovere di informazione" (attraverso l'espletamento di qualsiasi utile accertamento per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia) che è stringentemente posto a carico di chi – a maggior ragione se straniero – voglia avvalersi di una particolare disciplina di favore⁽⁹⁾, quale è quella di cui trattasi⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ È vero che tra i criteri oggettivi e misti, cui commisurare l'ignoranza inevitabile della legge penale, la nota sentenza costituzionale n. 364/1988 evidenzia l'oscurità della norma, i gravemente caotici e ripetuti contrasti giurisprudenziali, le assicurazioni fornite da una fonte istituzionale qualificata ed i "pareri", variamente atteggiatesi, dei professionisti, ma punto di partenza è l'affermazione secondo la quale sussiste l'obbligo di astenersi in caso di dubbio sulla liceità della condotta evidenziato dalla giurisprudenza non univoca (così, testualmente, Cass., Sez. III, 15 marzo 2002, Catalano, in *Cass. pen.*, 2003, 2411 ss.; Cass., sez. VI, 27 marzo 1995, Bando, in *C.E.D. Cass.*, rv. 201518; Cass., sez. VI, 14 novembre 1989, Bondoni, *ivi*, rv. 183612) senza, però, sottovalutare, ai fini della conoscibilità del precetto, il gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari, altrimenti si svaluta del tutto l'inevitabilità dell'errore. Così anche Cass., sez. III, 1° giugno 1994, Cherubini, in *Riv. pen.*, 1995, 328: «...il dubbio sulla liceità o meno, così originato, deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino, cioè (secondo l'esplicito pensiero espresso nella sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 1988, n. 364) all'astensione dall'azione, se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità dell'azione stessa; e ciò, perché il dubbio, non essendo equiparabile allo stato di inevitabile ed invincibile ignoranza, non esclude la consapevolezza della illiceità».

⁽¹⁰⁾ Così, condivisibilmente, G. AMATO, *op. cit.*, 80, il quale, in relazione ad un caso analogo a quello di specie, conclusosi sempre per insussistenza del dolo (G.U.P. Trib. Varese, 12 gennaio 2006, *cit.*), pure propone l'assoluzione "perché il fatto non sussiste" quale soluzione "più lineare perché evita quelle difficili acrobazie che – pur con motivazione riccamente elaborata – il giudicante ha dovuto fare per escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo".

Invero nella vicenda in commento si ha che fare con una mera dichiarazione *in parte qua* non conforme al vero (il possesso della cittadinanza italiana o comunitaria), in assenza di ulteriori contegni decettivi posti in essere da parte dell'imputato e senza che la collocazione della condotta ostentativa sia avvenuta in un contesto altrimenti qualificato di illiceità. Lo straniero che ha riscosso *sine titulo* il *bonus* bebè si è limitato a firmare un modulo (in cui doveva solo compilare i campi attinenti ai dati anagrafici dei genitori ed i codici fiscali del nucleo familiare) su cui era prestampata un'autocertificazione di cittadinanza italiana o comunitaria; dopodiché si è recato alle Poste con la propria carta d'identità sulla quale c'era chiaramente scritta la propria cittadinanza. L'immigrato non ha posto in essere, dunque, alcun raggirio *ulteriore* penalmente rilevante (anche perché qualsiasi operatore di sportello poteva verificare la difformità fra quanto scritto nell'autocertificazione ed i dati contenuti sulla carta di identità), men che meno ha indotto in errore nessuno.

A fronte, allora, di una semplice attestazione di un fatto *contra verum*, ben si sarebbe potuta escludere, sin dalla sua materialità oggettivo-strutturale, la contestata truffa aggravata, ravvisando semmai la fattispecie meno grave di cui all'art. 316-ter c.p., incriminante l'indebita percezione di erogazioni in danno dello Stato ⁽¹¹⁾.

D'altro canto è pacifica la natura *residuale e sussidiaria* dell'art. 316-ter c.p. rispetto all'art. 640-bis c.p.: lo stesso giudice costituzionale, di recente, nel dichiararne manifestamente infondata la sollevata questione di legittimità costituzionale ⁽¹²⁾, ha riconosciuto a tale norma "ancillare" com-

⁽¹¹⁾ Per questa riqualificazione giuridica, v. G.U.P. Trib. Varese, 12 gennaio 2006, *cit.*, 73 ss., con nota di G. AMATO, *op. cit.*: «Il cittadino straniero extracomunitario che abbia chiesto e ottenuto, previa sottoscrizione di un modulo prestampato pervenutogli a domicilio, l'erogazione di un assegno da parte della pubblica amministrazione a titolo di contribuzione per la nascita di un figlio (trattavasi dell'erogazione di mille euro per figlio nato o adottato, prevista dalla legge 23 dicembre 2005 n. 266), dichiarando in modo difforme dal vero di essere cittadino italiano o comunitario, non integra la fattispecie di truffa *ex art. 640-bis c.p.*, ma semmai quella di cui all'art. 316-ter c.p.». Nella specie, peraltro, il giudicante ha escluso la sussistenza dell'elemento psicologico atto a supportare non solo il delitto di cui al comma 1 dell'art. 316-ter, ma anche l'illecito amministrativo di cui al successivo comma 2, configurabile in ragione dell'importo complessivo dell'erogazione, inferiore alla ivi prevista soglia di rilevanza penale, e ciò in ragione, principalmente, del comportamento complessivo dell'amministrazione, ritenuto tale da avere indotto in errore il richiedente sul possesso dei requisiti per l'erogazione del beneficio.

⁽¹²⁾ Sollevata dalla Corte d'appello di Milano (ord. 25 novembre 2002, in *G.U.* n. 13/2003, 1^a serie speciale), in una prospettiva di lettura dell'art. 316-ter c.p. quale norma *speciale* che, prevalendo *ex art. 15 c.p.* sulla truffa aggravata, avrebbe assicurato – ad avviso del giudice *a quo* – un trattamento sanzionatorio irragionevolmente più favorevole a fatti di indebita percezione di contributi a danno dello Stato, di enti pubblici o delle Comunità europee; fatti che, al lume di certa lettura giurisprudenziale del concetto di "artifici o raggiri", sarebbero ricaduti – "pacifica-

piti di tutela complementare rispetto a quella offerta dall'art. 640-*bis* c.p., in funzione di "copertura" di eventuali margini di scostamento, per difetto, del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della frode "in materia di spese" ⁽¹³⁾.

Insomma, il fatto contestato dal P.M. come truffa aggravata meritava, piuttosto, un inquadramento sotto l'art. 316-*ter* c.p., più lievemente sanzionato, con l'importante conseguenza che, essendo il profitto conseguito nella specie dall'agente (pari a 1.000 euro, peraltro restituiti) inferiore alla soglia minima di punibilità prevista dal comma 2 dello stesso articolo ⁽¹⁴⁾, la condotta contestata allo straniero non avrebbe avuto rilievo penale nemmeno in questa forma derubricata. Restava al più la sanzionabilità solamente in via amministrativa ma, a ben vedere, neppure a questo titolo vi sarebbero stati seguiti di sorta, stante la richiamata "irripetibilità" delle somme erogate agli extracomunitari e la prevista "inefficacia" delle ordinanze-ingiunzioni già emesse ⁽¹⁵⁾.

Una simile soluzione – evidentemente più ampiamente liberatoria – sarebbe stata conforme a quella giurisprudenza di legittimità impegnata ad individuare un (affidabile) *discrimen* tra la fattispecie delittuosa di cui all'art. 316-*ter* c.p. e quella di truffa (sia nell'ipotesi di cui all'art. 640-*bis* c.p., che in quella aggravata ai sensi dell'art. 640, comma 2, n. 1, c.p.) e che afferma da tempo come, con l'introduzione dell'art. 316-*ter* c.p., il legislatore abbia inteso escludere la configurabilità di artificio o raggiro, tale da integrare la truffa, nella mera ostentazione di documenti non veri (utilizzo o presentazione di documenti falsi o attestanti cose non vere) o nel mero silenzio (omissione di informazioni dovute); sicché, in presenza di tali congegni, non accompagnati da "ulteriori malizie" dirette all'induzione in errore del soggetto passivo, deve applicarsi al posto della truffa, la più favorevole disposizione dell'art. 316-*ter* c.p. ⁽¹⁶⁾. Peraltro, tale indirizzo si allinea al-

mente" ad avviso del remittente (*sic!*) – nella sfera punitiva della truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

⁽¹³⁾ «Margini la cui concreta entità – correlata alle più o meno ampie "capacità di presa" che si riconoscano al delitto di truffa, avuto riguardo sia all'elemento degli "artifici o raggiri", in qualunque forma realizzati, sia al requisito dell'induzione in errore – spetta all'interprete identificare, ma sempre nel rispetto della inequivoca vocazione sussidiaria della norma oggi sottoposta a scrutinio»: così C. Cost., ord. 8 marzo 2004, n. 95, in *Dir. giust.*, 2004, n. 16, 21, con nota di NATALINI, *Frodi comunitarie, l'articolo 316 ter C.p. è soltanto un'arma spuntata. Ambito applicativo talmente esiguo che sfiora l'inutilità.*

⁽¹⁴⁾ Pari a 3.999 euro.

⁽¹⁵⁾ Sull'inutilità della remissione degli atti all'autorità amministrativa, in ragione della nuova normativa del 2007, che ha "neutralizzato" gli effetti dell'illecito amministrativo, cfr. - in un caso identico a quello di specie – G.U.P. Trib. Varese, 12 gennaio 2006, *cit.*

⁽¹⁶⁾ In tal senso v. Cass., sez. VI, 10 ottobre 2003, PG in proc. Riillo, in *C.E.D. Cass.*, rv. 228191; Cass., sez. II, 6 marzo 2003, PG in proc. Caminati ed altro, in *C.E.D. Cass.*, rv. 224966; Cass., sez. II, 22 marzo 2002, PM in proc. Morandell, in

l'interpretazione data dal giudice nomofilattico più di dieci anni or sono, quando le Sezioni unite riconobbero la sussistenza del solo reato di c.d. frode comunitaria allorché il soggetto si fosse limitato ad esportare dati falsi ed alle false dichiarazioni non si fossero accompagnati artifici e raggiri di altra natura ⁽¹⁷⁾.

4. Ad analoghi esiti assolutori per insussistenza della (contestata) truffa ex art. 640-*bis* c.p. (e di quella, non contestata, di indebita percezione di erogazioni pubbliche ex art. 316-*ter* c.p.) sarebbe potuto pervenire il decidente anche qualora, nell'individuare i confini applicativi tra le surrichiamate fattispecie, avesse abbracciato l'altro – e più rigoroso – orientamento giurisprudenziale, pure predicato dalla Corte di legittimità, in forza del quale le condotte descritte dall'art. 316-*ter* c.p., ossia la mera ostentazione di documenti non veri o il mero silenzio, ben possono concorrere ad integrare gli artifici e/o i raggiri previsti dalla fattispecie di truffa, ove di questa figura siano integrati i presupposti ⁽¹⁸⁾. E questo perché – si sostiene

Cass. pen., 2003, 1214, con nota di MANDUCHI, "Tanto tuonò... che non piovve": perplessità e reticenze della prima giurisprudenza di legittimità sul nuovo art. 316-*ter* c.p. Prima dell'introduzione dell'art. 316-*ter* c.p., con riferimento all'analogia fattispecie di cui all'art. 2 della legge 23 dicembre 1986, n. 898 e alla sua natura sussidiaria rispetto al più grave reato di truffa, cfr. *Cass.*, sez. V, 13 marzo 1998, Lucarella ed altro, in *C.E.D. Cass.*, rv. 210357.

⁽¹⁷⁾ «Per i fatti anteriori alla modifica introdotta con l'art. 73 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, il reato di frode comunitaria, previsto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1986, n. 898, ha carattere sussidiario rispetto a quello di truffa aggravata. Ne consegue che esso è configurabile solo quando il soggetto si sia limitato semplicemente all'esportazione di dati e notizie falsi, e non anche quando alle false dichiarazioni si accompagnino artifici e/o raggiri di altra natura, che integrano, invece, il delitto di truffa aggravata»: così *Cass.*, sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni ed altri (in *Cass. pen.*, 1996, 2892, con nota di CESQUI, *Il rapporto tra la truffa aggravata e la legislazione speciale nelle frodi ai danni della Feoga*, in *Foro it.*, 1996, II, 273, con nota di FERRARO, *Frodi "comunitarie": specialità o sussidiarietà?*, in *Guida al dir.*, 1996, n. 24, 80, con nota di PICCIOTTI): nell'enunciare il principio di cui in massima, la S.C. ha affermato che la fattispecie di cui al citato art. 2, menzionando soltanto l'esposizione di dati falsi senza aggiungere "o altri artifici o raggiri", rivela chiaramente che la norma, nel vastissimo ventaglio di possibili artifici e raggiri, ha enucleato quello di gravità minore, rappresentato dalla semplice "esposizione di dati e notizie falsi" e soltanto a tale condotta, non accompagnata da ulteriori "malizie" dirette all'induzione in errore del soggetto passivo, ha inteso collegare conseguenze più favorevoli in termini sanzionatori di quelle previste per il delitto di truffa). Nello stesso senso v. *Cass.*, sez. V, 22 settembre 1998, Cimieri, in *C.E.D. Cass.*, rv. 211624.

⁽¹⁸⁾ V. da ultimo, *Cass.*, sez. II, 8 giugno 2006, Corsinovi, in *C.E.D. Cass.*, rv. 234996, secondo cui: «La fattispecie criminosa di cui all'art. 316-*ter* c.p., che sanziona l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, costituisce norma sussidiaria rispetto al reato di truffa aggravata (artt. 640, commi 1 e 2, n. 1, 640-*bis* c.p.),

– anche il mendacio e il silenzio che, a stretto rigore, rientrerebbero nei contegni punibili ai sensi dell'art. 316-ter c.p., possono assumere le connotazioni “artificiose” o di “raggiro” in riferimento ad uno specifico obbligo giuridico di verità, la cui violazione sia penalmente sanzionata, perché essi qualificano l'omessa dichiarazione o la dichiarazione contraria al vero, come artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto o manipolazione dell'altrui sfera psichica.

Orbene, anche a voler accedere a questa tesi interpretativa, in difetto di uno specifico obbligo di dire la verità in capo allo straniero extracomunitario rispetto al possesso della cittadinanza italiana o comunitaria, non si sarebbe comunque potuta sostenere la configurabilità della truffa (aggravata); al più residuava l'incriminazione di cui all'art. 316-ter c.p.⁽¹⁹⁾, a sua volta insussistente per le ragioni sopra esposte. Nella specie, infatti, l'autocertificazione incriminata non concerneva il requisito della cittadinanza, giacché la legge n. 266/2005 prevedeva espressamente quale oggetto di dichiarazione sostitutiva solo le condizioni di reddito e non anche lo *status* soggettivo di cittadino italiano.

Dunque, all'esito dell'imprescindibile esame del caso concreto tendente a valutare se – in questo ipotetico diverso abbrivio interpretativo – la contestata condotta dichiarativa (formalmente rispondente solo alla fattispecie delineata dall'art. 316-ter c.p.) integrasse *anche* quella descritta (ed in effetti contestata) *ex art.* 640-*bis* c.p., giammai il decidente avrebbe potuto concludere nel senso della sussistenza, in punto di materialità, della truffa aggravata, non essendovi una dichiarazione *contra verum* qualificabile come artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto o comunque manipolatrice dell'altrui sfera psichica, e del pari non profilandosi un mendacio avente connotazioni (ulteriormente) “artificiose” o di “raggiro” per carenza di specifici obblighi giuridici di verità, penalmente sanzionati.

ALDO NATALINI

essendo destinata a colpire condotte che non rientrano nel campo di operatività di queste ultime. Ne consegue che la semplice presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere non integra necessariamente il primo delitto ma, quando ha natura fraudolenta, può configurare gli “artifici o raggiri” descritti nel paradigma della truffa e, unitamente al requisito della “induzione in errore”, può comportare la qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 640 o 640-*bis* c.p.»; Cass., sez. II, 10 febbraio 2006, PM in proc. Fasolo, *ivi*, rv. 233449; Cass., sez. II, 6 luglio 2006, Carere, *ivi*, rv. 234848; Cass., sez. II, 28 ottobre 2005, Maiorana ed altro, *ivi*, rv. 232785.

⁽¹⁹⁾ In termini, condivisibilmente, G. AMATO, *Una soluzione condivisibile*, cit., 80.

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 5 dicembre 2005, n. 525 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* CARDONI – Sagad s.r.l., ATI Sagad s.r.l., Euroservice s.r.l. (avv. Francario) c. F.C.U. Ferrovia centrale umbra s.r.l. (avv.ti Rampini e Colombo). Con. Servizi Centro Nord Est Soc. Consortile a r.l., Aurora s.p.a. (Avv.ti Veronese e Munarin) c. F.C.U. Ferrovia centrale umbra s.r.l. (avv.ti Rampini e Colombo).

Procedimento amministrativo – Annullamento in autotutela – Contratti della p.a. – Appalto – Aggiudicazione provvisoria – Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento – Legittimità.

Procedimento amministrativo – Autoannullamento per motivi di legittimità – Contratti della p.a. – Appalto – Aggiudicazione provvisoria – Non travolgimento di situazioni consolidate – Legittimità.

L'annullamento in autotutela non è viziato per l'omissione dell'avviso di avvio del procedimento se concerne un'aggiudicazione solamente provvisoria essendo quest'ultima un atto endoprocedimentale dal quale non deriva alcun affidamento qualificato (1).

Il potere di autoannullamento per motivi di legittimità (autotutela) trova un ostacolo nell'esigenza che non vengano travolte situazioni consolidate, prodottesi per effetto dell'atto della cui illegittimità solo tardivamente si prende consapevolezza. E' pertanto legittimo l'annullamento d'ufficio di aggiudicazione provvisoria di un appalto, verificato che i supposti vizi di legittimità siano veramente tali, in quanto, data la natura provvisoria dell'atto, non vi sono situazioni consolidate da tutelare (2).

(*Omissis*) 3. Tanto osservato, il Collegio ritiene, in primo luogo, che sul piano formale, l'annullamento in autotutela non sia viziato per l'omissione dell'avviso d'avvio del procedimento.

Difatti, questo non è richiesto, per consolidata giurisprudenza (e pluribus: Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885, sez. IV 13 settembre 2001 n. 4805, Tar Piemonte, sez. II, 20 marzo 2004, n. 484) in presenza di un'aggiudicazione solamente provvisoria.

Questa ultima, invero, si connota come atto endoprocedimentale dal quale non deriva alcun affidamento qualificato. Del resto, la fase di passaggio dall'aggiudicazione provvisoria alla definitiva ha ragion d'essere proprio in quanto costituisce la sede di una conclusiva verifica della legittimità del procedimento; pertanto rientra in una certa normalità che l'aggiudicazione provvisoria venga annullata per motivi di legittimità.

Si può anche aggiungere che, per giurisprudenza più che consolidata, il potere di autoannullamento per motivi di legittimità (autotutela) trova un ostacolo (peraltro solo relativo, vale a dire superabile mediante apposita e congrua motivazione) nell'esigenza che non vengano travolte situazioni consolidate, prodottesi per effetto dell'atto della cui illegittimità solo tardivamente si prende consapevolezza. Nel caso in esame, non essendo ancora stato stipulato il contratto, non vi sono (ovviamente) situazioni consolidate in questo senso. Salva, beninteso, la necessità di verificare se il supposto vizio di legittimità sia veramente tale.

Ne discende l'infondatezza del motivo di censura formulato sul punto dalle parti ricorrenti.

4. Così chiariti i termini della questione, si pone in evidenza come si tratti qui di scelte della stazione appaltante implicanti anche aspetti discrezionali.

Infatti, esse investono sia l'accertamento dell'esistenza di vizi della procedura, sia la valutazione della probabilità di un contenzioso (fatto negativo in sé), dello sfavorevole esito dello stesso, e dell'opportunità di rinnovare il procedimento.

Il giudizio del Tribunale, dunque, è circoscritto, com'è noto, ai vizi formali e alla logicità di dette scelte.

Ebbene, questa appare indubbia. (*Omissis*).

8. Quanto sin qui esposto, fa giudicare infondate le censure d'eccesso di potere con riferimento ai vizi sin qui esaminati.

Questo, rende il provvedimento resistente all'eventuale insussistenza del vizio indicato sub C per cui si giudica legittimo l'annullamento in autotutela qui avverso.

Ne deriva l'infondatezza del ricorso n. 334/2005 e quella dei motivi aggiunti presentata nel ricorso n. 209/2005. Quest'ultimo ed il correlato ricorso incidentale, sono conseguentemente improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse per effetto dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria (*Omissis*).

(1-2) L'annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione provvisoria alla luce di un recentissimo *revirement* di Palazzo Spada.

1. La sentenza in esame decide su due ricorsi riuniti per ragioni di con-

nessione soggettiva ed oggettiva. Infatti, con un primo ricorso (n. 209/2005), l'ATI SAGAD, seconda nella gara per l'affidamento del servizio di pulizia presso la Ferrovia Centrale Umbra, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria a favore del Consorzio di Servizi Centro Nord Est e la consorziata Aurora s.p.a., controinteressate e ricorrenti incidentali, nonché, con motivi aggiunti, il sopravvenuto annullamento in autotutela della gara stessa. Con un secondo ricorso (334/2005) il Consorzio di Servizi Centro Nord Est e la consorziata Aurora s.p.a. hanno impugnato a loro volta detto annullamento. Il Tar umbro, nell'affermare la piena legittimità dell'atto di annullamento in autotutela, ha statuito l'infondatezza del secondo ricorso e dei motivi aggiunti presentati nel primo ricorso. Quanto al primo ricorso ed al correlato ricorso incidentale lo ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse in seguito all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria.

La sentenza del Tribunale amministrativo umbro, in commento, pur con le precisazioni che di seguito verranno formulate, si segnala all'attenzione dell'interprete per la linearità e sistematicità dello sviluppo logico-giuridico posto a fondamento del *decisum*.

L'istituto che nella presente fattispecie viene approfondito è quello dell'annullamento d'ufficio in autotutela ⁽¹⁾ di un provvedimento amministrativo esaminato sotto un duplice angolo prospettico: quello della comunicazione di avvio del procedimento e quello dei presupposti per il legittimo esercizio di questo potere di secondo grado. In entrambi i profili la motivazione del Tar locale non appare convincente anche alla luce di differenti e recenti orientamenti giurisprudenziali.

2. La prima problematica, come anticipato, che viene affrontata nella sentenza è di tipo formale ossia se l'annullamento d'ufficio ⁽²⁾ possa essere viziato per l'omissione dell'avviso d'avvio del procedimento.

⁽¹⁾ Si deve al BENVENUTI una compiuta definizione dell'istituto (BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 539): "per autotutela s'intende quella parte di attività amministrativa con la quale la pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti e alle sue pretese". La problematica dell'autotutela è stata anche recentemente affrontata da LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004 e BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 362 ss. Per una panoramica dell'istituto negli ordinamenti degli Stati membri si veda MERUSI, *La problematica dell'annullamento d'ufficio*, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 92 ss. ed anche SCHWARZE, *European administrative law*, Londra, 1992, 258 ss.

⁽²⁾ Sul tema dell'annullamento d'ufficio, si veda MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVI, 1947, 1132; BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1956; SANTI ROMANO, *Annulamento (Teoria de) nel diritto amministrativo*, in

Come è noto ai procedimenti di secondo grado si applica il principio del *contrarius actus*: la p.a. è tenuta ad osservare lo stesso *iter* procedimentale e la stessa forma prescritti per il provvedimento di primo grado. In particolare, vige l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento⁽³⁾, salvo naturalmente le eccezioni previste anche per il procedimento di primo grado, in quanto si ritiene che, soprattutto quando la p.a. debba valutare circostanze complesse, i contributi dei partecipanti potrebbero far emergere elementi idonei a convincere l'autorità precedente a recedere da una determinazione ad essi sfavorevole⁽⁴⁾.

La censura sul punto non viene ritenuta dal Tar umbro pregnante per la natura dell'atto che è stato annullato: un'aggiudicazione solamente provvisoria che si connota come atto endoprocedimentale dal quale non deriva alcun affidamento qualificato⁽⁵⁾.

Confermerebbe l'assunto una consolidata giurisprudenza. Ebbene, se è pur vero che molti Giudici amministrativi pronunciatisi sul punto⁽⁶⁾ hanno affermato che l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria di una gara pubblica non deve essere preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, proprio in un precedente giurisdizionale citato in sentenza si trova una sottile precisazione che è sfuggita al Giudice umbro. Infatti, secondo il Supremo Consesso⁽⁷⁾, mentre nell'ipotesi di un provvedimento illegittimo basato su presupposti verificabili in modo immediato ed univoco, l'esigenza di garanzia e di trasparenza sottese all'istituto della comunicazione di avvio del procedimento recedono a favore dei criteri d'economicità e di speditezza, ove, invece, la rimozione del provvedimento implichi valutazioni discrezionali, o l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento, è necessario l'avviso di avvio del procedimento. Non si tratta, in fondo, che la specificazione in una

Nss. dig. it., Torino, 1957; CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 484.

⁽³⁾ Cons. St., sez. V, 15 marzo 2004, n. 1272 in *Giust. amm.*, 2004, 397; Corte cost., 5 novembre 1996, n. 386 in *Giur. Cost.*, 1996, 3583.

⁽⁴⁾ Cfr. ZARAMELLA, *Annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e tutela delle posizioni soggettive*, in *Studium iuris*, 2004, 1076-1083.

⁽⁵⁾ Sul principio di affidamento nel diritto amministrativo si invia a MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, cit. ed a MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

⁽⁶⁾ Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885; TAR Piemonte, sez. II, 20 marzo 2004 n. 484 tutte e due consultabili su www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2001, n. 4805 in *Cons. Stato*, 2001, I, 2076.

⁽⁷⁾ Si allude a Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885 che ricorda ulteriori precedenti giurisdizionali: Cons. St., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3605, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2001, 1226 e Cons. St., 17 luglio 2001, n. 3954, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

fattispecie concreta, quella dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico, del generale principio, ora peraltro codificato ⁽⁸⁾, in base al quale il provvedimento non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ⁽⁹⁾. Premesso questo, nel caso specifico è lo stesso Tar umbro, assunta la necessità di verificare se il supposto vizio di legittimità sia veramente tale, a porre "in evidenza come si tratti qui di scelte della stazione appaltante implicanti anche aspetti discrezionali. Infatti, esse investono sia l'accertamento dell'esistenza di vizi della procedura, sia la valutazione della probabilità di un contenzioso (fatto negativo in sé), dello sfavorevole esito dello stesso, e dell'opportunità di rinnovare il procedimento". Ne consegue, conformemente alle premesse da cui siamo partiti, che nel presente caso forse i partecipanti avrebbero potuto fornire elementi idonei a convincere l'autorità a recedere da una determinazione ad essi sfavorevole. Sembra, infatti, che il Tar riconduca o meno l'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento di un precedente atto amministrativo al grado di affidamento che quest'ultimo abbia ingenerato sul destinatario. In realtà, nell'attuale diritto positivo non è l'affidamento a costituire il *discrimen* dell'obbligatorietà o meno della comunicazione bensì è la dimostrazione, rimessa all'amministrazione, che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato differente in quanto l'apporto del privato non avrebbe determinato diversamente l'amministrazione ⁽¹⁰⁾.

Sorprende, inoltre, il pensiero successivamente espresso dal Collegio, perché sembra confondere due diversi profili. Infatti, il Tar continua rilevando che la fase di passaggio dall'aggiudicazione provvisoria alla definitiva ha ragion d'essere proprio in quanto costituisce la sede di una conclusiva

⁽⁸⁾ Cfr. art. 21-*octies* della l. 241/90 come modificata dalla l. 15/2005 e dal d.l. 35/2005 che recita testualmente: "Il provvedimento non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

⁽⁹⁾ Sulla giurisprudenza che in passato aveva affermato che in talune ipotesi il ricorrente non può trarre alcuna utilità dall'eventuale annullamento giurisdizionale con cui si accerti l'omissione della comunicazione si veda FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 83 ss.

⁽¹⁰⁾ Sulle conseguenze che l'introduzione di questo principio ha avuto in tema di invalidità e sulla tesi della dissociazione tra illegittimità ed annullabilità, per cui una serie di vizi, come quello della omessa comunicazione di avvio del procedimento, sono considerati, a determinate condizioni, inidonei a rendere annullabile il provvedimento, vedi BARTOLINI, *Illegittimità del provvedimento amministrativo* (voce), in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2863.

verifica della legittimità del procedimento e pertanto rientra in una certa normalità che l'aggiudicazione provvisoria venga annullata per motivi di legittimità. Aggiunge, poi, che il potere di autoannullamento per motivi di legittimità trova un ostacolo nell'esigenza che non vengano travolte situazioni consolidate, ma, poiché nel presente caso non era ancora stato stipulato il contratto, non vi sarebbero situazioni consolidate in questo senso.

In realtà, come si anticipava, queste precisazioni gratuite in sede di discussione sulla necessità o meno dell'avvio del procedimento nell'ipotesi di annullamento d'ufficio di una aggiudicazione provvisoria, hanno un ben diverso rilievo e non possono essere lasciate come affermazioni di marginale spessore.

Al riguardo sembra opportuno premettere che, normalmente, nel riesame del provvedimento non è sufficiente il mero ripristino della legalità a seguito dell'accertamento dell'invalidità di un atto per la sussistenza di uno dei vizi di legittimità, ma occorre altresì la verifica della presenza di un interesse pubblico che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione dell'atto. Tuttavia, alla regola generale che richiede la contestuale presenza dei due requisiti sopra descritti, fanno eccezione una serie di ipotesi elaborate dalla giurisprudenza riassunte dalla dottrina con la dizione di annullamento d'ufficio doveroso ⁽¹¹⁾.

A confine di tali ipotesi, inoltre, la giurisprudenza ha enucleato delle altre in cui la valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio viene pretermessa in considerazione del fattore tempo. Si tratta cioè di ipotesi in cui il tempo trascorso tra l'emanazione dell'atto che si vuole annullare e l'adozione dell'atto di autotutela è rilevante, perché potrebbe aver determinato il consolidamento di posizioni giuridiche in capo ai destinatari dell'atto. L'annullamento, dunque, dovrebbe essere sorretto da autonome ed attuali ragioni di interesse pubblico solo ove l'effetto ripristinatorio vada ad incidere su interessi consolidati in capo ai destinatari dell'atto. È l'ipotesi in cui l'affiorare del principio della conservazione degli atti giuridici ⁽¹²⁾,

⁽¹¹⁾ Annullamento d'ufficio di provvedimenti che comportino illegittimo esborso di pubblico denaro (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2001, n. 4669, in *Foro amm.*, 2001, 2375; Cons. St., sez. V, 8 aprile 2003, n. 1849, in *Foro amm.*, 2003, 1310; Cons. St., sez. V, 20 maggio 2003, n. 2739, in *Foro amm.*, 2003, 1626; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7136); annullamento d'ufficio di indebita erogazione di denaro ad un pubblico dipendente (Cons. St., sez. VI, 4 maggio 1999, n. 574 in *Cons. Stato*, 1999, I, 904); annullamento d'ufficio dell'illegittimo inquadramento di un pubblico dipendente (Cons. St., sez. V, 21 febbraio 1997, n. 303 in *Cons. Stato*, 1997, I, 282; id. 13 luglio 1994, n. 7619); annullamento d'ufficio di concessioni edilizie illegittime, che avessero consentito la realizzazione di edifici in contrasto con lo strumento urbanistico generale (Cons. St., sez. V, 26 novembre 1994, n. 1382, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1583).

⁽¹²⁾ Secondo parte della dottrina cfr. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi, tratt. dir. amm.* diretto da Santaniello, *Tratt. dir. amm.*, III, Padova, 1993, 403) la conservazione dei valori giuridici è un vero e proprio obbligo per l'amministrazione precedente in secondo grado.

congiuntamente alla necessità di operare la tutela del legittimo affidamento dei privati, impone all'amministrazione di valutare attentamente, oltre al riscontro della illegittimità dell'atto, l'interesse pubblico diverso ed ulteriore rispetto a quello dell'annullamento. La ponderazione degli interessi in gioco infatti potrebbe imporre la prevalenza della conservazione dello *status quo*. Ebbene, secondo parte della giurisprudenza, l'attualità dell'interesse pubblico non sarebbe necessaria quando si operi un effetto abrogativo nei confronti di provvedimenti non ancora efficaci o dotati di stabilità provvisoria.

Rentrerebbe in questa ipotesi, secondo parte della giurisprudenza, anche l'annullamento di una aggiudicazione provvisoria in quanto *"il principio secondo cui l'annullamento d'ufficio necessita di una specifica motivazione in ordine all'attualità del pubblico interesse alla rimozione dell'atto illegittimo, trova applicazione soltanto qualora, a causa del tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e il suo annullamento, si siano determinate situazioni giuridiche soggettive consolidate in capo agli interessati, non invece quando, come nella specie, la rimozione dell'atto avvenga nel corso del procedimento e prima della sua conclusione"* ⁽¹³⁾.

Tuttavia anche tale principio è suscettibile, alla luce dei recenti sviluppi normativi, di essere rimeditato e temperato, come sembra evidenziare anche una recentissima sentenza del Consiglio di Stato ⁽¹⁴⁾. Infatti, secondo il Supremo Consesso, nell'ambito delle gare di appalto ad evidenza pubblica, le quali tendono alla scelta del miglior contraente, l'esercizio del potere di autotutela non può essere disgiunto dal perseguimento di esigenze di economicità e funzionalità, tali da imporre una attenta comparazione fra il ripristino della legalità, in ipotesi violata, e gli interessi concreti sia pubblico che privato che da tale ripristino risultino eventualmente sacrificati. Infatti, *"siffatte esigenze di economicità e funzionalità non possono considerarsi superabili solo in ragione della provvisorietà dell'aggiudicazione, perché, se è vero che tale provvisorietà preclude, in via di principio, il consolidarsi di posizioni di interesse privato, non per questo l'amministrazione aggiudicatrice può ritenersi assolta dall'obbligo di valutare adeguatamente se sussista, in relazione allo specifico vizio riscontrato, un interesse alla conservazione degli atti compiuti prevalente su quello dell'annullamento degli stessi atti, ove, beninteso, non risultano pregiudicati i fondamentali principi del rispetto delle regole di gara e della condotta par condicio che tale aspetto garantisce"*.

E, se è pur vero che la pronuncia qui richiamata è successiva a quella in

⁽¹³⁾ Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2003 n. 1417 in *Foro amm.*, 2003, 1096; TAR Sardegna, 25 maggio 2005 n. 1176; TAR Lombardia, sez. III, 11 marzo 2003 n. 435 in *Foro amm. Tar.*, 2003, 839.

⁽¹⁴⁾ Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2006 n. 846 consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

commento, la necessità della valutazione dell'interesse pubblico per il corretto esercizio del potere di annullamento in autotutela è stata affermata all'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990⁽¹⁵⁾, tanto da costituire ormai un principio generale immanente nell'ordinamento⁽¹⁶⁾. I paletti di confine della legittimità dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo sono ben delineati dalla norma che richiede l'adozione di tale strumento quando il provvedimento è illegittimo *ex art. 21-octies*⁽¹⁷⁾, quando sussistano ragioni di interesse pubblico, ad opera dello stesso organo che ha adottato l'atto o di un organo superiore⁽¹⁸⁾, tenendo indenni gli interessi dei soggetti coinvolti, ed, infine, entro un termine ragionevole.

Il rilevante intervento legislativo in materia induce la scrivente ad alcune, seppur brevi, riflessioni. Innanzitutto, la positivizzazione del potere di autotutela, in particolare, del potere di autoannullamento, comporta una rivisitazione del molto discusso suo fondamento giuridico. Tradizionalmen-

⁽¹⁵⁾ Si ricorda l'art. 21 *nonies*, l. n. 241/90, introdotto con l. 11 febbraio 2005, n. 15: *"il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge"*. Va precisato, tuttavia, che prima della norma qui richiamata, l'annullabilità d'ufficio dei provvedimenti amministrativi è stata disciplinata dall'art. 1, 136° co., l. n. 311/04 (finanziaria per il 2005) che prevedeva: *"al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione dell'efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 846, cit.

⁽¹⁷⁾ Si tratta di provvedimenti adottati in violazione di leggi, viziati da eccesso di potere e da incompetenza. Naturalmente rimangono sottratti all'annullamento d'ufficio gli atti c.d. endoprocedimentali (pareri, valutazioni), gli atti di controllo e le decisioni dei ricorsi amministrativi. Sulla tesi che riconduce l'accertamento amministrativo del provvedimento nullo al potere di annullamento d'ufficio si vedano le considerazioni critiche di BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2000, 326 ss.

⁽¹⁸⁾ In questo caso il legislatore ha recepito gli sviluppi giurisprudenziali che avevano così chiarito: la competenza per l'adozione dell'atto di rimozione spetta allo stesso organo che è competente per l'adozione dell'atto sui cui effetti si vuole intervenire; in caso di sostituzione di poteri la competenza spetta tuttavia all'organo sostituto e non a quello sostituito (Cons. St., sez. V, 23 aprile 1982, n. 304, in *Foro amm.* 1982, I, 686); gli atti di ritiro dei provvedimenti viziati possono essere adottati dall'organo gerarchicamente sovraordinato nell'ipotesi in cui le sue competenze coprano quelle dell'inferiore gerarchico (Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1982, n. 125 in *Cons. Stato*, 1982, I, 344).

te il potere dell'amministrazione di ritirare i propri atti viziati è stato considerato come un "privilegio" risalente ai poteri rimasti all'esecutivo dopo il passaggio dallo Stato di polizia assolutistico al parziale stato di diritto nato con le Costituzioni ottocentesche ⁽¹⁹⁾. Che tale potere dovesse trovare un fondamento legislativo era sentito dalla più attenta dottrina, risultando limitativa l'affermazione, anche recentemente ribadita ⁽²⁰⁾, secondo la quale annullando l'atto si eserciterebbe lo stesso potere esplicito con l'atto annullato. Il legislatore del 2005 indubbiamente ha contribuito sul punto a fare chiarezza.

Altro aspetto importante è la previsione della possibilità dell'annullamento d'ufficio, non della sua doverosità (*il provvedimento ... può essere annullato ...*). Questa precisazione conferma la tesi dottrinale secondo la quale annullare atti viziati non è obbligatorio ma discrezionale: è una facoltà della pubblica amministrazione ⁽²¹⁾.

Ancora più importante è, poi, il riferimento alla sussistenza di ragioni d'interesse pubblico sottese all'annullamento, il che induce a ritenere che l'amministrazione deve motivare in ordine all'attualità e concretezza dell'interesse pubblico che con il provvedimento di annullamento si mira a perseguire ⁽²²⁾. Ci si può domandare, quindi, della sorte di tutte le vari ipotesi elaborate in giurisprudenza, ora che è stato espressamente positivizzato l'obbligo della motivazione senza prevedere eccezioni. In tema di annullamento di un'aggiudicazione provvisoria si è visto come il Consiglio di Stato abbia rivisto la propria posizione, si vedrà se così accadrà anche per altre ipotesi. È indubbio che l'orientamento vada rivisto proprio nei casi in cui si è detto assumere rilievo il fattore tempo, ossia ove si tratta di valutare anche l'affidamento eventualmente ingenerato dai privati. Il legislatore è stato preciso nel richiedere che l'annullamento avvenga "*entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*". L'utilizzo della congiunzione "e", e non della particella "o", induce a pensare, dunque, che, anche se l'annullamento avviene entro un termine ragionevole, si deve comunque tener conto degli altri interessi pubblici o privati che possono essere coinvolti.

⁽¹⁹⁾ Sulla genesi dell'organizzazione pubblica si rinvia alle bellissime pagine di CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 1 ss.

⁽²⁰⁾ CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991. L'argomento posto a fondamento di questa tesi è, tra gli altri, la considerazione che, in caso di trasferimento della competenza da un organo ad un altro, si trasferisce anche il potere di annullamento d'ufficio (Cons. St., sez. V, 30 giugno 1995, n. 955, in *Foro amm.*, 1995, 1247).

⁽²¹⁾ CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, cit.; prima ancora, CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, vol. I, 484 ss.

⁽²²⁾ Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 846, cit.

Rimangono, tuttavia, due questioni da risolvere: quando il termine può considerarsi ragionevole e in che termini il potere di annullamento può trovare un limite nell'affidamento del privato.

In relazione alla prima questione neanche la giurisprudenza comunitaria⁽²³⁾, cui si deve la coniazione del termine, ha saputo dare un'interpretazione univoca. Comunque, l'aver abbandonato l'originario progetto di prevedere un effettivo limite temporale⁽²⁴⁾ appare una soluzione migliore perché consente la determinazione caso per caso di quale sia il ragionevole lasso di tempo.

Quanto al secondo aspetto, l'ordinamento comunitario insegna la necessità di una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco sulla base del principio di proporzionalità, con tendenza a tutelare i destinatari del provvedimento da atti di ritiro arbitrari dal punto di vista dell'interesse pubblico⁽²⁵⁾. Naturalmente, presupposto perché l'interesse del privato possa essere ponderato con quello pubblico è che vi sia stata buona fede da parte del destinatario dell'atto⁽²⁶⁾. Ancora più puntualmente, parte della dottrina ha precisato che il principio di buona fede che regola l'esercizio del potere di annullamento impone all'amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l'interesse all'annullamento e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell'atto⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ Nella sentenza *Alpha Stell* (Corte Giust. CE, 3 marzo 1982, *Alpha Stell* c. Commissione, in *Racc.*, 749) fu ritenuto legittimo l'annullamento di un atto adottato ad oltre un anno di distanza dall'emanazione del medesimo, mentre nella decisione *Cooperative d'Abruzzo* (*Cooperative d'Abruzzo* c. Commissione, causa 15/85, in *Racc.*, 1987, 1005) si considerò un lasso di tempo non ragionevole il decorso di due anni dall'adozione dell'atto poi successivamente annullato.

⁽²⁴⁾ Nel disegno di legge, sulla modifica della l. n. 241/90, approvato dal Senato nell'aprile 2003, si prevedeva il limite dei due anni. Sulla particolare problematica del decorso del tempo si veda BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 689; MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527.

⁽²⁵⁾ *Alcan* (Corte Giust. CE, 20 marzo 1997, C-24/95); *Delena Wells* (Corte Giust. CE, 7 gennaio 2004, C-201/02); *Kuhne & Heitz* (Corte Giust. CE, 13 gennaio 2004, C-453/00). La tutela dell'affidamento dei destinatari dell'atto non è, tuttavia, incondizionata. Si prenda, ad esempio, il caso *Alcan* ove si afferma espressamente che le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dall'art. 93 del Trattato. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata, anche quando "l'illegittimità della decisione di concessione dell'aiuto sia imputabile allo Stato considerato in una misura tale che la sua revoca appare contraria al principio di buona fede".

⁽²⁶⁾ Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000, n. 2648, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1176.

⁽²⁷⁾ Cfr. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico cit.*, 142.

Una prospettiva interessante per operare il bilanciamento dell'interesse pubblico con la tutela del legittimo affidamento sarebbe quella di mitigare la posizione tradizionale circa la retroattività degli effetti dell'annullamento ⁽²⁸⁾. In realtà, parte della dottrina ⁽²⁹⁾, espressasi su di un potere speculare a quello di annullamento, ossia sul potere di convalida, ha già sottolineato l'importanza di incidere sulla dimensione temporale degli effetti: "l'attività di convalida non può privare gli amministrati del diritto costituzionalmente riconosciuto di far valere l'illegittimità del provvedimento per il periodo in cui essa sia esistita, sin tanto che essi abbiano a ciò un interesse". Ragionando *a contrariis*, nell'attribuire carattere non assoluto alla retroattività dell'annullamento, potrebbero prospettarsi interessanti scenari futuri.

ANNA MARIA PICCHIAMI

⁽²⁸⁾ Si ricorda che gli effetti dell'annullamento d'ufficio operano *ex tunc*.

⁽²⁹⁾ Cfr. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1-41.

T.A.R. UMBRIA – Sentenza 18 maggio 2006, n. 306 – Pres. LIGNANI – Est. UNGARI – F.lli C. S.n.c. di F. e F. C. (avv. Franchi) c. Regione dell'Umbria (avv.ti Manuali e Iannotti); Comune di Ficulle (avv. Barelli) e Provincia di Terni (avv. Rampini) e nei confronti del Comitato per la tutela e valorizzazione delle Valli del Chiani e Migliari (avv.ti Farronato e Mosillo); W.W.F. Italia Associazione Italiana per il World Wide Fund of Nature Onlus (avv.ti Maja, Riconzi e Frezzini) ed Associazione Cittadinanzattiva Onlus (avv. Marchesini).

Cave e torbiere - Apertura cava - Procedimento di autorizzazione - Valutazione d'impatto ambientale (VIA) - Conferenza di servizi - Termine per la conclusione - Necessità (art. 14-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241; art. 6, comma 2., l. r. umbra 9 aprile 1998, n. 11).

Cave e torbiere - Apertura cava - VIA - Conferenza di servizi - Risultanze istruttorie - Mancato recepimento - Difetto di motivazione - Fattispecie - Sussistenza (art. 3 ed art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Cave - Procedimento di autorizzazione all'apertura - Disciplina tran-

sitoria - Piano Regionale delle Attività estrattive - Criteri di coltivabilità - Applicabilità - Difetto di motivazione - Vizio formale - Legittimità del provvedimento impugnato (art. 22, comma 3, l.r. 29 dicembre 2003 n. 26, modificato dall'art. 3, l.r. 23 dicembre 2004, n. 34; artt. 5 e 5 bis, l.r. 3 gennaio 2000, n. 2, art. 21 *octies*, comma 2, l. 241/90).

Non è ammissibile mantenere una conferenza di servizi aperta sine die, ovvero esposta alla volontà di uno dei partecipanti, poiché tale modulo organizzatorio, rivolto ad accelerare il procedimento ed a favorire una ponderazione completa ed integrata di tutti gli interessi coinvolti, si risolverebbe paradossalmente in uno strumento dilatorio (1).

Al termine dei lavori conferenziali, dopo aver acquisito un giudizio argomentato con cui le risultanze istruttorie vengono sottoposte a critica, la decisione conclusiva della conferenza di servizi che non si discosti minimamente dalle stesse, recependole in toto, per essere legittima, e non incorrere in un difetto motivazionale, deve dar conto delle ragioni che impediscono il recepimento delle conclusioni di quel giudizio critico e non limitarsi ad effettuare considerazioni di mero stile (2).

Dalle disposizioni di coordinamento intertemporale non può evincersi che la sola presentazione di una richiesta di autorizzazione all'apertura di una cava e di valutazione di impatto ambientale determini una volta per tutte l'applicazione della normativa all'epoca vigente. Ne consegue che, a seguito dell'approvazione del P.R.A.E. ed in virtù del principio del tempus regit actum, il giudizio di compatibilità ambientale non avrebbe potuto essere diverso, anche qualora fossero state più puntualmente e compiutamente considerate le nuove argomentazioni esposte in conferenza dal tecnico della società ricorrente. (3).

(*Omissis*). 1. La società ricorrente ha presentato al Comune di Ficulle un progetto per la realizzazione di una cava di inerti alluvionali, in località Pollaceto, nei pressi della confluenza tra il fosso di Ficulle ed il fiume Chiani.

Il Servizio Programmi per l'Assetto del Territorio della Regione, con determinazione dirigenziale n. 3987 in data 9 maggio 2003, ha stabilito di sottoporre il progetto alla procedura di valutazione di impatto ambientale di cui agli articoli 5 e ss. della l.r. 11/1998.

Nell'ambito di tale procedimento, in data 27 aprile 2005 si è tenuta una riunione della conferenza di servizi, nel corso della quale sono state esaminate le valutazioni e osservazioni pervenute, tra cui il parere negativo della Provincia di Terni prot. 19243 in data 19 aprile 2005.

Con provvedimento prot. 76907 in data 3 maggio 2005, su richiesta della ricorrente in data 28 aprile 2005, il Servizio P.A.T. ha disposto

l'interruzione del procedimento, precisando che sarebbe stato "riattivato solo dopo l'acquisizione di una specifica e formale richiesta del soggetto Proponente".

Con nota prot. 90501 in data 25 maggio 2005, il predetto servizio, senza che la ricorrente lo avesse chiesto, allegando gli ulteriori pareri acquisiti e sottolineando quelli negativi, espressi, oltre che dalla Provincia di Terni, dal Servizio Difesa del suolo, cave miniere ed acque minerali, con nota prot. 88152 in data 23 maggio 2005, e del Servizio promozione e Valorizzazione Sistemi naturalistici e paesaggistici, con nota prot. 90320 in data 25 maggio 2005, ha convocato una seconda riunione della conferenza di servizi per la data dell' 8 giugno 2005. In esito alla riunione è stata redatta una "memoria", nella quale sono state riepilogate tutte le valutazioni acquisite e si è verbalizzato il dibattito finale, nel corso del quale sono intervenuti il Sindaco di Ficulle ed il Dott. F., tecnico progettista della società ricorrente.

(*Omissis*). I contenuti della memoria sono stati interamente riversati nella "relazione conclusiva" in data 13 giugno 2005 (*omissis*), richiamata poi (unitamente ai pareri negativi presupposti) quale supporto motivazionale dalla determinazione dirigenziale n. 4948 in data 15 giugno 2005, con cui è stato espresso un giudizio non favorevole di compatibilità ambientale.

Conseguentemente, con nota prot. 4876 in data 18 agosto 2005, il Servizio Tecnico del Comune di Ficulle ha comunicato l'impossibilità di proseguire il procedimento di autorizzazione all'apertura della cava.

2. La società ricorrente impugna i provvedimenti suindicati (a partire dalla decisione di sottoporre il progetto alla VIA), deducendo censure così sintetizzabili:

- violazione delle regole di autolimitazione della pubblica amministrazione, in quanto, con l'interruzione, era stato stabilito che la conferenza non sarebbe stata riattivata se non su richiesta della ricorrente;

- eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché sviamento, in quanto la sopravvenienza dei due pareri negativi dei Servizi regionali, espressi nello stesso giorno o appena due giorni prima e diffusi contestualmente alla riconvocazione, avrebbe semmai giustificato ulteriormente l'interruzione, di modo che è presumibile che la riattivazione sia stata originata da considerazioni latamente politico-amministrative, anziché tecniche;

- *idem*, e violazione degli articoli 6, comma 3, della l.r. 11/1998 e 10 della legge 241/1990, in quanto non è stato debitamente verbalizzato e considerato l'intervento svolto oralmente dal tecnico della ricorrente, né è stato preso in considerazione l'elaborato "Osservazioni e commenti ai pareri pervenuti" successivamente presentato dai tecnici della ricorrente;

- violazione e falsa applicazione dell'articolo 22 della l. r. 26/2003, come modificato dall'articolo 3 della l. r. 34/2004, in quanto (contrariamente a quanto sostenuto dal Servizio Difesa del suolo a supporto del parere negativo prot. 88152 in data 23 maggio 2005), per effetto di detta disposizione al progetto non si applica il criterio di coltivabilità di nuovi giacimenti previsto dal P.R.A.E., posto che la domanda di autorizzazione e la stessa domanda di VIA sono precedenti alla l.r. 34/2004, all'entrata in vigore del regolamento previsto dall'articolo 18-bis della l.r. 26/2003 (regolamento n. 3 in data 17 febbraio 2005) ed all'approvazione del P.R.A.E.;

- eccesso di potere per errore sui presupposti, errata od omessa valutazione dei presupposti, illogicità manifesta e travisamento di fatto; la ricorrente formula alcune osservazioni riguardo alle residue argomentazioni contenute nei tre pareri negativi, chiedendo comunque che il tribunale disponga una verifica.

3. Si sono costituiti in giudizio la Regione, la provincia di Terni, il Comune di Ficulle ed il Comitato di tutela e valorizzazione delle Valli del Chiani e Migliari, altresì intimato, ed hanno controdedotto puntualmente.

Sono intervenute *ad opponendum* le associazioni W.W.F. Italia e Cittadinanzattiva.

4. (*Omissis*).

5. L'impugnazione della determinazione n. 3987/2003 e dei sottostanti pareri risulta inammissibile in quanto la società ricorrente vi ha prestato acquiescenza, presentando la richiesta di VIA senza formulare alcuna riserva. (*Omissis*).

6. L'impugnazione resta perciò circoscritta alla determinazione negativa sulla VIA ed agli atti sottostanti, oltre che al provvedimento conseguentemente assunto dal Comune di Ficulle.

Va sottolineato che l'interruzione del procedimento era stata chiesta dalla ricorrente "al fine di acquisire i pareri solo verbalmente illustrati in sede di conferenza ed al fine di elaborare le integrazioni a chiarimento ed approfondimento, richieste dalla Conferenza".

Dall'articolo 14-*ter*, della legge 241/1990, si desume che la fissazione di un termine per la conclusione della conferenza di servizi è elemento necessario.

Non è ammissibile mantenere una conferenza di servizi aperta *sine die*, ovvero esposta alla volontà di uno dei partecipanti; altrimenti, un modulo organizzatorio rivolto ad accelerare il procedimento ed a favorire una ponderazione completa ed integrata di tutti gli interessi coinvolti, si risolverebbe paradossalmente in un formidabile strumento dilatorio.

Lo stesso articolo 6, comma 2, della l. r. 11/1998, stabilisce che la conferenza di servizi deve concludersi nel termine di quaranta giorni dalla sua convocazione.

Pertanto, nonostante il tenore del provvedimento che ha disposto l'interruzione, la società ricorrente non poteva vantare alcuna aspettativa tutelabile a che la conferenza non sarebbe ripresa, se non su sua richiesta, dato che ciò equivarrebbe ad ammettere la possibilità di una sospensione *sine die*.

7. Ciò, peraltro, non esimeva l'amministrazione precedente, dal rispettare i principi di partecipazione al procedimento e di formazione della decisione attraverso la conferenza di servizi.

Sotto questo profilo, le censure di difetto di istruttoria e di motivazione colgono una carenza effettiva nell'azione amministrativa.

Non per quanto concerne la lamentata, sospetta "celerità" con cui, acquisiti due ulteriori pareri negativi, è stata disposta la riconvocazione della conferenza, posto che la data della riunione è stata fissata a distanza di due settimane dalla riconvocazione; e che, comunque non potrebbe escludersi che l'amministrazione precedente fosse pienamente in grado di trarre dall'esame di quei pareri, seppure in un solo giorno (*omissis*), elementi tali da consentirle di istruire adeguatamente la questione così da condurre la riunione conclusiva con piena consapevolezza delle implicazioni tecniche ed amministrative della valutazione.

Ma perché, una volta acquisito un giudizio argomentato, con cui le risultanze istruttorie vengano sottoposte a critica, la decisione che non si discosti minimamente dalle risultanze istruttorie, per essere legittima, deve dar conto (*omissis*) dei motivi che impediscono il recepimento delle conclusioni di quel giudizio critico.

Nel caso in esame, la lettura della "memoria" evidenzia invece come la risposta dell'amministrazione abbia riguardato soltanto uno dei due aspetti toccati dal tecnico, vale a dire le contraddizioni tra le prescrizioni e considerazioni contenute nei pareri in sede di verifica, ex art. 4 della legge regionale 11/98, ed i pareri espressi nell'attuale procedura di VIA, e comunque al riguardo si sia limitata a rilevare come la diversità dei diversi livelli di progettazione, di contenuto e di finalità della documentazione delle due diverse verifiche, "possono determinare diverse valutazioni". (*Omissis*).

Mentre, a proposito delle "controdeduzioni" sul contenuto del parere della Provincia di Terni, non risulta verbalizzata alcuna valutazione.

(*Omissis*). Per cui, senza bisogno di stabilire se il documento (*omissis*) presentato dai tecnici della ricorrente (*omissis*) sia o meno pervenuto tempestivamente all'amministrazione precedente, può ritenersi illogico che, senza alcuna ulteriore comunicazione alla ricorrente, la "memoria" sia divenuta "relazione conclusiva", ed il contenuto di questa, senza aggiungere alcun'altra sostanziale considerazione, sia stata recepita dalla determinazione provvedimento negativa.

8. Tuttavia, quanto sopra esposto non può condurre all'accoglimento del ricorso.

Uno degli elementi ostativi posti alla base del parere negativo del Servizio Difesa del suolo, prot. 88152/2005, consiste nella non coerenza del progetto con il criterio di coltivabilità di nuovi giacimenti previsto dal P.R.A.E., per lo scarso rapporto tra superficie impegnata e volume estratto, la scarsa qualità dei materiali e la modesta volumetria.

Tale aspetto sottende una valutazione di sostenibilità ambientale della cava, e quindi appare non solo strategico nell'ambito di una valutazione di impatto ambientale (*omissis*), ma anche non suscettibile di ponderazione con (*omissis*) aspetti positivi legati all'apertura della cava, risolvendosi nella verifica del rispetto di soglie minime espresse mediante valori numerici (*omissis*):

- a) un rapporto fra superficie totale impegnata dall'attività di cava e volume utile di materiale di cava inferiore a 0,2 (per ogni metro quadrato "denudato" devono risultare almeno 5 metri cubi di materiale di cava);
- b) una percentuale di materiali di scoperta, scarto o impurità, non superiore al 10% del totale del volume cavato;
- c) una cubatura utile totale superiore a 300.000 m³.

Nel caso in esame, detti parametri oggettivi risultano rispettivamente 0,29; 0,27; 120.000 m³, vale a dire tutti inferiori a quelli minimi richiesti dal P.R.A.E.

La ricorrente si è limitata a sostenere l'inapplicabilità del P.R.A.E. facendo leva sull'articolo 22, comma 3, della l.r. 26/2003, come modificato dall'articolo 3 della l.r. 34/2004.

(*Omissis*). Senonché, ad avviso del Collegio, il criterio di coltivabilità di nuovi giacimenti previsto dal P.R.A.E., deve applicarsi al progetto in questione.

Infatti, l'articolo 22, comma 3, predetto, prevede che "*Fino all'entrata in vigore delle norme regolamentari di cui all'art. 18 bis e all'approvazione del P.R.A.E. si applicano le disposizioni della presente legge ad esclusione di quanto stabilito dall'art. 5 bis della legge regionale 3 gennaio 2000, n. 2 e successive modifiche ed integrazioni.....*". L'articolo 5 bis (come modificato dall'articolo 6 della l.r. 26/2003), a sua volta, prevede che l'accertamento della disponibilità di materiali di cava avvenga "*nel rispetto dei criteri e delle modalità stabiliti dal P.R.A.E.*".

Da tali disposizioni, di coordinamento intertemporale, non può evincersi che la sola presentazione di una richiesta di autorizzazione all'apertura di una cava e di valutazione del relativo impatto ambientale determinassero una volta per tutte l'applicazione della normativa all'epoca vigente.

L'articolo 22, comma 3, in realtà, appare volto a permettere, nelle more dell'attuazione regolamentare e programmatica della legge regionale, che i procedimenti autorizzatori all'apertura di cave potessero temporaneamente proseguire senza l'effettuazione delle procedure di

accertamento dei giacimenti di cui all'articolo 5 bis, e pertanto in base al semplice inserimento negli strumenti urbanistici comunali, fermo il rispetto dei limiti e dei presupposti indicati all'articolo 5 della l. r. 2/2000. Tant'è vero che il medesimo articolo 22, prevede l'adeguamento degli strumenti comunali entro novanta giorni dall'approvazione del P.R.A.E. (comma 1) e la decadenza delle previsioni delle aree di cava contenute negli strumenti urbanistici in contrasto con il P.R.A.E. (comma 2).

Al contrario, in assenza di una diversa disciplina transitoria, il principio *tempus regit actum* fa sì che, l'entrata in vigore del regolamento attuativo dell'art. 18 (regolamento 17 febbraio 2005 n. 3) e l'approvazione del P.R.A.E. (con deliberazione consiliare n. 465 in data 9 febbraio 2005) rendano applicabile l'art. 5 bis, e con esso le previsioni del P.R.A.E. medesimo, tra cui, *in primis*, il criterio di coltivabilità eccetto dal Servizio Difesa del suolo.

Ne consegue che il giudizio di compatibilità ambientale non avrebbe potuto essere diverso, anche qualora fossero state più puntualmente e compiutamente considerate le nuove, approfondite argomentazioni espresse verbalmente in conferenza dal tecnico della società ricorrente e poi contenute nel documento da essa successivamente presentato.

9. (*Omissis*).

10. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge. (*Omissis*).

(1-5) Autorizzazione alla coltivazione di cava e partecipazione degli interessati tra legislazione regionale e normativa generale sul procedimento.

1. La fattispecie oggetto della pronuncia in commento ha origine dal diniego all'apertura di una cava. Più in particolare, la p.a. aveva comunicato alla società ricorrente l'impossibilità di portare a conclusione il procedimento autorizzatorio, poiché, a seguito dell'effettuazione della procedura di valutazione d'impatto ambientale ⁽¹⁾, ex artt. 5 e ss. l. r. n.11/1998 ed all'esito dell'apposita conferenza di servizi, era emerso un giudizio non favorevole di compatibilità ambientale.

Il Tar ha respinto il ricorso della società volto all'annullamento di tale

⁽¹⁾ Nel caso in esame infatti si rientrava nelle previsioni di cui all'art. 3, comma 1, l.r. 11/98, il quale a sua volta rimanda all'Allegato B – Elenco delle tipologie progettuali di cui all'art. 1, comma 4 del D.p.r. 12 aprile 1996.

provvedimento, nonché di ogni altro provvedimento presupposto e dipendente, in particolare della nota del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Ficulle, con cui alla stessa società ricorrente era stata comunicata l'impossibilità di proseguire il procedimento per l'apertura di una cava di inerti alluvionali.

Nell'*iter* logico-motivazionale seguito dal Giudice si pongono in evidenza tre principali argomentazioni, ciascuna delle quali merita una separata analisi.

La prima riguarda, in sostanza, la 'tempistica' della conferenza di servizi o, meglio, il ruolo della p.a. e dei soggetti privati nel caso di interruzione e ripresa dei lavori conferenziali necessari nel procedimento di autorizzazione all'apertura di una cava.

La seconda è collegata alla prima, in quanto riguarda l'utilizzo delle risultanze istruttorie emerse durante la conferenza di servizi e, più in particolare, il conformarsi dell'obbligo di motivazione rispetto alle medesime.

La terza, infine, affronta e risolve il problema relativo all'individuazione della *regola iuris* applicabile al caso concreto, posto che, nelle more del giudizio, è intervenuta una diversa disciplina in materia di criteri di coltivabilità delle cave.

Al fine della comprensione delle ragioni che hanno portato al rigetto del ricorso in questione e delle argomentazioni addotte dal Tar a sostegno di ciascuno dei segmenti motivazionali, è importante esaminare in dettaglio la complessa normativa regionale che disciplina, sul punto che qui viene in considerazione, la materia delle cave e delle torbiere. Occorrerà poi mettere tale specifica disciplina in rapporto con la legge generale sul procedimento amministrativo ⁽²⁾, cercando di individuare, per quanto possibile, nel caso in esame, i motivi che hanno condotto il Collegio a ritenere trascurabile il pur rilevato difetto motivazionale, messo in secondo piano in virtù di una prevalenza applicativa della normativa esclusiva regionale.

2. Nel tempo si è assistito ad una evoluzione del sistema delle fonti in materia di cave e torbiere ⁽³⁾ ed oggi ci si trova alle prese con una complessa e stratificata normativa, che si viene ad intrecciare con la tematica del tra-

⁽²⁾ Si allude, ovviamente, alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

⁽³⁾ Le diverse leggi vigenti negli stati preunitari – vigenti anteriormente al 1927, anno nel quale verrà raggiunta l'unificazione legislativa con il R.D. 29 luglio 1927, n. 1443, "Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere del Regno" – disciplinavano in maniera eterogenea la materia mineraria e lo stesso problema di fondo, dell'appartenenza cioè delle ricchezze minerarie del sottosuolo, veniva risolto in forme e modi vari; ciò consentiva agli interpreti dell'epoca di teorizzare l'esistenza di una pluralità di sistemi. Inoltre la varietà di questi sistemi ha certamente rappresentato una delle cause che resero laboriosa e complessa l'opera di unificazione della legislazione mineraria. Tale legislazione del

sferimento di potestà legislative dallo Stato alle Regioni, iniziato a partire dall'attuazione dell'ordinamento regionale e proseguito, ancor più recentemente, con la riforma costituzionale del 2001 di modifica del Titolo V della Carta costituzionale ⁽⁴⁾.

1927 non ha dichiarato quale fosse il sistema fra quelli preesistenti ai quali la nuova unitaria disciplina aveva inteso informarsi. La legge mineraria del 1927 considera unitariamente il genere dei beni minerari come beni pubblici e la differenziazione tra le due categorie risponde solo a fine di meglio assicurare l'interesse primario del massimo possibile sfruttamento delle risorse minerarie della nazione. L'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, riconoscendo l'assoggettamento a regimi differenziati per cave e torbiere e per acque minerali e termali, sancisce il venir meno dell'unitarietà del regime giuridico dei beni minerari. L'art. 117 Cost. considerava espressamente, ma parzialmente e non unitariamente, la materia, attribuendo alla competenza legislative concorrente delle regioni la disciplina di cave e torbiere e delle acque minerali e termali. La disciplina delle miniere continuava ad essere interamente desumibile dalla legge mineraria del 1927. Tali scelte riflettevano la diversa rilevanza dell'interesse pubblico allo sfruttamento delle risorse minerarie della nazione, aprendo la possibilità che cave e torbiere ed acque minerarie venissero disciplinate in maniera differenziata dai diversi legislatori regionali, comunque nell'ambito dei principi desumibili dalla legge mineraria, si vedano sul punto le osservazioni di ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione nello Stato delle autonomie*, in *Regioni*, 1981, p. 668. Il criterio della diversa rilevanza dell'interesse pubblico allo sfruttamento delle risorse minerarie governa le scelte del legislatore statale anche quando provvede al trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni, dapprima con il D.p.r. 14 gennaio 1972, n. 2 e, successivamente, con il D.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, a tal proposito si rinvia a CERULLI IRELLI, *Cave e torbiere*, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali, Commentario al D.p.r. n. 616/77*, a cura di BARBERA e BASSANINI, Bologna, 1978. Alle regioni non vengono delegate funzioni relative alle miniere, e vengono trasferite soltanto le funzioni già esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato in materia di acque minerali e termali e di cave e torbiere, menzionando espressamente compiti specifici. Fra le fine degli anni Settanta e gli anni Novanta le regioni intervengono con proprie leggi a disciplinare concretamente la materia mineraria nella parte attribuita all'autonomia regionale. Comune alle diverse leggi regionali adottate in materia di cave e torbiere è l'introduzione di un regime autorizzatorio, finalizzato a regolamentare l'esercizio di un'attività industriale; provvedimento inserito in una pianificazione di settore, di modo che l'autorizzazione possa essere rilasciata solo in conformità ad esso, che dovrebbe indicare non solo le aree suscettibili di attività estrattiva e le norme per la salvaguardia dei valori ambientali, ma anche la stima dei fabbisogni del mercato, in modo da regolare tempi e modalità di sfruttamento dei giacimenti. La differenza tra le diverse legislazioni regionali risiede nella diversa discrezionalità riconosciuta nel rilascio dell'autorizzazione, più limitata dove assume maggiore rilevanza la pianificazione di settore, più ampia laddove la rilevanza di quest'ultima è minore, si vedano appunto le considerazioni di FRANCIARIO, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano, 1997, p. 66 e ss., nonché le previsioni contenute nelle singole leggi regionali. Il controllo pubblico operato dalle regioni non si esaurisce nel rilascio o meno dell'autorizzazione, ma comprende anche l'analisi sulle possibilità e modalità di esercizio dell'attività. Il regime giuridico

È importante evidenziare, per quello che concerne l'analisi della pronuncia del Tar della Regione Umbria, che il mutamento delle norme sulla normazione, attuato con la legge costituzionale del 2001, ha determinato un significativo impatto sulla materia cave e torbiere⁽⁵⁾ e l'effetto che ne è

delle cave e torbiere viene così ad essere riavvicinato a quello delle miniere. Tale processo prosegue allorché si procede ad un nuovo trasferimento di funzioni amministrative dallo stato alle regioni con l'entrata in vigore del D.lgs 31 marzo 1998, n. 112; per un commento alle norme in questione cfr. CAMERLENGO, *Lo stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel d.lgs. n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, commento a cura di FALCON, Bologna, 1998, p. 135 e ss. A seguito di questa riforma lo Stato conserva funzioni normative o d'indirizzo e poteri di concreta gestione residuano solo per quanto riguarda la polizia mineraria per le risorse collocate in mare, nonché per la tenuta degli elenchi dei prodotti esplodenti. Tutta l'attività di gestione è stata praticamente conferita alle regioni ed anche in un'eventuale assenza di espressa menzione nell'ambito dell'elencazione contenuta all'art. 34 che indica le funzioni che s'intendono conferite alle regioni per effetto di quanto contenuto all'art. 3, comma 7 del D.lgs. n. 112/1998. Comunque anche a seguito di questa riforma la materia delle cave e torbiere rimaneva assegnata alla potestà legislativa concorrente delle regioni. Un'attenta ricostruzione normativa è fatta da FRANCIOSI, *Le miniere, le cave e le torbiere*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo II, *Il lavoro, le professioni, la cultura e i media. I beni, i lavori pubblici e l'ambiente*, seconda ed., Milano, 2003, 1789 e ss.

⁽⁴⁾ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

⁽⁵⁾ La legislazione mineraria ha sempre previsto due categorie di giacimenti, le miniere e le cave ed ha dettato con riferimento a queste due diverse discipline: una disciplina marcatamente pubblicistica per le miniere e un'altra solo in parte pubblicistica per le cave. I giacimenti della categoria miniere sono considerati beni pubblici, mentre quelli della categoria cave sono considerati come beni privati di interesse pubblico. La qualifica delle cave come beni privati di interesse pubblico, come è noto, risale agli studi illuminati di Sandulli e costituisce quella più comunemente accettata, vedi infatti SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto dell'economia*, 1956; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989 (XV ed ultima edizione), p. 845; vedi inoltre SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, in *Enc. Dir.*, vol.VI, Milano 1960, p. 668 e ss.; STIPI, *Acque minerali e termali. Cave e torbiere. Artigianato*, in *Stato e Regioni* (a cura di GALATERIA), Torino, 1976; PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971. Si veda inoltre più di recente SERTORIO, *Le miniere e le cave tra diritto nazionale e regionale*, Milano, 2003. Inoltre i giacimenti della categoria cave sono considerati beni privati di interesse pubblico perché la legge mineraria (R. D. 29 luglio 1927, n. 1448 e succ. mod.) prevede l'avocazione del deposito nel caso di inerzia del proprietario del fondo; circa un recente caso di avocazione della cave si veda TAR Umbria, 20 maggio 2003, n. 390, in www.ambientediritto.it. Ai sensi dell'art. 47 della legge mineraria i casi in cui l'autorità amministrativa può diffidare il proprietario fondiario sono tre: a) quando si verifica l'inerzia nell'intraprendere l'attività di estrazione; b) per conduzione inadeguata dell'attività estrattiva; c) per sospensione della stessa. Tuttavia secondo la Corte Costituzionale le differenze di disciplina sono di poco conto, rileva infatti che "la funzione economico - sociale delle cave, secondo la valutazione fatta dall'ordinamento giuridico, si differenzia solo quantitativamente da quella che

derivato per gli enti locali è stato quello di un rafforzamento dell'autonomia normativa attraverso l'ampliamento della competenza legislativa regionale ⁽⁶⁾.

Nella prospettiva costituzionale della funzionalizzazione della proprietà e della conformabilità dell'iniziativa economica privata, l'evoluzione della disciplina legislativa delle cave ha affiancato a quello produttivistico della massimizzazione dell'attività estrattiva interessi di segno diverso. Oggi le diverse leggi regionali ⁽⁷⁾ contengono tutte una disciplina che considera

svolgono le miniere", così Corte cost., 9 marzo 1967, n. 20, in *Giur. Cost.le*, 1967, n. 139, con nota di BALDASSARRE, *Sulla natura giuridica della sottrazione delle cave alla disponibilità dei privati*, in particolare vd. p. 154. Il diritto del proprietario fondiario sui giacimenti della categoria cave risponde, dunque, ad un esercizio eventuale; il diritto sulla cava è attribuito perché con esso il proprietario fondiario possa realizzare un interesse pubblico e non già un interesse privato; si veda, FEDERICI, *Avvocazione delle cave*, Nota a sentenza TAR Umbria, 20 maggio 2003, n. 390, in www.ambientediritto.it. Il diritto del proprietario del fondo sulla cava non è quindi un diritto di proprietà pieno. Sulle miniere egli non ha alcun diritto, sulle cave ha qualche diritto, ma non quello di piena proprietà; tuttavia FRANCIARIO, *ult. op. cit.*, ritiene che la recente evoluzione del sistema delle fonti avvalora la tesi secondo cui le miniere, le cave e le torbiere sono ormai espressione di un'unitaria categoria giuridica.

⁽⁶⁾ Nella nuova formulazione dell'art. 117 Cost. la novità riguarda tanto le miniere – prima attribuite alla competenza legislativa statale e adesso “declassate” al rango regionale –, quanto le cave e le torbiere e le acque minerali e termali – prima rimesse alla potestà legislativa concorrente regionale ed ora “promosse” al livello di legislazione regionale primaria. Dunque il dato nuovo fornito dalla riforma del titolo V, parte seconda della Costituzione, consiste nella sottrazione della disciplina delle miniere alla competenza legislativa statale, e di quella di cave e torbiere ed acque minerali e termali alla competenza concorrente regionale; tutte attribuite adesso alla competenza piena residuale della regione. FRANCIARIO, *ult. op. cit.*, osserva che tanto per cave e torbiere quanto per le miniere, entrambe rimesse adesso alla potestà residuale regionale, si pone il problema di stabilire se il regime giuridico, nei suoi principi fondamentali, possa ancora oggi essere determinato dal regio decreto del 1927. Secondo l'autore per rispondere a questo interrogativo non si possono considerare solo ragioni letterali, ma occorre tener conto del dibattito dottrinario, che tuttavia è tutt'altro che statico, si veda infatti, FOLLIERI, *Profili amministrativi nell'individuazione delle materie di cui all'art. 117 Cost.*, relazione al IV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Torino 3-4 ottobre 2002, in *Annuario 2002*, Milano, 2003. In ogni caso l'A. conclude sul punto affermando che la materia stessa risulta attualmente ridefinita in considerazione del venir meno dell'interesse statale allo sfruttamento dei minerali non energetici, con conseguente unitario assoggettamento di miniere, cave e torbiere ed acque minerali e termali al regime amministrativo che i legislatori regionali potranno per essi determinare.

⁽⁷⁾ Le diverse leggi regionali, sostiene FRANCIARIO, *ult. op. cit.*, recano discipline omogenee; in particolare prevedono che lo svolgimento dell'attività estrattiva sia prefigurato ed organizzato dall'autorità pubblica regionale preposta al governo del settore, con poteri normativi e di programmazione, di indirizzo e di coordinamento,

l'attività estrattiva da cava anche e soprattutto quale fenomeno che può determinare cospicui impatti territoriali ed il cui esercizio viene perciò di regola sottoposto, oltre che alla pianificazione territoriale ed urbanistica, ad una pianificazione di settore e ad un regime autorizzatorio, al fine di dare rilevanza agli interessi pubblici connessi al razionale sfruttamento del territorio, alla tutela paesistica ed ambientale ⁽⁸⁾.

In Umbria vige attualmente la l. r. n. 2/2000 ⁽⁹⁾, emanata in applicazione della potestà legislativa concorrente in base a quanto prevedeva la precedente formulazione dell'art. 117 Cost. A seguito della riforma costituzionale del 2001, che ha disegnato, come già sottolineato, per questa materia una

di ordine e di controllo dell'attività interessata. Comune alle varie leggi è la previsione di un regime autorizzatorio. Solitamente tale provvedimento è inserito in una pianificazione di settore che fa sì che l'autorizzazione possa essere rilasciata in conformità al piano, al quale si richiede di indicare oltre che le aree indiziate e suscettibili di attività estrattiva e le norme per la salvaguardia dei valori ambientali, anche la stima dei fabbisogni del mercato, in modo da regolare tempi e modalità di sfruttamento dei giacimenti. In generale la legislazione regionale quindi detta una normativa volta a disciplinare le modalità e la possibilità di esercizio di una determinata attività imprenditoriale ritenuta di pubblico interesse.

⁽⁸⁾ In questo senso si è espresso TAR Umbria, 20 maggio 2003, n. 390, cit. Inoltre di rilevante interesse è Corte cost., sent. 18 marzo 2005, n. 108, in *www.ambientediritto.it*, ha evidenziato che la materia "cave" va ad intrecciarsi con il valore ambiente, con la conseguenza che deve trovare applicazione quella giurisprudenza secondo cui quando viene toccato tale valore la regione può legiferare, ma solo per fissare limiti ancor più rigorosi di tutela, senza dunque alcuna possibilità di introdurre deroghe al divieto di coltivare cave nei parchi. La tutela dell'ambiente, di cui alla lettera s) dell'art. 117² Cost., si configura quindi come una competenza statale non rigorosamente circoscritta e delimitata, ma connessa ed intrecciata con altri interessi e competenze regionali concorrenti. Dal confronto fra la norma statale in materia di parchi nazionali (art. 11, comma 3, lettera b), legge n. 394 del 1991) e la norma regionale impugnata emerge evidente che le modifiche introdotte, lungi dal disporre una disciplina più rigorosa rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, derogano *in peius* agli standards di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale". Alla luce di queste considerazioni la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, commi 2, 3 e 5 della legge della regione Umbria 3 gennaio 2000, n. 2, Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni, nella parte in cui disciplina l'attività di cava all'interno dei parchi nazionali.

⁽⁹⁾ Legge regionale 3 gennaio 2000, n. 2, recante "Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni", pubblicata nel B.U. Umbria 12 gennaio 2000, n. 2, S.O. n. 3 e consultabile in *www.territorio.regione.umbria.it*. Con l'art. 20, comma 1, di tale legge è stata espressamente abrogata la legge regionale umbra 8 aprile 1980, n. 28, che per prima si era occupata della materia, nonché la legge regionale 26 aprile 1985, n. 26. La l.r. n. 2/2000, al dichiarato fine di assicurare il fabbisogno regionale (di materiali da costruzione e per le utilizzazioni industriali) nel rispetto dell'ambiente e del territorio (art. 1, comma

competenza legislativa regionale esclusiva, la legislazione regionale umbra ha apportato ritocchi successivi ⁽¹⁰⁾ alla legge citata, che è comunque rimasta un punto di riferimento.

La ricostruzione della normativa applicabile alla fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio è alquanto problematica e costituisce al tempo stesso il punto centrale della pronuncia in commento.

Stando alle conclusioni effettuate da parte ricorrente, infatti, al progetto per la realizzazione di una cava di inerti alluvionali non si sarebbe dovuto applicare il criterio di coltivabilità di nuovi giacimenti previsto dal P.R.A.E., posto che la domanda di autorizzazione e la stessa domanda di VIA sono precedenti alla l. r. n. 34/2004, all'entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 18 *bis* ⁽¹¹⁾ della l. r. n. 26/2003 ed all'approvazione del P.R.A.E. ⁽¹²⁾.

1), si propone di contenere il prelievo delle risorse non rinnovabili ed individua quindi come prioritarie, rispetto all'apertura di nuove attività estrattive, l'ampliamento delle attività in essere e la riattivazione delle aree di escavazione dimesse, anche al fine della ricomposizione ambientale, nonché il riutilizzo dei residui, provenienti dalle attività estrattive o di materiali alternativi quali sottoprodotti, scarti e residui di altri cicli produttivi (art. 1, comma 2). In questa prospettiva la legge n. 2/2000 disciplina i poteri di programmazione spettanti alla Regione, comprendenti l'individuazione dei fabbisogni, il censimento dei siti dimessi o in attività e la definizione dei criteri di progettazione, coltivazione e ricomposizione ambientale (art. 3), prevede divieti di localizzazione in aree sensibili (art. 5), demanda agli strumenti urbanistici generali l'individuazione delle zone da destinare specificamente alle attività estrattive (art. 5, comma 1, e, in via transitoria, art. 19) e attribuisce ai comuni anche le potestà di approvare, mediante conferenza di servizi (salva la necessità della valutazione d'impatto ambientale, laddove richiesta) i progetti definitivi di coltivazione (art. 7) di rilasciare le conseguenti autorizzazioni (artt. 8 e ss. e, in via transitoria, art. 19), oltre a quelle di vigilanza e polizia connesse (art. 14).

⁽¹⁰⁾ Si allude alla l. r. 29 dicembre 2003, n. 26, Ulteriori modificazioni, nonché integrazioni, della l. r. 3 gennaio 2000, n. 2 Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni, pubblicata nel B. U. Umbria 7 gennaio 2004, n. 1, S.O. n. 4; nonché alla l. r. 23 dicembre 2004, n. 34, Ulteriori modificazioni ed integrazioni della l. r. 3 gennaio 2000, n. 2, Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni. Modifica dell'art. 22 della l. r. 29 dicembre 2003, n. 26 – Ulteriori modificazioni, nonché integrazioni della l. r. 3 gennaio 2000, n. 2, pubblicata nel B.U. Umbria 31 dicembre 2004, n. 57.

⁽¹¹⁾ Si allude qui al Regolamento 17 febbraio 2005, n. 3, "Modalità di attuazione della Legge Regionale 3 gennaio 2000, n. 2 – Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni", modificato ed integrato dal R.R. 10 luglio 2006, n. 10; per il testo di questi regolamenti si veda www.ambiente.regione.umbria.it.

⁽¹²⁾ Il Piano Regionale delle Attività Estrattive – P.R.A.E. – costituisce attuazione della programmazione delle attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni; il suo obiettivo consiste nello stabilire il corretto utilizzo delle risorse naturali nel quadro della salvaguardia dell'ambiente e del territorio, delle

Il Collegio quindi si è trovato a dover risolvere problemi di diritto intertemporale, in particolare relativi all'applicazione dell'art. 22 della l. r. 26/2003, come modificato dall'art. 3 della l. r. n. 34/2004 ⁽¹³⁾.

3. Prima di analizzare le conclusioni del Collegio sul punto, al fine di inquadrare normativamente gli eventi alla base della vicenda analizzata, la

sue componenti fisiche, biologiche, paesaggistiche e monumentali, in coerenza con il Piano Urbanistico Territoriale (art. 3, comma 1 e 2, l. r. n. 2/2000). La l. r. n. 2/2000 prevede all'art. 3, comma 3 e ss., in generale il contenuto che il P.R.A.E. deve avere, mentre il successivo articolo 4, modificato in più parti dalla l. r. n. 26/2003, stabilisce le modalità per la sua approvazione. Il P.R.A.E. è stato approvato con Deliberazione del Consiglio Regionale n. 465 del 9 febbraio 2005 e pubblicato sul B. U. della Regione Umbria n. 18 del 20 aprile 2005; il testo integrale è tuttavia più facilmente reperibile in www.regione.umbria.it. La prima parte del P.R.A.E. illustra gli aspetti economico-sociali, produzioni e fabbisogni, le risorse estrattive, il censimento delle cave in esercizio e dimesse. La seconda parte illustra i criteri di esistenza e coltivabilità delle risorse, di compatibilità e sostenibilità ambientale, i criteri di gestione, i risultati attesi e le criticità. In particolare sono definiti nelle cartografie allegate gli ambiti territoriali interessati dai vincoli ostativi e gli interventi ammissibili. All'interno dei vincoli ostativi è sempre vietata l'apertura di nuove cave. Si tratta di venti ambiti territoriali, pari a circa $\frac{3}{4}$ dell'intero territorio regionale, posti a tutela delle acque, delle aree protette e siti natura 2000, dei boschi e della vegetazione di pregio, di zone di interesse storico e culturale. Soltanto in quattro di questi ambiti sono ammessi interventi di ampliamento. Nei rimanenti è ammesso esclusivamente l'intervento di completamento, finalizzato alla completa chiusura dell'attività di cava e alla definitiva riconsegna dell'area alla destinazione d'uso originaria. Sono altresì definiti gli ambiti dei vincoli condizionanti (insediamenti di valore storico e culturale, nuclei e centri abitati, rete stradale di interesse regionale, boschi, aree di particolare interesse geologico, acquiferi dei complessi carbonatici, zone di esondazione dei corsi d'acqua). La loro presenza, anche all'esterno dell'area di cava, determina particolari azioni di accertamento, mitigazione e compensazione degli impatti. I criteri di coltivazione individuano le tecniche di escavazione e ricomposizione ambientale da seguire nella progettazione dei singoli interventi, in relazione a diverse situazioni e caratteristiche morfologiche. In sintesi il P.R.A.E. costituisce un complesso documento di programmazione a contenuto prescrittivo; non effettua previsioni di aree di cava sul territorio regionale, né individua ambiti o bacini al cui interno consentire l'attività estrattiva. Altre osservazioni sugli impianti e sulle attività estrattive si trovano in www.provincia.perugia.it.

⁽¹³⁾ Tale articolo ha introdotto norme transitorie da porre in relazione con l'avvenuta approvazione del P.R.A.E. stabilendo in generale che gli strumenti urbanistici comunali contenenti previsioni di aree di cava vanno adeguati al P.R.A.E. entro novanta giorni dalla data di approvazione dello stesso (Art. 22, comma 1, l. r. n. 26/2003) e che le previsioni di aree di cava contenute negli strumenti urbanistici comunali in contrasto con il P.R.A.E. approvato decadono (Art. 22, comma 2, l. r. n. 26/2003). Con Delib. G. R. 4 febbraio 2005, n. 138 è stato emanato il documento istruttorio contenente la direttiva in ordine all'applicazione del presente articolo;

prima norma da prendere in considerazione è l'art. 7 della l. r. n. 2/2000, così come modificato nel 2003, confrontandolo con la disciplina precedente ⁽¹⁴⁾.

Tale articolo disciplina infatti il procedimento per l'approvazione del progetto allegato all'istanza dei soggetti interessati all'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva ⁽¹⁵⁾.

Sia nella precedente che nell'attuale formulazione il legislatore regionale ha previsto la convocazione di una conferenza di servizi per l'approvazione del progetto definitivo, da effettuarsi entro trenta giorni dalla data di convocazione. L'indizione di una conferenza di servizi è prevista anche nel caso in cui il progetto debba essere sottoposto alla procedura di Valutazione d'Impatto Ambientale (VIA) secondo le previsioni di cui agli artt. 5 e ss. della l. r. n. 11/1998 ⁽¹⁶⁾; in questo secondo caso la legge regionale prevede che la convocazione della conferenza sia necessaria per l'istruttoria della domanda.

La modifica dell'art. 7 della l. r. n. 2/2000 ha inciso notevolmente proprio con riguardo alle modalità di effettuazione della procedura di VIA in seno al procedimento autorizzatorio.

La precedente formulazione dell'articolo appena richiamato stabiliva

vedi anche la Delib. G. R. 7 dicembre 2005, n. 2055; entrambe le delibere sono reperibili su www.regione.umbria.it.

⁽¹⁴⁾ L'attuale art. 7 l. r. n. 2/2000 è stato sostituito dall'art. 8 l. r. n. 26/2003. Il testo originario era rubricato "Procedimento per l'approvazione del progetto per l'esercizio dell'attività estrattiva", ora invece la rubrica è "Procedimento per l'approvazione del progetto".

⁽¹⁵⁾ Il nuovo art. 7 della l. r. n. 2/2000 al comma 2, contrariamente alla vecchia formulazione, precisa che per "soggetti interessati" debbono intendersi le aziende dotate della necessaria capacità tecnica ed economica per realizzare i lavori di estrazione, ricomposizione, lavorazione o trasformazione dei materiali estratti.

⁽¹⁶⁾ Si tratta della Legge regionale dell'Umbria del 9 aprile 1998, n. 11 recante "Norme in materia di impatto ambientale". Tale legge costituisce la legge quadro regionale di recepimento del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 1996, nel rispetto delle disposizioni della direttiva CEE del 27 giugno 1985, n. 337, come modificata dalla Direttiva 97/11/CEE del 3 marzo 1997. Le procedure in essa delineate sono valide sia per opere pubbliche che per opere private, e non subiscono reali modificazioni nemmeno a seguito di specifiche normative di settore: le procedure regionali di verifica e di valutazione d'impatto ambientale stabilite rispettivamente agli articoli 4 e 5 della legge operano infatti in esoprocedimenti o endoprocedimenti in rapporto ai vari procedimenti autorizzativi; si veda a questo proposito la legge regionale 3 gennaio 2000, n. 2 e successive modifiche ed integrazioni, contenente le "Norme per la disciplina dell'attività di cava e per il riuso di materiali provenienti da demolizioni". La parte più consistente della lettura della legge n. 11/98 è costituita proprio dalle note, che hanno la funzione di orientamento e chiarimento per il lettore, nelle quali sono esplicitati sia riferimenti ad altre normative, sia osservazioni di indirizzo ritenute utili; vedi per il testo della legge www.territorio.regione.umbria.it.

che la conferenza di servizi di cui all'art. 6 della l. r. n. 11/1998 tenesse luogo della conferenza di servizi di cui al comma 4 sempre dell'art. 7 - vecchia formulazione -, in ordine all'applicazione del progetto definitivo ⁽¹⁷⁾ ed inoltre che il giudizio di compatibilità ambientale di cui al comma 1 dell'art. 7 l. r. n. 11/1998 avesse validità pari a quella del progetto definitivo approvato ⁽¹⁸⁾.

La nuova normativa prevede ⁽¹⁹⁾, invece, che, nel caso in cui il progetto debba essere appunto sottoposto alla procedura di VIA di cui all'art. 5 della l. r. n. 11/1998, il procedimento per l'approvazione del progetto è sospeso in attesa del giudizio di compatibilità ambientale di cui all'art. 7 della l. r. n. 11/1998.

La previgente normativa, quindi, non menzionava la sospensione del procedimento principale in attesa della definizione del sub-procedimento, ma una sorta di assorbimento - ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione - del procedimento principale nella procedura d'impatto ambientale di cui agli artt. 5, 6 e 7, l. r. n. 11/1998.

Nella pronuncia in commento, tuttavia, il procedimento per l'ottenimento dell'autorizzazione all'apertura della cava non si è concluso, ma si è arrestato alla fase legata all'effettuazione della VIA ⁽²⁰⁾ - prevista per il caso di

⁽¹⁷⁾ Questo era il contenuto dell'art. 7, comma 7, l. r. n. 2/2000 precedentemente alla modifica operata con l. r. n. 26/2003.

⁽¹⁸⁾ Questo il contenuto dell'art. 7, comma 8, l. r. n. 2/2000.

⁽¹⁹⁾ Al comma 5 dell'art. 7 l. r. n. 2/2000 come sostituito dall'art. 8 l. r. n. 26/2003.

⁽²⁰⁾ Il D.p.r. 12 aprile 1996 ha previsto come obbligatoria la Valutazione d'Impatto Ambientale da parte del competente comitato regionale nel caso di cave e torbiere con più di 500.000 mc/a di materiale estratto o di un'area interessata superiore a 20 ha ovvero di un'area ricadente in aree naturali protette. Tale procedura ha lo scopo d'individuare, descrivere e valutare, in via preventiva, l'impatto ambientale di determinati progetti pubblici o privati. Essa non è quindi da intendersi "strumento" necessario per verificare il rispetto di standard o per imporre nuovi vincoli, oltre quelli già operanti, ma come un "processo coordinato" per raggiungere un elevato grado di protezione ambientale, realizzando l'obiettivo di migliorare la qualità della vita, mantenere la varietà della specie, e conservare la capacità dell'ecosistema in quanto risorsa essenziale. La VIA mira ad introdurre, nella prassi tecnica ed amministrativa ed in una fase precoce della progettazione, una valutazione sistematica degli effetti prodotti dalle opere in progetto sull'ambiente, intendendo quest'ultimo come un sistema complesso di risorse naturali ed umane e delle loro iterazioni, l'individuazione accurata di questa funzione risale a Tribunale di Bari, sezione del riesame, 6 febbraio 2004, ordinanza n. 271, in *www.ambiente.diritto.it*. Secondo Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2005, n. 1462, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2005, 1163 (m), la valutazione d'impatto ambientale implica una valutazione anticipata finalizzata, nel quadro del principio comunitario di precauzione, alla tutela preventiva dell'interesse pubblico ambientale, inoltre, sempre ad avviso del Consiglio di Stato, la VIA non costituisce un mero giudizio tecnico, ma presenta profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici di rilievo.

specie - che si è conclusa, come già detto, con un giudizio non favorevole di compatibilità ambientale.

La normativa attuale risulta inoltre pienamente conforme alle previsioni di recente introdotte alla legge generale sul procedimento amministrativo relativamente alla disciplina dello svolgimento dei lavori della conferenza di servizi nel caso in cui sia richiesta la VIA ⁽²¹⁾.

La stessa l. r. n. 11/98 presenta un'ulteriore conformità con la legge n. 241/90 e, cioè, la previsione di un termine conclusivo per i lavori della conferenza ⁽²²⁾. Ad avviso del Collegio non è possibile esporre alla volontà di uno dei partecipanti la scelta circa la durata della stessa conferenza; ciò è legato alla natura stessa di tale modulo organizzatorio, che non può essere manipolato, in particolare dal privato, in modo tale da perdere la caratteristica di strumento di semplificazione dell'azione amministrativa ⁽²³⁾. Peral-

⁽²¹⁾ Si allude qui a quanto contenuto all'art. 14 *ter*, comma V, legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'art. 10 della legge 11 febbraio 2005, n. 15. Tale comma prevede appunto che, allorquando all'interno del procedimento di conferenza di servizi debba essere acquisita una valutazione d'impatto ambientale, i lavori della conferenza di servizi rimangono sospesi fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale. Implicitamente o esplicitamente anche la normativa in tema di ambiente prevede una disciplina simile, infatti, mentre la legge n. 349/1986 prevede che, decorsi i termini per la pronuncia sulla compatibilità, la procedura di approvazione del progetto riprenda il suo corso (ipotesi di sospensione implicita), il D.l.vo n. 22 del 1997 (cd. decreto Ronchi) stabilisce espressamente, all'art. 27 (recante norme per la realizzazione di nuovi impianti di smaltimento o di recupero di rifiuti), che il termine di novanta giorni indicati per la conclusione dei lavori della conferenza di servizi resta sospeso fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale (ipotesi di sospensione implicita).

⁽²²⁾ Si veda l'art. 14 *ter*, comma 4, l. 241/90, esso prevede che nella prima riunione della conferenza di servizi, o comunque in quella immediatamente successiva alla trasmissione dell'istanza o del progetto definitivo ai sensi dell'art. 14 *bis*, le amministrazioni che vi partecipano determinino il termine per l'adozione della decisione conclusiva. Prevede inoltre che i lavori della conferenza non possano superare i novanta giorni, salvo quanto previsto dal comma 4. Decorsi inutilmente tali termini, l'amministrazione procedente provvede ai sensi dei commi 6 *bis* e 9 dello stesso articolo 14 *ter*: La legge regionale n. 11/98, che qui ha trovato applicazione, prevede nel caso di VIA che la conferenza di servizi si concluda entro un termine preciso, secondo l'art. 6, comma 2, l. cit., "La conferenza è convocata entro i quindici giorni successivi alla scadenza del termine di cui all'art. 5, comma 6, previo avviso ai soggetti di cui al comma 3 da parte del responsabile del procedimento. La conferenza si conclude nei successivi quaranta giorni ed esamina, oltre ai rapporti istruttori, tutte le osservazioni pervenute. L'avviso di convocazione è inviato al soggetto proponente."

⁽²³⁾ La conferenza di servizi, quale luogo istituzionale per il coordinamento degli interessi pubblici, costituisce uno strumento capace di assicurare in via ottimale il conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica operando una sorta di composizione "funzionale" del policentrismo amministrativo nell'ottica dell'efficientismo

tro, secondo l'interpretazione del Collegio ed in applicazione della l. n. 241/90, la fissazione di un termine per la conclusione della conferenza di servizi è un elemento necessario che non può restare in appannaggio della volontà di uno dei partecipanti ed essere così impiegato quale strumento dilatorio.

generalizzato, si veda in proposito, SORICELLI, *Conferenza di servizi*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2005, 174, il quale fornisce anche una definizione etimologica dell'istituto della conferenza di servizi. L'A. evidenzia come la conferenza di servizi si iscriva nel contesto del fenomeno organizzatorio che caratterizza l'attività della pubblica amministrazione volta al perseguimento del principio costituzionale del buon andamento e di imparzialità e della serie di principi "costituzionalmente derivati" quali l'efficienza, l'economicità, la celerità, la coesione, più direttamente percepibili quali parametri di riferimento dell'azione amministrativa. L'A. fornisce inoltre un'abbondante bibliografia sull'istituto. La conferenza di servizi è quindi uno strumento di semplificazione amministrativa in origine utilizzato informalmente nella prassi amministrativa, il cui schema paradigmatico è stato introdotto dalla legge generale sul procedimento amministrativo - legge 7 agosto 1990, n. 241 - agli artt. 14 e ss. Sulla natura e sul funzionamento della conferenza di servizi fra i tanti contributi si veda, in particolare, MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 21; Pastori, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Regioni*, 1993, 1564; FORTE, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di conferenza di servizi*, in *Foro amm.*, 1993, 1777; STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1555; D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002. Tale normativa è stata più volte corretta ed integrata dal legislatore, nel tentativo di risolvere difetti di funzionalità emersi in sede applicativa; modifiche che hanno trasformato l'istituto in uno strumento profondamente diverso, sia nelle modalità di funzionamento che nelle finalità; in proposito si veda Caringela, Tarantina, *Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la legge n. 340/2000*, *UA*, 2001, 367 e ss.; D'ORSOGNA, *Spunti di riflessione sulla nuova conferenza di servizi*, *CS*, 2001, 4, 651 e ss.; GARDINI, *La conferenza di servizi*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 488; SORICELLI, op. cit., evidenzia come la conferenza di servizi va evolvendosi assumendo le caratteristiche di un nuovo modello di produzione organizzativa basato sulla dinamicità della *reductio ad unitatem* dell'azione amministrativa e, più precisamente, della riconduzione ad unità delle competenze di più soggetti. Sempre su questo filone si veda SANTINI, *Conferenza di servizi e titolo V della Costituzione: analisi del quadro normativo attuale e di quello di imminente introduzione*, in *Urb. e appalti*, 2004, 1001 e ss. Una disciplina dettagliata del procedimento è contenuta all'art. 14 *ter*, legge cit. Una recente e particolareggiata ricostruzione dell'istituto della conferenza di servizi, nonché della sua natura giuridica, è fatta da DAVALLI, *Il funzionario di fatto nella collegialità amministrativa*, in *Il funzionario di fatto* a cura di CAVALLO, Milano, 2005, p. 148 e ss. Secondo l'A. il contenuto razionale della conferenza di servizi consiste nel surrogare la tradizionale ed inefficiente sequenzialità seriale del procedimento amministrativo con una valutazione sincronica della fattispecie da regolare; la conferenza di servizi rappresenta una regola procedimentale che spinge l'agire amministrativo ad operare in modo coordinato e cooperativo, permettendo di sostituire la tradizionale sequenzialità seriale di atti endocrini con una valutazione contestuale di tutti gli

Con riferimento alle caratteristiche del modulo conferenziale qui in analisi è possibile fare un'altra considerazione con riferimento alla tipologia riscontrabile.

Dall'esame della normativa regionale appena richiamata si deduce che, sia nel caso del procedimento di VIA, che nel caso del procedimento autorizzatorio, ci si trovi di fronte ad una conferenza di servizi decisoria⁽²⁴⁾. Per espressa previsione legislativa, infatti, partecipano alla stessa le amministrazioni competenti a rilasciare pareri, nulla osta, assensi o auto-

interessi pubblici in gioco, si veda DAVALLI, *La conferenza di servizi*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di CAVALLO, Torino, 2000, 194. Le regole generali della conferenza di servizi inducono l'amministrazione procedente a convocare le strutture organizzative coinvolte in una determinata operazione amministrativa per compiere una ponderazione contestuale degli interessi pubblici in gioco; in questo senso si veda Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3639, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1526, secondo il quale l'esercizio dissociato di poteri, ove tra essi sussista un obiettivo collegamento, contrasta con il criterio di ragionevolezza e con quello di buona amministrazione. È da condividere quello che DAVALLI, op. cit., rileva a proposito della bivalente rilevanza giuridica della conferenza di servizi e cioè che questa non è solo la nuova forma dell'agire amministrativo, ma è anche un nuovo modo di raccordare le diverse competenze coinvolte in un'operazione amministrativa complessa; a proposito della bivalente rilevanza giuridica della conferenza di servizi cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 491, in *Riv. Giur. ed.*, 2002, I, 710; TAR Veneto, sez. III, 13 febbraio 2001, n. 248, in *Riv. Giur. ambiente*, n. 2001, 830. Sempre l'A. ritiene che la conferenza di servizi applica al procedimento la logica tipica dell'amministrazione per collegi, spogliandola di ogni implicazione organicistica: la disciplina dello schema conferenziale non dà vita ad un nuovo organo collegiale, ma fa sì che nel procedimento sia ricomposta la disordinata allocazione delle competenze. La giurisprudenza è consolidata nell'escludere la natura di organo collegiale della conferenza di servizi; cfr. in particolare Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 1999, n. 1193, in *Urb. Appalti*, 2000, 60; Cons. Stato, IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1304; TAR Toscana, Sez. III, 16 aprile 2004 n. 1162, in *www.giustamm.it*, n. 4 - 2004. La tesi secondo cui la conferenza funge non da organo collegiale, ma da modulo organizzatorio e procedimentale ha trovato l'avallo della Corte Costituzionale, pronunciatasi con le decisioni n. 62 dell'8 febbraio 1993 e n. 79 del 10 marzo 1996, pubblicate rispettivamente in *Le Regioni*, 1993, 1563 ed in *Foro It.*, 1996, I, 1939. Secondo Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2003, n. 8080, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la conferenza di servizi, abbia essa natura istruttoria o decisoria, costituisce un modulo organizzatorio di semplificazione ed ottimizzazione temporale del procedimento al fine del miglior raccordo delle amministrazioni nei procedimenti pluristrutturali destinati a concludersi con decisioni connotate da profili di complessità. Siffatta modalità di svolgimento dell'azione amministrativa presuppone e conserva integri i poteri e le competenze delle Amministrazioni partecipanti, alle quali, pertanto, restano imputati gli atti e le volontà espresse nel corso della conferenza.

⁽²⁴⁾ La legge n. 241/90 distingue due diverse tipologie di conferenze di servizi: la prima "istruttoria" (art. 14, comma 1 e 2), incentrata sull'analisi coordinata di interessi allorché sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pub-

rizzazioni⁽²⁵⁾, e le determinazioni concordate nell'ambito della conferenza di servizi sostituiscono a tutti gli effetti tali atti amministrativi richiesti per l'esecuzione e la realizzazione dell'opera⁽²⁶⁾.

blici coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo; la seconda "decisoria" (art. 14, comma 2, nonché agli artt. 14 *ter* e 14 *quater* – completamente riscritti dalla legge n. 340/2000 e, da ultimo, dalla l. n. 15/2005 –), a cui si ricorre per consentire all'amministrazione procedente di acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche o di uffici della stessa amministrazione che curino interessi diversi. In sostanza, la conferenza istruttoria si caratterizza per una più efficace ponderazione delle volontà espresse dalle singole amministrazioni che chiamate ad effettuare le proprie valutazioni in modo contestuale e coordinato, hanno la possibilità di ponderare meglio gli interessi emergenti in gioco, limitando gli effetti negativi di decisioni intrinsecamente conflittuali o, quanto meno, spostando il momento del confronto di tali interessi all'interno della fase procedimentale, si veda a tal proposito SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 2, 255 e ss. Nella conferenza di tipo istruttorio vi è una sola amministrazione competente a decidere (decisione monostrutturata), cfr. per l'uso di tale terminologia CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1468, - in relazione agli interessi pubblici coinvolti in uno solo (comma 1) o in più procedimenti (comma 3) - che con la conferenza acquisisce l'avviso delle altre amministrazioni portatrici di interessi coinvolti nella procedura. Diversamente, nella conferenza di servizi decisoria il verbale conclusivo dei lavori della conferenza deve necessariamente tener luogo di tutti gli atti di assenso che, al di fuori della stessa conferenza, avrebbero dovuto essere singolarmente espressi ai fini dell'emanazione del provvedimento finale. La conferenza decisoria consente di acquisire intese, concerti, nulla osta, nel senso che le determinazioni assunte in questa sede tengono luogo di queste ultime. Si tratta di una decisione pluristrutturata in quanto il provvedimento finale, concordato sulla base degli assensi espressi in conferenza, sostituisce le determinazioni delle amministrazioni partecipanti. Per un'analisi più approfondita, soprattutto con riferimento alla conferenza di tipo decisorio si veda SORICELLI, *Conferenza di servizi*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, Torino, 2005, 179 e ss. Non può tuttavia sottacersi che in dottrina esiste, in diversi campi, anche l'uso di terminologie diverse, che qui non vengono prese in considerazione, si veda per una descrizione più dettagliata, anche alla luce delle recenti riforme all'istituto, RAGAZZO, *La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali*, in *www.lexitalia.it*. Secondo Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2000, n. 3830, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1681, l'art. 14, comma 2, l. n. 241/1990, va interpretato nel senso che tale disposizione non comporta ipotesi di deroga rispetto agli atti amministrativi generali vigenti né di variante agli strumenti urbanistici; la decisione si riferisce comunque ad una fattispecie antecedente alla legge n. 340/2000.

⁽²⁵⁾ Le determinazioni in questa sede tengono quindi conto degli atti di assenso comunque manifestati dalle amministrazioni partecipanti; l'elencazione non è ovviamente tassativa, ma meramente esemplificativa, in quanto si riferisce a tutte le manifestazioni di assenso giuridicamente valide e riconosciute come produttive di effetti giuridici positivi.

⁽²⁶⁾ Sotto questo profilo l'art. 6 della l. r. n. 11/1998 è più preciso dell'attuale art. 7, comma 4, della l. r. n. 2/2000.

Accanto alla già precisa normativa regionale, un ulteriore dato a conferma del fatto che si tratti di conferenze di servizi “decisorie” è offerto dal tenore della stessa pronuncia in commento, che richiama più volte l’operatività dell’articolo 14 *ter*, l. n. 241/1990. Infatti, secondo una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽²⁷⁾, il raggio di applicazione di tale norma riguarderebbe, nell’ambito delle tipologie di conferenze di servizi generali, solo la conferenza di tipo decisivo.

4. Tuttavia, la questione più interessante sottoposta all’attenzione del Collegio, per le implicazioni conseguenti sul piano processuale, ha avuto ad oggetto lo stabilire la normativa in concreto applicabile al caso di specie, poiché, come più volte accennato, il progetto per l’apertura della cava è stato presentato quando ancora il P.R.A.E. non era stato adottato. Poiché nel corso del giudizio questo atto normativo è stato approvato, il Tar dell’Umbria ha dovuto risolvere problemi di diritto intertemporale.

Le parti, infatti, hanno assunto diverse posizioni in ordine all’applicabilità o meno dell’art. 22, comma 3, l. r. n. 26/2003, modificato dall’art. 3 della l. r. n. 34/2004 ⁽²⁸⁾.

Dalla lettura della pronuncia in commento non è dato evincere la data della presentazione del progetto per l’apertura della cava, tuttavia è possibile comunque dedurre dalle date dei provvedimenti impugnati, a partire dalla determinazione dirigenziale di sottoporre il progetto alla valutazione d’impatto ambientale ⁽²⁹⁾, che tale istanza è stata presentata prima del 15 gennaio 2005.

Il Collegio ha dedotto dall’analisi delle disposizioni di coordinamento intertemporale che la sola presentazione di una richiesta di autorizzazione all’apertura di una cava e di valutazione del relativo impatto ambientale non può determinare, una volta per tutte, l’applicazione della normativa all’epoca vigente. Il Collegio, quindi, ha individuato quale scopo della previsione di cui all’art. 22, c. 3 l. r.n. 26/2003 quello di permettere – in attesa dell’emanazione di norme regolamentari e programmatorie regionali – che

⁽²⁷⁾ Ci si riferisce a Cons. Stato, Sez. VI, ord. 6 marzo 2001, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽²⁸⁾ Il testo attuale del comma 3 dell’art. 22 l. r. n. 26/2003 è il seguente: “Fino all’entrata in vigore delle norme regolamentari di cui all’articolo 18 *bis* ed all’approvazione del P.R.A.E. si applicano le disposizioni della presente legge ad esclusione di quanto stabilito dall’articolo 5 *bis* della legge regionale 3 gennaio 2000, n. 2 e successive modifiche ed integrazioni. La regione partecipa alla conferenza di servizi di cui all’art. 7, comma 4 della l. r. n. 2/2000”. Il testo originario era così formulato: “Fino all’approvazione del P.R.A.E. non possono essere rilasciate nuove autorizzazioni, tranne quelle relative ai procedimenti pendenti, alla condizione che l’attività estrattiva non arrechi pregiudizio alle risorse idriche”.

⁽²⁹⁾ Si tratta della determinazione dirigenziale n. 3987 adottata dal Servizio Programmi per l’assetto del Territorio della Regione in data 9 maggio 2003.

i procedimenti autorizzatori per l'apertura di cave potessero proseguire senza ricorrere alle procedure di accertamento dei giacimenti di cui all'art. 5 *bis*⁽³⁰⁾, l. r. n. 2/2000 e quindi in base al semplice inserimento negli strumenti urbanistici regionali, nel rispetto dei limiti e dei presupposti di cui all'art. 5⁽³¹⁾ l. r.n. 2/2000.

Che non ci sia un'applicazione della normativa vigente al tempo della presentazione del progetto è facilmente intuibile anche dalla lettura delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 22 della l. r. n. 26/2003, che rispettivamente hanno previsto l'adeguamento degli strumenti comunali entro 90 giorni dall'approvazione del P.R.A.E. e la decadenza delle previsioni delle aree di cava contenute negli strumenti urbanistici in contrasto con il P.R.A.E.

Viene in considerazione in tale caso, ad avviso dell'organo giudicante, il principio del *tempus regit actum*; l'operatività del quale fa sì che l'entrata in vigore del regolamento attuativo di cui all'art. 18 *bis*⁽³²⁾, l. r. n. 2/2000 e l'approvazione del P.R.A.E. rendano applicabile l'art. 5 *bis* e le previsioni del P.R.A.E. stesso, compreso il criterio di coltivabilità di nuovi giacimenti⁽³³⁾. Ecco il motivo per cui il Collegio è giunto ad affermare che nel progetto in questione non sussistevano i parametri oggettivi che lo stesso avrebbe dovuto rispettare per l'ottenimento dell'autorizzazione all'apertura.

⁽³⁰⁾ Tale articolo, aggiunto dall'art. 6 della l. r. n. 26/2003, indica, appunto, le procedure con cui il Comune competente per territorio, su richiesta dei soggetti aventi titolo, effettua l'accertamento della disponibilità di giacimenti di materiali di cava destinati al soddisfacimento del fabbisogno ordinario.

⁽³¹⁾ L'art. 5, in particolare, individua degli ambiti in cui è vietata l'apertura di nuove cave e la riattivazione di cave dismesse, consentendo in tali sedi solo interventi di ampliamento o completamento delle cave in esercizio e di reinserimento o recupero ambientale di cave dismesse.

⁽³²⁾ Si tratta del Reg. 17 febbraio 2005, n. 3, cit.

⁽³³⁾ Come è ricavabile direttamente dal punto 2.1 del P.R.A.E., il concetto di coltivabilità discende direttamente dalla legge mineraria, in relazione solo e soltanto agli aspetti economici dell'attività estrattiva. Si tratta chiaramente di un concetto datato nel tempo, la legge mineraria nasceva all'interno di un regime autarchico dove massimizzare la produzione era questione di vitale importanza. Oggi il fatto che una risorsa di interesse estrattivo sia coltivabile deve essere incentrata anche, se non soprattutto, sulle esigenze di tutela dell'ambiente e del territorio. La coltivabilità del giacimento, quindi, deve rispondere non soltanto ai requisiti di redditività dell'impresa mineraria, ma anche a requisiti di economicità dell'insediamento, nel contesto ambientale e paesaggistico, di innegabili impatti negativi. Al punto 2.1.1. il Piano individua quali siano i criteri di coltivabilità dei giacimenti di cava, ad eccezione del settore delle pietre ornamentali e delle argille ad uso artigianale, essi consistono: 1) un rapporto fra superficie totale impegnata dall'attività di cava e volume utile di materiali di cava inferiore a 0,2 (per ogni metro quadrato "denudato" deve risultare almeno 5 metri cubi di materiale di cava); 2) una percentuale di materiali di scoperta scarto o impurità non superiore al 10% del totale del volume scavato (volume di scarto < 10% del volume scavato); 3) una cubatura utile totale superiore a 300.000 m³.

Concludendo sul punto si deve evidenziare come questa soluzione adottata dal Tar rispecchi, fra l'altro, le direttive ⁽³⁴⁾ impartite dalla Giunta regionale in ordine all'applicazione dell'art. 22 della l. r. n. 26/2003, come modificata dall'art. 3 della l. r. n. 34/2004

5. Riassumendo, quindi, il Collegio ha ritenuto applicabile al caso di specie la normativa regionale sopravvenuta alla presentazione del progetto ed, in virtù del principio del *tempus regit actum*, i criteri di coltivabilità fissati dal P.R.A.E.; criteri che dall'analisi dell'organo giudicante, sulla base di quanto prospettato dalle parti, non erano propri del progetto in discussione in sede di VIA nell'ambito del procedimento autorizzatorio.

Occorre però ricordare che il Collegio, pur respingendo il ricorso, ha accolto le censure di difetto di istruttoria e di motivazione concernenti la determinazione conclusiva della conferenza di servizi in sede di VIA. Il Tar ha infatti ribadito un principio di diritto generale e di fondamentale importanza, secondo cui la decisione che non si discosti minimamente dalle risultanze istruttorie, per essere legittima, deve dar conto dei motivi che impediscono il recepimento delle conclusioni di un giudizio critico, ed ha riconosciuto come, nel caso in esame, l'amministrazione non avesse risposto a tutti i rilievi formulati dal tecnico della società ricorrente.

A questo punto è d'obbligo tentare l'individuazione delle ragioni sottostanti alla base del non accoglimento del ricorso, poiché il Collegio sul punto non ha effettuato osservazioni e spiegazioni dettagliate.

Si potrebbe ipotizzare che nella vicenda in commento il Tar, pur non richiamandola espressamente, abbia preso in considerazione l'operatività della fattispecie di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 ⁽³⁵⁾ e della teoria del raggiungimento dello scopo da parte del provvedimento impugnato.

A detta del Collegio stesso, infatti, tale provvedimento non avrebbe po-

⁽³⁴⁾ Si tratta della deliberazione della Giunta Regionale del 4 febbraio 2005, n. 138, cit., secondo la quale, per quello che qui viene in considerazione, i procedimenti relativi ad istanze di Piano attuativo e di autorizzazione per l'esercizio dell'attività di cava di cui agli artt. 19, comma 1, e 8 della l. r. 2/2000 e s. m. e i., presentati fino alla data del 15 gennaio 2005, sono conclusi ai sensi del comma 3 dell'art. 22 l. r. n. 26/2003, come modificato, nel rispetto dei vincoli e degli interventi di cui all'art. 5 della l. r. n. 2/2000 e s. m. e i.

⁽³⁵⁾ Tale articolo, inserito dall'art. 14 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, rubricato "Annullabilità del provvedimento", prevede alla prima parte del comma 2, dopo aver elencato al comma 1 i classici vizi di legittimità, che non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

tuto essere diverso anche qualora fossero state più compiutamente considerate le argomentazioni esposte in conferenza dal tecnico della società ricorrente.

L'applicazione in un certo senso implicita di tale normativa dovrebbe quindi aver comportato il rigetto dell'intero ricorso, stante l'irrilevanza dell'*error in procedendo* nello svolgimento della conferenza in sede di VIA, pur riconosciuto sussistente dall'organo giudicante.

Per giustificare e comprendere le conclusioni del Tar si potrebbe infatti sostenere che la circostanza per cui la determinazione conclusiva della conferenza di servizi non abbia dato compiutamente conto di quanto prospettato in conferenza dal tecnico progettista di parte ricorrente non ha costituito un vizio sostanziale tale da portare all'annullamento del provvedimento impugnato. Infatti, in applicazione del P.R.A.E. e dell'art. 5 *bis* l. r. n. 2/2000, il Tar ha sicuramente potuto constatare che il progetto presentato dalla società ricorrente era privo dei requisiti richiesti dalla normativa per l'ottenimento dell'autorizzazione all'apertura.

La pronuncia in commento si affiancherebbe, in conclusione, alle tante altre che si rinvencono in giurisprudenza, in diversi settori dell'agire della p.a., secondo cui non è annullabile il provvedimento avente natura vincolata adottato dall'amministrazione in violazione delle norme sulla "forma degli atti" ed in particolare per difetto di motivazione, quando "sia palese" che il contenuto dispositivo dell'atto non sarebbe stato diverso⁽³⁶⁾.

L'art. 21 *octies*, nella prima parte del comma 2, ha escluso la possibilità per il Giudice di annullare provvedimenti "vincolati" nell'ipotesi in cui il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, rendendo così necessaria una specifica valutazione al riguardo; valutazione che il Collegio deve aver compiuto per giungere implicitamente a ritenere prevalente l'applicazione della normativa regionale a scapito del riconoscimento della illegittimità del provvedimento.

Si potrebbe porre attenzione sulla natura vincolata o meno che, nel caso di specie, ha presentato l'attività provvedimentale, ma non sembra esserci alcun dubbio sul fatto che l'amministrazione abbia esercitato un'attività amministrativa vincolata, poiché le norme che dettano la disciplina da seguire sono tassative e scandiscono l'*iter* cui conformarsi per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva da cava.

⁽³⁶⁾ TAR Liguria, Sez. I, 27 ottobre 2005, n. 1408, in *Foro amm.*, *Tar* 2005, f. 10, 3126; TAR Sardegna, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 2071, in *For. amm. Tar* 2005, f. 10, 3327; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 7 settembre 2005, n. 1473, in *Foro amm. Tar*, 2005, f. 9, 2939; TAR Sicilia Catania, Sez. I, 18 agosto 2005, n. 1325, in *Foro amm. Tar*, 2005, f. 7/8, 2602; TAR Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005, n. 394, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Abruzzo, Pescara, 14 aprile 2005, n. 185, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Anche se si dubitasse, infine, che nel caso in questione non si è trattato di esercizio di attività vincolata, deve riconoscersi rilevanza a quella giurisprudenza secondo cui l'articolo 21 *octies*, comma 2, l. n. 241/1990, in attuazione dei generali principi di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli atti, può operare non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità, qualora la soddisfazione della pretesa del privato dipenda dal possesso di requisiti di cui il giudice possa *ictu oculi* verificare la presenza. Ritiene infatti questa stessa giurisprudenza che non può essere annullato un provvedimento di diniego qualora i profili che lo giustificano siano verificabili in giudizio con un mero riscontro circa le condizioni di legge richieste per l'accoglimento della pretesa ⁽³⁷⁾.

ALESSIA BATTILANA

⁽³⁷⁾ Si veda in proposito TAR Sardegna, 25 maggio 2005, n. 1170, in *Foro amm. Tar*, 2005, f. 5, 1744.

I

T.A.R. UMBRIA – 25 agosto 2006, n. 429 – Pres. LIGNANI – Est. CARDONI – Paleman S.r.l. (avv.ti Buchicchio, Scarpone, Picchio, Zegna) c. Azienda Sanitaria Regionale dell'Umbria U.S.L. n. 2 (avv. Calzoni) e nei confronti di Fri.Med S.r.l.

Giurisdizione e competenza – Appalti pubblici – Appalti sotto soglia – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza (art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205).

La scelta di una procedura pubblicistica d'individuazione del contraente comporta l'esercizio di poteri a fronte dei quali sussistono posizioni di interesse legittimo. Le posizioni di interesse legittimo, in quanto tali, postulano, indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione esclusiva, la giurisdizione amministrativa. Invero, il discrimine è costituito dalla posizione soggettiva a tutela della quale si agisce (1).

(*Omissis*). 2- Il Collegio, in primo luogo, rigetta l'eccezione di difetto di giurisdizione.

Si rammenta, al riguardo, come la giurisprudenza in materia di appalti c.d. "sotto soglia", quale quello in esame, non sia univoca.

Militano infatti a favore della Giurisdizione Ordinaria coloro che attribuiscono maggior rilievo all'aspetto privatistico dell'attività negoziale, con particolare riferimento, per le ASL, alla c.d. "privatizzazione" (art. 3, comma 1 ter, D. Lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, in relazione all'art. 1 L. 23 ottobre 1992 n.421, nel testo inserito dall'art. 3, comma 1°, D. Lgs.19 giugno 1999 n. 22, in rapporto all'art. 1 L. 30 novembre 1998 n. 419).

Ciò in quanto si ravvisa, essenzialmente, l'esistenza di posizioni di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo (fra le tante: Cons. Stato Sez. IV, 18 novembre 2004 n. 7554; Tar Bari Sez. I, 3 maggio 2005 n. 1899; id. 30 luglio 2005 n. 3503 ; Tar Piemonte Sez. II, 19 luglio 2005 n. 2536; Cass. SS.UU. 20 novembre 2003 n. 17635).

3- Su posizioni opposte si schiera invece la giurisprudenza che valorizza la natura pubblicistica dell'ente appaltante e l'aspetto autoritativo dell'attività di scelta del contraente attraverso una gara procedimentalizzata (fra le tante: Cass. SS. UU. 21 giugno 2005 n. 13296; Sez. VI 15 novembre 2005 n. 6368; id 19 dicembre 2005 n. 7192; Cons. Stato Sez. V, 12 aprile 2005 n. 1638; Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 934; Tar Friuli Venezia Giulia 9 marzo 2005 n. 119).

4- Questo Tribunale, si è già pronunciato sul tema (sent. TAR Umbria 28 ottobre 2005, n. 482) affermando che la scelta di una procedura pubblicistica d'individuazione del contraente comporti l'esercizio di poteri a fronte dei quali sussistono posizioni di interesse legittimo.

Queste, in quanto tali, postulano, indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione esclusiva (art. 6 L. 21 luglio 2000 n. 205), la giurisdizione amministrativa.

Invero, il discrimine è costituito dalla posizione soggettiva a tutela della quale si agisce. (*Omissis*).

II

T.A.R UMBRIA – 9 febbraio 2007, n. 98 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* CARDONI – Stark S.r.l. (avv. Valentini) c. Agenzia di Promozione Turistica dell'Umbria (avv. De Matteis) e nei confronti di R.B. Informatica.

Giurisdizione e competenza – Appalti pubblici – Appalti sotto soglia – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza.

Secondo il più approfondito orientamento della giurisprudenza, ai

fini del riparto di giurisdizione, mentre non può rilevare l'adozione, ancorché libera e non obbligata, di una procedura di evidenza pubblica da parte della amministrazione aggiudicatrice, in quanto altrimenti ciò renderebbe di fatto la stessa p.a. arbitra di scegliere la giurisdizione che preferisce, occorre piuttosto accertare se una determinata procedura di scelta del contraente sia stata indetta per libera scelta dell'amministrazione, che avrebbe quindi potuto stipulare il contratto con qualsiasi soggetto liberamente individuato, o per rispetto di un obbligo, di seguire un procedimento di natura amministrativa, che, benché non disciplinato nel dettaglio dal legislatore, garantisca la trasparenza, l'imparzialità e la non discriminazione nella scelta. In questa seconda ipotesi, anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici soprasoglia di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione assume una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo, con conseguente attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo. Del resto, la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato che, anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive; e già da tempo, con riferimento alla trattativa privata, aveva abbandonato l'orientamento, secondo cui non vi sono interessi legittimi, svolgendosi trattativa esclusivamente sul piano dell'autonomia negoziale privata, affermando invece che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sia in caso di contestazione del ricorso alla trattativa, sia in ipotesi di violazione delle regole procedurali adottate dall'amministrazione o, più in generale, dei principi di imparzialità e di logicità (2).

(Omissis) 4. Occorre anzitutto affrontare la questione della giurisdizione.

L'appalto in questione deve essere qualificato come un appalto misto di forniture e di servizi, di importo largamente inferiore alla soglia

di piena rilevanza comunitaria di ECU (oggi Euro) 200.000, fissata (settori esclusi a parte) da tutte le normative in materia, compreso il d.lgs. 358/1992, invocato dalla ricorrente, ed il d.lgs. 157/1995.

Ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge 205/2000 "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale"; mentre, ai sensi dell'articolo 33, comma 2, lettera d), del d.lgs. 80/1998 (come sostituito dall'articolo 7 della legge 205/2000) nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi rientrano le controversie "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale".

La controinteressata ricorda come, sulla base di dette previsioni, la giurisprudenza ha ritenuto che, negli appalti sotto soglia, qualora l'ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato), le relative controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa essendo di competenza del giudice ordinario (cfr. Cons. Stato, V, 18 novembre 2004, n. 7554, che richiama Cass. SS.UU. 20 novembre 2003, n. 17635).

Tuttavia, occorre precisare che la libertà di scegliere il contraente, vale a dire l'elemento dal quale secondo tale orientamento deriva la giurisdizione del giudice ordinario, nel caso in questione non sussiste, poiché l'appalto è stato aggiudicato in applicazione di una disposizione, l'articolo 31, comma 2, della l.r. 11/1979 (richiamato nelle premesse della determinazione n. 3/2006), che prevede, ancorché in forma embrionale, una procedura di evidenza pubblica.

Infatti, secondo il citato comma 2, i contratti "di importo inferiore a lire 100.000.000 sono preceduti da trattativa privata, che ha luogo dopo che siano state interpellate più persone o ditte ritenute idonee, e comunque nella forma dell'offerta in busta chiusa", e tale previsione richiama evidentemente il rispetto della formalità relative alla presentazione delle offerte (invito, contenuti delle offerte, termini), che l'amministrazione è tenuta ad assicurare, oltre all'applicazione dei principi (trasparenza, pubblicità, parità di trattamento) volti a garantire la par condicio tra i concorrenti nella valutazione delle offerte e nella scelta del contraente.

Va aggiunto che, secondo il più approfondito orientamento della giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, VI, 15 novembre 2005, n. 6368), ai fini del

riparto di giurisdizione, mentre non può rilevare l'adozione, ancorché libera e non obbligata, di una procedura di evidenza pubblica da parte della amministrazione aggiudicatrice, in quanto altrimenti ciò renderebbe di fatto la stessa P.A. arbitra di scegliere la giurisdizione che preferisce (in tal senso, vedi Cass. SS.UU., n. 17635/2003, cit., e Cons. Stato, A.P., 23 luglio 2004, n. 9), occorre piuttosto accertare se una determinata procedura di scelta del contraente sia stata indetta per libera scelta dell'amministrazione, che avrebbe quindi potuto stipulare il contratto con qualsiasi soggetto liberamente individuato, o per rispetto di un obbligo, di seguire un procedimento di natura amministrativa, che, benché non disciplinato nel dettaglio dal legislatore, garantisca la trasparenza, l'imparzialità e la non discriminazione nella scelta. In questa seconda ipotesi, anche nei casi in cui non si applica una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici soprasoglia di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione assume una valenza procedimentale ed amministrativa ed integra una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come di interesse legittimo, con conseguente attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo. Del resto (come sottolineato nella sopra citata sentenza, n. 6368/2005), la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato che, anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive (cfr. Cons. Stato, VI, n. 1206/2001 con riferimento ad un appalto sottosoglia; IV, n. 253/2002; V, n. 2294/2002); e già da tempo, con riferimento alla trattativa privata, aveva abbandonato l'orientamento, secondo cui non vi sono interessi legittimi, svolgendosi trattativa esclusivamente sul piano dell'autonomia negoziale privata, affermando invece che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sia in caso di contestazione del ricorso alla trattativa, sia in ipotesi di violazione delle regole procedurali adottate dall'amministrazione o, più in generale, dei principi di imparzialità e di logicità (cfr. Cons. Stato, V, n. 1577/96; IV, n. 125/97; V, n. 112/99; VI, n. 1018/99; V, n. 2079/2000, VI, n. 1206/2001 e per quanto concerne la contestazione dell'utilizzo della trattativa privata Cass., SS.UU. n. 11619/98). (*Omissis*).

(1-2) Gli appalti c.d. sotto soglia e la giurisdizione del giudice amministrativo: alcune riflessioni per definire una questione ancora aperta.

1. Le pronunzie in epigrafe offrono l'occasione per riflettere sull'incerta questione, che negli ultimi tempi divide dottrina e giurisprudenza, relativa alla competenza giurisdizionale sulle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia* ⁽¹⁾.

In queste decisioni il Tar Umbria, affrontando le eccezioni sul difetto di giurisdizione sollevate dalle parti resistenti, ha concluso riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella sentenza dell'agosto 2006 il Giudice umbro, dopo aver ricordato come sul punto la giurisprudenza non sia univoca, è pervenuto a tale soluzione richiamando un suo precedente del 2005 ⁽²⁾ ed affermando come la scelta di una procedura pubblicistica d'individuazione del contraente comporti l'esercizio di poteri a fronte dei quali sussistono posizioni di *interesse legittimo*.

Il Collegio, ritenendo che queste posizioni, in quanto tali, postulano, indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione *esclusiva* (ex art. 6 l. 21 luglio 2000, n. 205), la giurisdizione amministrativa, ed affermando che, al fine di individuare il giudice competente, *il discrimen è «costituito dalla posizione soggettiva a tutela della quale si agisce»*, ha riconosciuto la competenza del giudice amministrativo a decidere in sede di giurisdizione *generale di legittimità*.

Leggermente più articolato è l'*iter* argomentativo posto a fondamento della decisione del febbraio 2007: rigettando anche in tale occasione l'ecce-

⁽¹⁾ Gli appalti c.d. *sotto soglia* sono quelli il cui valore è inferiore a quello minimo indicato dalla normativa comunitaria o nazionale per l'adozione obbligatoria delle procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente. Nello specifico, il Codice De Lise (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) li definisce come «*i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie di cui agli articoli 28, 32.1 lett e), 91, 99, 196, 215, 235, e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi*» (art. 3.17).

² TAR Umbria, 28 ottobre 2005, n. 482, in www.giustizia-amministrativa.it.

In tale decisione il Collegio si era espresso con queste parole: «*Per vero, lo Stato qui resistente, esercita comunque, mediante l'emaneazione di una "lex specialis" di gara poteri autoritativi a fronte dei quali sussistono posizioni di interesse legittimo. O, più precisamente, ciò che qualifica l'interesse del privato come "legittimo" (ossia giuridicamente tutelato, con la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo) è la circostanza che l'amministrazione abbia autolimitato la propria discrezionalità, dando vita, pur non essendo in ipotesi tenuta a farlo, ad una procedura concorsuale rendendone noti i criteri. Una volta che ciò sia avvenuto, l'Amministrazione è vincolata a rispettare le regole procedurali che si è data, osservando i principi generali dell'imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione etc.*

Queste circostanze, pacificamente, attraggono la vertenza nella giurisdizione

zione sul difetto di giurisdizione, il Tar Umbria ha distinto i casi in cui una determinata procedura di scelta del contraente sia indetta liberamente dall'amministrazione, nei quali questa potrebbe stipulare il contratto con qualsiasi soggetto in qualsiasi modo individuato, da quelli conclusi seguendo un procedimento di natura amministrativa per rispetto di un obbligo che, sebbene non disciplinato nel dettaglio dal legislatore, garantisce la trasparenza, l'imparzialità e la non discriminazione nella scelta. In questa seconda ipotesi, anche nei casi in cui non fosse applicata una dettagliata disciplina di derivazione comunitaria (quale quella in tema di appalti pubblici c.d. *sopra soglia* di lavori, di forniture o di servizi), il provvedimento di aggiudicazione assumerebbe una valenza procedimentale ed amministrativa così che, integrando questo una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva idonea ad incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione (qualificabile come *interesse legittimo*), da ciò conseguirebbe l'attribuzione delle relative controversie al giudice amministrativo.

Nel concludere in modo così conforme, il Collegio ha sottolineato⁽³⁾ come la giurisprudenza amministrativa abbia più volte evidenziato che, anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (desumibili principalmente dagli articoli 43 e 55 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici, impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive.

Le pronunzie in epigrafe sembrano quindi accogliere il recente orientamento che si sta affermando, specie nelle sentenze del giudice amministrativo di primo grado, favorevole al riconoscimento della giurisdizione amministrativa sulle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*, e si pongono in antitesi con l'impostazione inaugurata nel 2003 dalle Sezioni Unite⁽⁴⁾, in conformità della quale la competenza giurisdizionale a decidere in tali situazioni spetterebbe invece al giudice ordinario.

Al fine di esprimere un giudizio sulla posizione assunta da Tar Umbria nelle decisioni qui esaminate, è opportuno riassumere i termini essenziali della *vexata quaestio de qua* alla luce delle più recenti decisioni dei giudici nazionali.

generale di legittimità, indipendentemente dall'applicazione o meno dell'art. 6 legge n. 205/2000 (giurisdizione esclusiva in materia di appalti)».

⁽³⁾ Richiamando la sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato, 15 novembre 2005, n. 6368, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴⁾ Cass., sez. un., 21 novembre 2003, n. 17635, in *Urb. e appalti*, 2004, 425 ss.

2. La competenza giurisdizionale a decidere in ordine alle controversie aventi ad oggetto appalti di lavori pubblici, servizi e forniture è attualmente disciplinata dall'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale: «*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*»⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ L'art. 244, d.lgs. 163/2006 ha abrogato l'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205; tale disposizione, fino all'entrata in vigore del Codice De Lise, devolveva alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo quelle controversie che l'art. 33.2 lett. d), prima della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, in materia di pubblici servizi, riconosceva già appartenere alla competenza di quest'ultimo.

Leggendo il dettato di questo articolo è possibile osservare senza eccessiva difficoltà il fatto che il testo di tale disposizione prevede, come già disponeva l'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205, la giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo sulle questioni *de quibus*.

La soluzione adottata dal legislatore appare pienamente legittima alla luce del principio sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004, in conformità del quale, l'esercizio del potere amministrativo da parte della pubblica amministrazione costituisce la *condicio sine qua non* si rende possibile la devoluzione di «*particolari materie*» alla competenza giurisdizionale *esclusiva* del giudice amministrativo.

In materia di appalti pubblici sembra infatti possibile, al fine di giustificare la scelta operata dal legislatore, qualificare gli atti posti in essere dagli appaltatori come provvedimenti amministrativi e quindi espressione di un'attività amministrativa di tipo *autoritativo*.

Tale affermazione risulta inoltre conforme con un altro principio costituzionale, questa volta a fondamento dell'azione amministrativa: *ex art. 97 Cost.*, nessun potere e nessuna funzione possono essere esercitati, se non sul fondamento di una legge che espressamente li attribuisca (sul principio di legalità, cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 81 ss.; CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 63-64; FALCON, *Lezione di diritto amministrativo. L'attività*, Torino, 2006, 8; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 899).

Osservando come, sotto il profilo delle regole da rispettare per l'aggiudicazione dell'appalto, le medesime procedure sono imposte sia ai soggetti pubblici, sia ai privati che, limitatamente a quanto previsto dalla legge, sono assimilati ai primi, appare manifesta la volontà del legislatore di procedere ad un'*equiparazione* della qualificazione su un piano sostanziale degli atti da essi emanati.

A sostegno di questa posizione è possibile anche osservare come nella stessa sentenza n. 204 del 2004 sia palesata tale recente tendenza evolutiva: in quest'occasione la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del d.lgs. 80 del 1998, da un lato, ha riconosciuto, in materia di pubblici servizi, la giurisdizione *esclusiva* coprire anche i provvedimenti emanati, nel rispetto della legge sul procedimento amministrativo, da parte dei gestori di pub-

L'ambito di applicazione di tale disposizione ha creato fin da subito non pochi problemi: se, da un lato, è stata riconosciuta la sua pacifica applicabilità

blici servizi; dall'altro, nel verificare il rispetto della Costituzione di quanto previsto dall'art. 34 del medesimo decreto, ha ritenuto tale disposizione incostituzionale nella parte in cui prevedeva la competenza giurisdizionale *esclusiva* del giudice amministrativo estesa anche alle controversie aventi ad oggetto «*gli atti, i provvedimenti e i comportamenti*», anziché «*gli atti e i provvedimenti*» delle pubbliche amministrazioni o dei *soggetti alle stesse equiparati*.

Sembra che la Corte Costituzionale abbia aderito alla tesi di quanti affermano la possibilità di operare un'estensione dei "classici" concetti di amministrazione e di atto amministrativo: infatti, seguendo le argomentazioni dei giudici costituzionali, in primo luogo si deve osservare che la nozione di gestore, di cui all'art. 33, presenta una chiara compatibilità con le figure di veste formalmente privatistica e così, nel caso in cui un tale soggetto fosse chiamato ad esercitare i propri poteri in posizione di sostanziale supremazia nei confronti dei destinatari della sua azione, allora sarebbe possibile qualificare come "amministrativi" gli atti da esso emanati; inoltre, il riconoscimento esplicito, in materia di edilizia ed urbanistica, della giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo sulle questioni aventi ad oggetto «*gli atti e provvedimenti amministrativi*» posti in essere da *soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni*, manifesta anch'esso un puntuale accoglimento della tendenza a superare l'arcaica visione formalistica dell'amministrazione (e della sua attività).

Sulla base di tali osservazioni sembra avere ragione la dottrina (su tutti, cfr., MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005) che ha individuato nella disposizione che attribuisce le controversie aventi ad oggetto appalti pubblici (oggi art. 244 d.lgs 163/2006) e nel recente intervento correttivo della Consulta, non solo la precisazione degli ambiti in cui le controversie possono essere devolute alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo, ma anche il pieno riconoscimento della vigenza, nel nostro ordinamento, del principio di equiparazione dei soggetti privati alle amministrazioni pubbliche, che trova applicazione ogni qual volta, in conformità al principio di cui all' art. 97 Cost., il legislatore preveda che ai privati siano o possano essere conferite funzioni amministrative.

Una conferma di tale conclusione è desumibile dalla recente riforma della legge 7 agosto 1990, n. 241: l'art. 1-ter sembra *equiparare* alla disciplina dell'azione amministrativa intesa in senso stretto, quella dell'attività «*oggettivamente amministrativa*» (ha teorizzato tale concetto SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg. Milano, 2000, 110 ss.) svolta dai soggetti privati preposti *all'esercizio di attività amministrative*.

L'art. 244 del Codice De Lise risulta quindi pienamente conforme al dettato della Costituzione Repubblicana: tale disposizione, infatti, prevede la giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo in una "particolare" materia in cui la legge (normativa sostanziale in materia di appalti pubblici), attribuendo poteri pubblicistici in favore, sia dei soggetti pubblici *tout court*, sia dei soggetti privati equiparati a quelli pubblici (per un approfondimento su questo punto, cfr. la nota 26), permette la qualificazione degli atti da entrambi emanati, nel corso delle procedure di aggiudicazione dell'appalto dalla legge rigorosamente disciplinate, come *provvedimenti amministrativi* che, in quanto tali, sono espressione di quella azione amministrativa richiesta dalla Consulta a fondamento della giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo.

agli appalti c.d. *sopra soglia*, dall'altro, quanto alla possibilità di attribuire a tale previsione un ambito operativo anche nelle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*, in dottrina ed in giurisprudenza si sono sviluppate due tesi contrapposte.

Infatti, negli ultimi anni i giudici nazionali sono intervenuti in tema di giurisdizione sugli appalti c.d. *sotto soglia* ponendosi su posizioni divergenti: da un lato, in alcune decisioni è stata affermata la competenza a decidere del giudice ordinario; dall'altro, si è al tempo stesso diffuso, in certi ambiti della giurisprudenza amministrativa, l'orientamento favorevole alla devoluzione delle controversie *de quibus* alla competenza (per taluni *generale di legittimità*, per altri *esclusiva*) del giudice amministrativo.

La prima, delle due tesi appena menzionate, prende le mosse dalla sentenza delle Sezioni unite n. 17635 del 2003 ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Cass., sez. un., 21 novembre 2003, n. 17635, cit., con nota di MISSENERI, *Il riparto di giurisdizione negli appalti di servizi «sottosoglia» in materia di pubblici servizi*.

La decisione della Cassazione trae origine da un ricorso *ex art.* 362 c.p.c. avverso una pronuncia del Consiglio di Stato che, interpretando estensivamente la specifica disciplina sul riparto di giurisdizione in materia, con sentenza del 15 febbraio 2002, n. 934 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), aveva riconosciuto appartenere alla competenza *esclusiva* del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'esito di una gara bandita per l'affidamento di un appalto c.d. *sotto soglia*: ad avviso del giudice amministrativo, un'interpretazione "a maglie larghe" del dettato di cui all'art. 33 lett. d) d. lgs. 80 del 1998 era stata ritenuta «*tutt'altro che irragionevole*» per quattro differenti motivazioni (che alla luce della sentenza n. 204 del 2004, a ben vedere, potrebbero essere facilmente confutate). Tale conclusione a suo parere, era infatti in primo luogo «*coerente con l'esigenza di offrire un quadro razionale del nuovo sistema di riparto della giurisdizione per blocchi di materie, che, altrimenti*», avrebbe dovuto «*tollerare che due controversie, identiche per soggetti ed oggetto e distinte solo per una minima differenza di valore*», andassero «*l'una (quella di maggiore importo) al giudice amministrativo e l'altra (quella di minore importo) al giudice ordinario*»; in secondo luogo, osservando come quest'ultimo risultato, avrebbe, da un lato, fornito inutili complicazioni, dall'altro, costruito una curiosa sovrapposizione della giurisdizione amministrativa, in termini di valore della controversia, a quella ordinaria del tutto irrazionale rispetto ai dettami dell'ordinamento, la Sezione aveva evidenziato che una differente soluzione sarebbe stata inconciliabile con gli «*obiettivi di chiarezza e certezza del diritto che proprio le norme sulla giurisdizione esclusiva hanno da sempre inteso realizzare*». A sostegno delle proprie argomentazioni, in conclusione di sentenza, il giudice amministrativo aveva avanzato due ultime osservazioni: dapprima evidenziando come l'estensione del "blocco di materie" (è opportuno tenere a mente che, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, non è più possibile parlare di criterio di riparto fondato sulla regola della materia) fosse rispettosa della *ratio*¹ alla base della legislazione speciale sul riparto giurisdizionale: «*la controversia in oggetto, lungi dall'esserne estranea*», era «*strettamente connessa alla cura del pubblico interesse*» ed al compimento di atti espressione di pubbliche funzioni adottati in un procedimento amministrativo; in seguito, ricordando come la Commissione CE e la

In tale pronuncia, la Corte regolatrice della giurisdizione, ritenendo l'espressione «*comunque tenuto nella scelta del contraente*»⁽⁷⁾ non idonea a fare rientrare *qualunque* controversia in materia di appalti nella giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo, aveva negato che la libera e volontaria scelta di una azienda speciale ⁽⁸⁾ di adottare procedure di evidenza pubblica per la selezione di un contraente nell'affidamento di un appalto potesse fondare la giurisdizione *esclusiva* ⁽⁹⁾ del giudice amministrativo ⁽¹⁰⁾.

La Suprema Corte aveva quindi precisato che il testo degli artt. 6 e 7, l. a legge n. 205 del 2000 non autorizzava affatto l'«*interpretazione sistematica estensiva*» prospettata dal Consiglio di Stato: l'accoglimento della tesi favorevole a riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative ad appalti *comunque* affidati con procedura di evidenza pubblica sia da soggetti a ciò specificamente tenuti, sia da soggetti che l'avessero di fatto liberamente adottata, avrebbe infatti portato alla inaccettabile conclusione di rimettere all'arbitrio della pubblica amministrazione stessa la possibilità di scegliere il giudice preferito ⁽¹¹⁾ competente

Corte di Giustizia delle Comunità europee avessero riconosciuto che, nei casi esclusi dall'applicazione della direttiva sugli appalti di servizi, la scelta del contraente avrebbe comunque incontrato i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza.

⁽⁷⁾ Di cui all'art. 6, l. n. 205.

⁽⁸⁾ L'azienda speciale non era qualificabile come «*amministrazione aggiudicatrice*».

⁽⁹⁾ Ai sensi dell'art. 6, l. n. 205 del 2000.

⁽¹⁰⁾ Le Sezioni Unite avevano addotto due ulteriori argomentazioni a sostegno della loro conclusione: da un lato, avevano osservato che «*ove il legislatore avesse inteso modificare in senso estensivo la disposizione di cui all'art. 33 lett. d), del d.lgs. 80, lo avrebbe fatto nella sede propria dell'art. 7 della legge n. 205...e non nella sede di cui all'art. 6*» (questo riguardava controversie aventi ad oggetto procedure di appalto diverse da quelli relativi a pubblici servizi); dall'altro, avevano giustificato la devoluzione a diversa giurisdizione delle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sopra e sotto soglia* in base ad «*una precisa e non irragionevole scelta del legislatore*».

⁽¹¹⁾ Per simili conclusioni, cfr., TAR Umbria, 3 marzo 1999, n. 206, in *Urb. e appalti*, 1999, 546 ss., con nota di DELLA VALLE, *Primi chiarimenti sull'ambito applicativo della nuova tutela risarcitoria ex art. 35, d.lgs., n. 80/1998*. In tale decisione il giudice umbro aveva affermato che se anche l'ENEL s.p.a. avesse deciso di autolimitarsi, ricorrendo spontaneamente all'applicazione della normativa dell'evidenza pubblica, non avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 33, lett. d), d.lgs. n. 80 del 1998, dal momento che tale disposizione era riferibile esclusivamente ai «*soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale*».

In dottrina, esclude la giurisdizione del giudice amministrativo negli appalti sotto soglia, qualora si sia deciso di ricorrere alla c.d. "autolimitazione", adottando le procedure di evidenza pubblica imposte per gli appalti di valore superiore alla

a giudicare sulle eventuali controversie aventi ad oggetto gli appalti c.d. *sotto soglia*.

Negli anni a seguire, la tesi della Corte di Cassazione è stata accolta con favore in alcune decisioni di Tar ⁽¹²⁾ e Consiglio di Stato ⁽¹³⁾.

Con la sentenza n. 7554 del 2004 (14), la quinta sezione del Consiglio di Stato, abbandonando il prevalente orientamento che si era affermato fino a quel tempo sul punto ⁽¹⁵⁾, ha infatti inaugurato l'impostazione di rigoroso *self restraint* pronunciandosi in senso favorevole alla devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*.

In tale occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno statuito che, al fine di devolvere una controversia alla giurisdizione amministrativa, l'art. 6, l. n. 205 del 2000 *presuppone* una controversia su una procedura di evidenza pubblica *specificamente* disciplinata dalla normativa comunitaria ⁽¹⁶⁾, mentre non sarebbe sufficiente la mera sottoposizione all'obbligo

soglia di rilevanza comunitaria, M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato ed il diritto europeo degli appalti delle concessioni: i profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167 ss.

Nel senso dell'irrelevanza di un autovincolo, cfr., Cons. St., Ad. Plen., n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹²⁾ Cfr., TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1899, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *id.*, 6 luglio 2005, n. 3505, *ivi*; TAR Campania, sez. I, 2 febbraio 2005, n. 1617, *ivi*; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 marzo 2005, n. 703, *ivi*.

Di recente, ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo, TAR Piemonte, sez. II, 6 giugno 2006, n. 2256, in *Giust. amm.*, 2006, 501 ss., con nota di M.A. SANDULLI, *Sulla giurisdizione relativa agli appalti sotto la soglia comunitaria; in senso critico*, ha commentato tale pronuncia DI GAETANO, *Il riparto di giurisdizione e gli appalti sottosoglia*, in *Urb. e appalti*, 2006, 1335 ss.

⁽¹³⁾ Cfr., Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., 18 aprile 2005, n.1770, *ivi*.

⁽¹⁴⁾ Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

La sentenza è stata commentata con rilievi critici da MISSENERI, *Appalti sotto soglia e riparto di giurisdizione*, in *Urb. e appalti*, 2005, 703 ss.; CARATA, *Giurisdizione esclusiva e appalti sotto soglia*, in *Giur. it.*, 2005, 1079 ss.; VALAGUZZA, *L'evidenza pubblica come criterio di interpretazione restrittiva della giurisdizione amministrativa negli appalti sotto soglia: alcune perplessità*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 501 ss.; MEZZACAPO, *La controversia torna alla giustizia amministrativa se si osservano le specifiche procedure pubbliche*, in *Guida al diritto*, 2005, 105 ss.; STECCANELLA, *Giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, ovvero del giudice ordinario nelle controversie concernenti la procedura di scelta del contraente quando si tratti di appalti "sotto soglia comunitaria"*, in *Contr. Stato enti pubbl.*, 2005, 316 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr., Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *id.*, 15 febbraio 2002, n. 934, *ivi*; *id.*, 10 marzo 2003, n. 1295; TAR Puglia, sez. II, 23 luglio 2003, n. 1362, *ivi*; TAR Veneto, n. 5439/2003, *ivi*.

⁽¹⁶⁾ Nella decisione il Collegio distingue il caso in cui la stazione appaltante sia

di rispettare i “generici” principi fondamentali del Trattato CE. Di conseguenza, nel caso di affidamento di un appalto inferiore alla soglia comunitaria che l'appaltante ha «*liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato)*», le relative controversie rientrano nella competenza del giudice ordinario.

3. La posizione appena illustrata è stata tuttavia respinta da un diverso orientamento sostenuto di recente da parte della giurisprudenza: questa, criticando la tesi avanzata per la prima volta dalle Sezioni unite, ha argomentato in favore del riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*.

Per fare qualche esempio, a soli due anni dal *leading case* del 2003, il Consiglio di Stato ⁽¹⁷⁾ ha preso le distanze dalla soluzione paventata dalla Suprema Corte.

In tale occasione, i giudici di Palazzo Spada ⁽¹⁸⁾ hanno ritenuto che, qualora una amministrazione per la scelta del contraente sia *comunque obbligata* a seguire un procedimento funzionale a garantire trasparenza, imparzialità e *par condicio*, tale procedura e il provvedimento di aggiudicazione dovrebbero assumere la natura di *atti amministrativi* idonei ad incidere su posizioni di *interesse legittimo*, con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo.

Ad avviso del Collegio, tale eventualità ricorrerebbe in quei casi in cui, nonostante il mancato superamento della soglia di rilevanza comunitaria, l'amministrazione si sia comunque attenuta ad un obbligo di scelta procedimentalizzata del contraente, operando con modalità idonee a pre-

tenuta, anche per gli appalti c.d. *sotto soglia*, ad osservare i principi fondamentali del Trattato CE (a fronte dei quali, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, il partecipante alla gara vanterebbe una posizione di diritto soggettivo, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere autoritativo di disciplina di dette situazioni giuridiche), dal caso in cui si sia in presenza di un puntuale «*obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria*»: solo quest'ultimo sarebbe idoneo, ad avviso della Sezione, a radicare la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

⁽¹⁷⁾ Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In senso conforme, cfr., Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁸⁾ Nella sentenza il si evidenzia come, anche quando un soggetto pubblico non sia direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, tanto il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, quanto l'osservanza dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici, impongano all'amministrazione precedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese.

servare la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese ⁽¹⁹⁾.

Di recente, anche il Tar Molise ⁽²⁰⁾ ha concluso in favore della competenza del giudice amministrativo osservando che, sebbene l'interpretazione della norma sulla giurisdizione *esclusiva* in materia di appalti pubblici debba essere interpretata in modo rigoroso (e quindi limitatamente alle ipotesi dalla stessa annoverate), questo fatto, ove la posizione giuridica soggettiva azionata sia di *interesse legittimo*, non impedisce di scorgere in capo al giudice amministrativo la sua competenza a conoscere delle diverse questioni in sede di giurisdizione *generale di legittimità*, sulla base del criterio di riparto previsto in via principale dall'art. 103 Cost.

Poiché si tratta di vedere se nella specie la posizione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente possa o meno qualificarsi come *interesse legittimo*, il giudice amministrativo in tale pronuncia ha precisato che, nel caso in cui il soggetto che ha deciso di far ricorso alla pubblica gara sia qualificato come *organismo di diritto pubblico* ⁽²¹⁾, questo, nel momento stesso in cui opera secondo schemi pubblicitistici, qual è appunto la pubblica gara, dispiega un *potere autoritativo* cui si contrappongono *interessi legittimi*.

La decisione dei giudici molisani, appare quindi in linea con la sentenza pronunciata dal Tar Umbria nell'agosto 2006 ⁽²²⁾: entrambe riconoscono che la scelta di una procedura pubblicitica d'individuazione del contraente postula l'esercizio di *poteri amministrativi* a fronte dei quali sussistono situazioni di *interesse legittimo*; da ciò deriverebbe la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo in sede di *giurisdizione generale...di legittimità*.

4. A fronte del contrasto interpretativo che si è creato sulla questione qui affrontata, presentandosi la giurisprudenza divisa (da una lato si pongono coloro che riconoscono competente a decidere il giudice ordinario, dall'altro i difensori della giurisdizione amministrativa, e tra questi ultimi, alcuni riconoscono il giudice amministrativo competente in sede di *giurisdizione esclusiva*, altri affermano invece questo essere competente in sede di *giurisdizione generale di legittimità*) potrebbe essere opportuno approfondire l'analisi del tema.

⁽¹⁹⁾ In senso conforme, cfr., TAR Campania, Napoli, sez. II, 18 gennaio 2007, n. 2600, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²⁰⁾ TAR Molise, 10 gennaio 2007, n. 67, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²¹⁾ È opportuno osservare che nel Codice dei contratti pubblici sono sottoposti alle regole dell'evidenza pubblica soggetti privati anche non qualificabili come organismo di diritto pubblico (su questo punto, cfr. nota 26).

⁽²²⁾ In senso conforme il Collegio umbro si era espresso il 28 ottobre 2005, con la sentenza n. 482 (richiamata dalla decisione qui commentata e consultabile su www.giustizia-amministrativa.it).

Riflettendo su una serie di fattori che sembrano essere stati trascurati dalla giurisprudenza nazionale, appare fondata la tesi di quanti ritengono sussistere anche nelle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia* la giurisdizione del giudice amministrativo⁽²³⁾.

Come punto di partenza, è opportuno analizzare il testo delle disposizioni che regolamentano la materia *de qua*.

Osservando il dettato del d.lgs n. 80 del 1998, della l. n. 205 del 2000, infine del recente art. 244 del Codice De Lise, non è difficile riscontrare come tali norme non si riferiscano esclusivamente alle procedure indette da *amministrazioni aggiudicatrici*, e non alludano, di conseguenza, alle sole procedure per l'aggiudicazione di appalti c.d. *sopra soglia*⁽²⁴⁾.

Inoltre, confrontando il "comune" dato letterale offerto dalle citate disposizioni, si potrebbe altresì evidenziare che, qualora il legislatore avesse voluto limitare la giurisdizione amministrativa alle sole ipotesi esplicitamente previste dalla legge, allora non avrebbe di certo fatto ricorso all'avverbio «*comunque*» che, in base ad una qualsiasi logica ermeneutica, ha il significato di «*qualunque titolo*» o «*in ogni caso*»⁽²⁵⁾.

Considerando, poi, che tale avverbio è stato mantenuto nel recente art. 244 del Codice degli appalti, non appare peregrino avanzare un'interpretazione di tale articolo volta a superare il dato letterale della legge (che sembra limitare la giurisdizione amministrativa ai casi in cui gli appaltanti siano obbligati a rispettare le procedure di evidenza pubblica in base ad una *esatta* indicazione normativa comunitaria, nazionale o regionale): attribuendo un differente significato all'inciso «*comunque tenuti*» sembra infatti possibile riconoscere la competenza *esclusiva* del giudice amministra-

⁽²³⁾ Sulla base di differenti argomentazioni, conclude in senso conforme, MANGANI, *Il codice degli appalti e la tutela giurisdizionale nei contratti sotto soglia*, in www.giustamm.it.

⁽²⁴⁾ Cfr., in senso conforme, CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1248.

⁽²⁵⁾ Per simili argomentazioni, cfr., STECCANELLA, *Giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, ovvero del giudice ordinario nelle controversie concernenti la procedura di scelta del contraente quando si tratti di appalti "sotto soglia comunitaria"*, cit., 319.

Commentando il testo dell'art. 244 d.lgs. 163/2006 di recente GOISIS, *La giurisdizione sulla selezione dei contraenti negli appalti sotto soglia di società-organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1210, ha osservato come il riferimento del legislatore alla «*normativa comunitaria*» è solo in apparenza contrapposto alle procedure di evidenza pubblica previste dalla «*normativa statale o regionale*»: poiché «...è indubbia la pretesa comunitaria che anche gli appalti sottosoglia delle amministrazioni aggiudicatrici siano rispettosi dei principi del Trattato CE, e questi principi costituiscono, evidentemente, delle norme, e quindi, nel loro insieme, una normativa», ad avviso dell'Autore ciò configurerebbe «*già sul piano letterale, un'indicazione nel senso della giurisdizione amministrativa...esclusiva, sui relativi procedimenti di selezione del contraente*».

tivo anche nelle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*.

Rivolgendo l'attenzione su quanto offerto dal testo di altri articoli del Codice De Lise, ulteriori indizi sembrano suggerire una simile conclusione.

Il primo comma dell'art. 27⁽²⁶⁾ statuisce che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture esclusi in tutto o in parte dal Codice dei contratti, avviene nel rispetto dei principi di efficacia, economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità: gli stessi *principi* che costituiscono dello *statuto generale dell'azione amministrativa* di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

Al secondo comma dello stesso articolo, in ragione del rinvio operato all'art. 2, comma 3⁽²⁷⁾, appare confermata la tendenza diretta all'assimilazione dell'azione *oggettivamente* amministrativa a quella amministrativa *in senso stretto* posta in essere da un appaltante formalmente privato⁽²⁸⁾ in una procedura, adottata liberamente, per l'aggiudicazione di un appalto

⁽²⁶⁾ Ai sensi del quale: «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture esclusi in tutto o in parte dal presente codice, avviene nel rispetto dei principi di efficacia, economicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità...».

⁽²⁷⁾ Ai sensi del quale: «Per quanto non espressamente previsto dalle norme del presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni».

Commentando questo articolo, MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n.241/90*, in *Giust. amm.*, 2006, 398 ss., osserva che «...la giurisprudenza amministrativa aveva da tempo esteso all'attività di scelta del contraente l'applicazione dei principi della legge n. 241/1990».

⁽²⁸⁾ Interessante è osservare come alcune disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 prevedano la sottoposizione alle regole dell'evidenza pubblica nell'affidamento di appalti pubblici di soggetti privati anche se non qualificabili come organismo di diritto pubblico.

Su questo punto, MALTONI, *op. ult. cit.*, ha operato una accurata ricostruzione delle disposizioni del Codice De Lise mettendo in risalto che «...all'art. 3, commi 29 e 33 del Codice mentre, da un lato, vengono individuate tre categorie di soggetti privati (gli "Enti aggiudicatori" operanti nei settori speciali, gli "altri soggetti aggiudicatori" che agiscono nei settori ordinari, i "soggetti aggiudicatori" che operano nel settore dei lavori relativi alle infrastrutture strategiche e agli insediamenti produttivi), dall'altro, si precisa che al concetto di stazione appaltante, utilizzata nella disciplina de qua, debbono ricondursi tanto le "Amministrazioni aggiudicatrici" quanto gli "altri soggetti aggiudicatori" che affidino appalti pubblici di rilevanza comunitaria nei settori ordinari». Con riferimento a questi ultimi, lo Studioso osserva che l'art. 32, comma 1 del Codice individua varie tipologie di attività di scelta del contraente sottoposte, quantunque sotto differenti blocchi di disposizioni, al

c.d. *sotto soglia*: gli atti da esso compiuti sarebbero comunque assoggettati al necessario rispetto dell'art. 1-ter, l. 7 agosto 1990, n. 241 [e quindi dei principi di cui al comma 1⁽²⁹⁾].

Si può osservare, inoltre, come il Codice dei contratti pubblici, con la previsione di cui al terzo comma dell'art. 2, sembra aver sancito una definitiva *amministrativizzazione* dell'attività di scelta del contraente che taglia, in maniera trasversale, le procedure adottate per aggiudicare sia i contratti al di sopra della "soglia di rilevanza comunitaria", sia i contratti c.d. *sotto soglia*, sia i contratti c.d. *esclusi*, determinando l'estensione a tale *modus procedendi* della disciplina della legge n. 241/1990 in quanto compatibile.

Infine, l'art. 121⁽³⁰⁾, norma con cui si apre il titolo dedicato alla disciplina dei contratti c.d. *sotto soglia* prevede sia la necessità che siano rispettate, anche per la conclusione di *contratti pubblici* di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, le disposizioni della parte prima del codice dei contratti, tra le quali si segnala il già menzionato art. 2⁽³¹⁾, sia l'obbligo di applicare le disposizioni della parte IV (quella dedicata al contenzioso) nella quale figura il "controverso" articolo 244.

Oltre a quanto offerto dal testo degli articoli citati, ulteriori ragioni possono essere proposte al fine di avvalorare la tesi favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia*.

Un argomento decisivo può essere infatti avanzato interpretando l'art. 244, d.lgs n. 163/2006 in conformità ai principi che emergono dalla Costituzione repubblicana ed osservando come questa garantisca a tutti gli individui

rispetto delle procedure di evidenza pubblica, evidenziando che «...in virtù del richiamo alle disposizioni della parte I...risulta applicabile all'attività di scelta del contraente dei predetti soggetti anche l'art. 2 del Codice dei contratti pubblici», norma che individua i principi comuni da rispettare per l'affidamento dell'appalto (cfr., note 24 e 25). Sulla base di tali analitiche osservazioni, l'Autore conclude riconoscendo che «anche determinati soggetti privati, rientranti nel novero degli "altri soggetti aggiudicatori" - che non sono qualificabili come organismi di diritto pubblico - risultano quindi sottoposti alle regole dell'evidenza pubblica nell'affidamento di appalti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria» (409).

⁽²⁹⁾ Si noti come tali principi (economicità, efficacia, pubblicità, trasparenza) siano presenti tra quelli richiamati dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁽³⁰⁾ «Ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano, oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV...».

⁽³¹⁾ Tale disposizione è rilevante, non solo in ragione del terzo comma, ma anche per il fatto che in rubrica richiama espressamente la sentenza *Teleaustria (infra)*, nella quale il giudice del Lussemburgo ha riconosciuto l'esigenza di rispettare i principi comunitari desumibili dal Trattato CE anche per l'aggiudicazione degli appalti che non rientrano nel campo di applicazione delle direttive comunitarie.

una tutela *effettiva* ⁽³²⁾ delle proprie situazioni giuridiche soggettive che sia rispettosa, al tempo stesso, del *principio di uguaglianza sostanziale* ⁽³³⁾: casi uguali devono essere trattati in maniera uguale, salvo la possibilità di lasciare spazio ad eventuali ma *ragionevoli* differenziazioni, purché idonee ad assicurare una tutela davvero *effettiva* ⁽³⁴⁾.

Tale principio, a ben vedere, non sarebbe rispettato qualora le controversie aventi ad oggetto appalti pubblici fossero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo (o a quella del giudice ordinario) nel caso in cui superino (o meno) le soglie di valore fissate dalla legge.

In un "accertamento civilistico", infatti, il partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un appalto c.d. *sotto soglia* potrebbe agire di fronte al giudice ordinario facendo valere ⁽³⁵⁾ la mera violazione del dovere di *buona fede precontrattuale* e rivendicando il risarcimento del danno che coprirebbe solamente c.d. *interesse negativo*.

Di fronte al giudice amministrativo, invece, il ricorrente potrebbe lamentare l'illegittimità dell'esercizio del potere (poiché viziato da *eccesso di potere*, da *violazione di legge*, da *incompetenza*) e domandare un risarcimento *pieno* ⁽³⁶⁾ del danno, ottenendo per tali motivi l'emanazione di una sentenza che, a differenza di quella di un giudice ordinario ⁽³⁷⁾, si concluderebbe «*in caso di accoglimento, con un dispositivo di mero annullamento dell'atto, rendendo necessario l'esame della motivazione per comprendere, non solo e non tanto le ragioni della decisione, ma soprattutto il profilo ricostruttivo e di riedizione del potere*»⁽³⁸⁾. Inoltre, qualora l'amministrazione

⁽³²⁾ Il principio di effettività di tutela è sancito dall'art. 24 Cost. ai sensi del quale «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*». Una tutela effettiva deve essere «*in grado di ricostruire la situazione che si sarebbe avuta se il diritto fosse stato correttamente osservato*». Sul punto, cfr., ALLEGRETTI, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 194.

⁽³³⁾ L'art. 3 Cost. condiziona l'intero assetto del nostro ordinamento costituzionale e se letto in combinato disposto con l'art. 24 Cost., può essere riconosciuto quale *fattore primario di concretizzazione delle garanzie di tutela giudiziaria*.

⁽³⁴⁾ In tale senso si è espresso FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002.

Ad avviso dell'Autore: «*Affermare che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, significa assicurare a qualsiasi individuo, qualunque sia la controparte e la situazione giuridica soggettiva da preservare, la possibilità di ottenere una tutela adeguata dall'organo giurisdizionale adito*» (op. ult. cit. 29).

⁽³⁵⁾ Ex art. 1337 c.c.

⁽³⁶⁾ Il risarcimento del danno sarebbe infatti pieno e non limitato all'interesse negativo (come nel caso di violazione della buona fede precontrattuale).

⁽³⁷⁾ La quale si conclude con un dispositivo articolato che precisa gli effetti prodotti dalla decisione, assegnando alla motivazione solamente il compito di spiegare le ragioni della regolamentazione degli interessi in contesa

⁽³⁸⁾ Così, FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2006, 173.

ne non dovesse attenersi alla sentenza definitiva resa dal giudice amministrativo, il ricorrente potrebbe essere ulteriormente garantito dal giudizio di ottemperanza⁽³⁹⁾, qualificato dal particolare potere riconosciuto al giudice di adottare, nell'ambito del giudicato da attuare, *atti amministrativi*⁽⁴⁰⁾.

Mettendo a confronto le differenti soluzioni appena prospettate, nel caso in cui le controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia* dovessero essere attribuite alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario sul presupposto che il partecipante alla gara vanterebbe una posizione di *diritto soggettivo*, non avendo la stazione appaltante alcun *potere autoritativo* riconosciuto in forza di un'apposita previsione normativa, allora si potrebbe determinare un ingiustificato *vulnus* nella tutela del soggetto leso, in spregio a quanto previsto dagli artt. 3 e 24 Cost.

Se fosse accolta la tesi delle Sezioni unite, a due situazioni *ontologicamente corrispondenti*⁽⁴¹⁾, ma differenti solo sotto il profilo economico⁽⁴²⁾, sarebbero quindi garantite due differenti forme di tutela e, in una controversia avente ad oggetto un appalto c.d. *sopra soglia*, il ricorrente potrebbe ricevere una tutela più *effettiva* rispetto a quella ottenibile di fronte al giudice ordinario.

Una tale conclusione pare confermata da una recente comunicazione della Commissione CE⁽⁴³⁾, nella quale questa ha osservato come, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale *effettiva*, occorra che almeno le decisioni che possono avere un effetto negativo sulla situazione di una persona interessata ad ottenere un appalto⁽⁴⁴⁾ siano oggetto di un controllo, destinato a stabilire eventuali violazioni delle norme fondamentali derivanti dal diritto primario della Comunità, che sia idoneo ad assicurare mezzi di ricorso disponibili non meno efficaci di quelli applicabili in azioni analoghe basate sul diritto interno (principio di equivalenza) e non idonei a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento della tutela giurisdizionale (principio di effettività).

⁽³⁹⁾ Sul giudizio di ottemperanza, cfr., NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2002.

L'illustre Autore descrive tale giudizio come quello in cui spetta al giudice «...rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo di ripristinazione, risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze...».

⁽⁴⁰⁾ Sul giudizio di ottemperanza, cfr., CACCIAVILLANI, *Giudicato ed ottemperanza*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2006, 455 ss.

⁽⁴¹⁾ Si pensi alla posizione dei partecipanti a due gare, nelle quali si segue la stessa procedura prevista dalla speciale normativa nazionale, indette dal medesimo *organismo di diritto pubblico*.

⁽⁴²⁾ Essendo l'una *sopra*, l'altra *sotto* la soglia di rilevanza minima comunitaria.

⁽⁴³⁾ Comunicazione 2006/C 179/02.

⁽⁴⁴⁾ Come la decisione di eliminare un candidato o un offerente.

La tesi favorevole alla devoluzione, *ex art.* 244, d.lgs. 163/2006, delle controversie *de quibus* alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo appare altresì conforme al principio, sancito dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 204 del 2004⁽⁴⁵⁾, secondo cui la discrezionalità del legislatore nella devoluzione di “particolari materie” alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo non è priva di vincoli, essendo invece necessario che vi sia un’amministrazione (o un *soggetto ad essa equiparato*) che agisca come *autorità*.

Su questo punto si è espresso di recente il Tar Abruzzo⁽⁴⁶⁾, pronunciando una sentenza nella quale ha attribuito all’articolo che fonda la giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici natura non solo *processuale*, ma anche *sostanziale*.

In tale decisione il giudice amministrativo ha evidenziato che questa disposizione, se interpretata in modo costituzionalmente orientato, connetterebbe di *autoritatività* quel particolare agire (la scelta del contraente o del socio) dei soggetti *comunque* tenuti all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale e regionale, così che l’attività di un appaltante qualificabile come *amministrazione aggiudicatrice* acquisterebbe il carattere di *autoritatività* richiesto dalla Consulta a fondamento della giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo e gli atti da questo posti in essere assumerebbero *natura oggettivamente amministrativa*⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ La sentenza della Corte Costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, è consultabile in www.cortecostituzionale.it. Sulla sentenza è stata elaborata una copiosa produzione dottrinale. Tra i contributi più significativi, si segnalano: CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale (9 luglio 2004)*, in *Giust. amm.*, 2004, 734 ss.; GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, *ivi*, 746 ss.; CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 969 ss.; POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, *ivi*, 974 ss.; *id.*, *La giurisdizione sulle controversie in materia di urbanistica ed edilizia torna all’antico*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 35 ss.; CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.

Le argomentazioni della sentenza n. 204 sono state richiamate dalla Consulta nella sentenza 11 maggio 2006, n. 191, in www.cortecostituzionale.it.

⁽⁴⁶⁾ TAR Abruzzo, 18 novembre 2005, n. 686, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁷⁾ Sulla nozione, cfr., SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, VI aggiornamento, 2000, 75 ss. A parere dell’Autore «...secondo la concettualità giuridica...essa può aversi ove un soggetto privato, estraneo come tale all’organizzazione amministrativa, sia tenuto, in forza di un titolo giuridico, a perseguire con la sua azione interessi riconosciuti come pubblici...».

Volgendo poi l'attenzione al dato offerto dal diritto comunitario, altre argomentazioni possono essere avanzate in favore dell'*interpretazione sistematica estensiva* dell'art. 244 del Codice De Lise.

A partire dal 2000, la Commissione CE ⁽⁴⁸⁾, la Corte di Giustizia ⁽⁴⁹⁾ e il Ministero delle Politiche Comunitarie ⁽⁵⁰⁾, hanno precisato che, sebbene i procedimenti di aggiudicazione di contratti di appalto inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria non rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono comunque tenuti a rispettare i principi del Trattato relativi alla disciplina della concorrenza ⁽⁵¹⁾.

Tali osservazioni sono state confermate dal quarto considerando della direttiva CE 2004/18, ai sensi del quale, «*Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati*».

Il dato offerto dal diritto comunitario, se confrontato con quanto affermato dal Tar Abruzzo nella sentenza sopra citata, potrebbe a questo punto spingere alla seguente osservazione: se l'azione rispettosa delle regole dell'evidenza pubblica posta in essere per l'aggiudicazione di un appalto da un soggetto privato «*comunque tenuto nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*» è connotata dal carattere di *autoritatività* così da poter essere a questa attribuita *natura oggettivamente amministrativa*, allora l'attività così esercitata potrebbe risultare conforme alla previsione di cui all'art. 1-ter, l. 7 agosto 1990, n.

⁽⁴⁸⁾ Nella Comunicazione 29 aprile 2000, n. 2000/C 121/2. Più di recente, si veda la Comunicazione 1 agosto 2006, n. 2006/C 179/02.

⁽⁴⁹⁾ Corte giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleautria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1419 ss., con commento di GRECO, *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*; id, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, in *www.eur-lex.europa.eu*.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. la circolare 6 giugno 2002, n. 8756.

⁽⁵¹⁾ Questi consistono nel principio della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, quali quello di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

In senso conforme, in dottrina, cfr., PROTTO, *Appalti pubblici* (voce), in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 356 ss.; in giurisprudenza, cfr., Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Riflettendo sulle conseguenze derivanti dall'applicazione dei principi imposti dalle direttive sugli appalti pubblici, risulta evidente la produzione di effetti favorevoli nei confronti degli operatori economici degli altri Stati membri che volessero partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto: in questo modo è infatti possibile garantire una effettiva realizzazione dei principi a tutela del mercato comune.

241⁽⁵²⁾. Nello svolgimento di una procedura di evidenza pubblica finalizzata ad aggiudicare un appalto c.d. *sotto soglia* si realizzerebbe così un *esercizio di pubbliche funzioni* che, ai sensi della disposizione sopra richiamata dovrebbe rispettare lo «*statuto giudico dell'attività amministrativa*»⁽⁵³⁾ di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo. Poiché tra i principi menzionati da questo articolo sono richiamati espressamente quelli dell'ordinamento comunitario⁽⁵⁴⁾, allora si potrebbe osservare come a questi siano riconducibili quelli relativi alla disciplina della concorrenza, principi che le istituzioni comunitarie hanno imposto di rispettare nei procedimenti di aggiudicazione di contratti di appalto inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria.

Alla luce di tali argomentazioni, risulta evidente come la soluzione adottata dal Tar Umbria nelle sentenze qui commentate possa essere accolta con favore: ha ragione il Collegio umbro nel sostenere che le controversie aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia* devono essere devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si potrebbe tuttavia dissentire su un punto: sebbene l'identità ontologica delle procedure di evidenza adottate per aggiudicare gli appalti pubblici tanto al di sopra, quanto al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria, permetta di riconoscere in queste ultime l'esplicazione di un pubblico potere idoneo per attribuire la soluzione delle eventuali controversie al giudice amministrativo in sede di giurisdizione *generale di legittimità*, i molteplici indizi poco sopra prospettati permettono di concludere in senso parzialmente difforme ed affermare che, come le questioni inerenti ad appalti c.d. *sopra soglia*, anche quelle aventi ad oggetto appalti c.d. *sotto soglia* ricadono nella giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo *ex art. 244, d.lgs. n. 163/2006!*

GIORGIO VERCILLO

⁽⁵²⁾ In senso conforme, cfr., MALTONI, *op. ult. cit.* Nel suo recente contributo lo Studioso, osservando lo stretto collegamento sussistente tra la legge n. 241/1990 ed il Codice dei contratti pubblici, ritiene che il legislatore sia stato influenzato da un «*duplicato processo osmotico, da tempo realizzato ad opera della giurisprudenza, riguardante l'attività autoritativa e l'attività preordinata alla scelta del contraente*»; ad avviso dell'Autore, «*mentre la prima è stata "comunitarizzata", la seconda ha subito un processo di assimilazione all'attività amministrativa procedimentalizzata*».

⁽⁵³⁾ Cfr., SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., art. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241.

T.A.R. UMBRIA – 3 ottobre 2006, n. 498 – Pres. FERRARI – Est. UNGARI - Ciarapica ed altri (avv.ti Pascocci e Orlando) contro il Comune di Perugia (avv. Cartasegna) e Provincia di Perugia (avv. Minciaroni)

Edilizia ed urbanistica – Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Sindacabilità – Limiti (art. 8, l. 17 agosto 1942, n. 1150).

Edilizia ed urbanistica – Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Motivazione – Criteri di impostazione del piano – Sufficienza (art. 8, l. 17 agosto 1942, n. 1150).

Edilizia ed urbanistica – Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Motivazione – Motivazione specifica – Necessità – Fattispecie (art. 8, l. 17 agosto 1942, n. 1150).

Edilizia ed urbanistica – Piano regolatore – Prescrizione e vincoli – Verde agricolo – Funzione – In area situata fra insediamenti abitativi – Legittimità (art. 8, l. 17 agosto 1942, n. 1150).

Edilizia ed urbanistica – Piano regolatore – Osservazioni dei privati – Rigetto – Motivazione specifica – Necessità – Esclusione (art. 9, l. 17 agosto 1942, n. 1150).

Le scelte effettuate dall'amministrazione nell'adozione del piano regolatore generale costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, a meno che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità (1).

In sede di formazione dello strumento urbanistico generale, le scelte discrezionali dell'amministrazione in ordine alla destinazione di singole aree non necessitano di apposita motivazione, oltre a quella che si può evincere dai criteri generali seguiti nell'impostazione del piano stesso (2).

La motivazione specifica che l'adozione di uno strumento urbanistico generale può richiedere si ravvisa, in linea di principio, nelle seguenti fattispecie: a) superamento degli standard minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968; b) lesione derivante da convenzioni di lottizzazione e accordi di diritto privato, aspettative create da giudicati di annullamento di dinieghi espliciti o taciti di concessioni edilizie; c) modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo (3).

Posto che le scelte fatte nel piano regolatore generale possono essere considerate illogiche solo quando attribuiscono ex novo una destinazione di zona in aperta in coerenza con la situazione di fatto e con quella precedentemente attribuita, tale non può essere considerata la destinazione a verde agricolo di area situata fra insediamenti esistenti, atteso che tale scelta, oltre ad essere finalizzata alla salvaguardia di esigenze di ordine meramente agricolo, può altresì essere ispirata all'esigenza della conservazione di un'equa proporzione fra aree edificabili ed aree

inedificabili, così da consentire le più convenienti ed utili condizioni di abitabilità del territorio (4).

Le osservazioni dei privati, consistendo in semplici denunce con intento collaborativo e non in rimedi giuridici, possono essere decise collettivamente, con sommaria motivazione, ed anche solo con riferimento alla loro contrarietà agli scopi ed ai criteri informativi del piano (5).

(*Omissis*) **1.** I ricorrenti sono proprietari di un terreno in Perugia, località Lacugnano, classificati “come zona residenziale di espansione” C2 dal precedente P.R.G.

Nel 1992 hanno presentato un progetto di lottizzazione, che, via via, ha ottenuto, nel periodo 1993-1996, l’assenso della Sezione operativa difesa del suolo (Dipartimento comunale assetto del territorio), della Comunità Montana Monti del Trasimeno, della Regione e della Commissione edilizia comunale.

Finché, a loro dire, con nota prot. 30901 in data 12 maggio 1998, il Comune di Perugia, richiedendo la trasmissione di alcuni documenti ai fini della stipula della convenzione (poi effettivamente consegnati), “faceva intendere ai ricorrenti che l’intero iter era concluso e che effettivamente mancavano gli ultimi accorgimenti formali”.

Senonché, il Nuovo P.R.G., adottato con deliberazione consiliare n. n. 60 in data 22 marzo 1999 ed approvato con deliberazione consiliare n. 83 in data 24 giugno 2002, ha classificato detto terreno “zona agricola periurbana - Ep”.

Le osservazioni medio tempore proposte dai ricorrenti, tendenti ad ottenere il ripristino della destinazione edificatoria, sono state respinte con deliberazione consiliare n. 118 in data 13 novembre 2000.

2. Con un primo ricorso (n. 107/2001) hanno impugnato detta deliberazione n. 118/2000, deducendo censure così sintetizzabili:

- violazione dell’articolo 2 della legge 241/1990, stante il protrarsi oltre i termini di legge dell’inerzia del Comune nel concludere il procedimento di approvazione del piano di lottizzazione da essi proposto.

- difetto di motivazione, in quanto non sarebbero state esternate le ragioni di pubblico interesse che giustificavano la vanificazione delle aspettative edificatorie dei ricorrenti.

Chiedono altresì il risarcimento dei danni causati dal comportamento (definito “ingannevole”) del Comune.

3. Con un secondo ricorso (n. 522/2002) hanno impugnato la deliberazione n. 83/2002, deducendo censure così sintetizzabili :

- sussisterebbe eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti ed ingiustizia manifesta, in quanto il Comune, nel respingere le osservazioni dei ricorrenti, non avrebbe motivato in ordine

alle loro legittime aspettative ed al contrasto della precedente destinazione urbanistica con le linee programmatiche del nuovo piano; in realtà, a loro dire, è la nuova destinazione a contrastare con le scelte del P.R.G., in quanto si ammette (pag. 15 della relazione alla parte strutturale) che in alcuni ambiti (tra cui la zona di Lacugnana) vi sono stati recenti interventi di pianificazione edificatoria e che tali interventi non contrastano con il nuovo quadro e devono essere valorizzati, ma poi non si applica detto criterio alla variante approvata con il d.P.G.R. n. 107/1994.

- le motivazioni addotte per disattendere le osservazioni dei ricorrenti sarebbero errate, poiché, contrariamente a quanto affermato dal Comune: il terreno presenta pendenze omogenee ai terreni contigui recentemente edificati e ai terreni ove è stato edificato l'intero abitato di Lacugnano; l'area non è posta a diretto contatto con l'area del Parco di Lacugnano e non è boscata; non vi è elemento di continuità ambientale fra la soprastante area del parco e la sottostante pianura, completamente edificata; infine, non rileva la presenza della cava, posto che le costruzioni si troverebbero comunque a distanza regolamentare.

- vi sarebbe violazione dell'articolo 30, comma 1, della l.r. 31/1997, in quanto, mentre la norma consente, in prima applicazione, di redigere la parte operativa nel rispetto degli articoli 3 e 4 della l.r. ovvero, in alternativa, nel rispetto della legge nazionale 1150/1942, il Comune ha dichiaratamente optato per una soluzione intermedia, combinando parti redatte sulla base della nuova e della vecchia normativa, col risultato di una disciplina del territorio disorganica e frammentaria.

Chiedono anche il risarcimento del danno causato dal comportamento del Comune, che soltanto sette mesi prima aveva ingenerato delle aspettative invitandoli a depositare la documentazione necessaria alla stipula della convenzione di lottizzazione.

4. Il Comune di Perugia si è costituito in giudizio, controdeducendo puntualmente; così come, nel ricorso n. 522/2002, ha fatto anche la Provincia di Perugia.

5. I ricorsi possono essere riuniti ai fini di un'unica decisione, stante la evidente loro connessione oggettiva, oltre che soggettiva.

Va anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso n. 107/2001, sollevata dal Comune sul presupposto della natura endoprocedimentale della deliberazione n. 118/2000.

L'articolo 7, comma 6, della l.r. 31/1997 dà infatti rilevanza esterna alla deliberazione con cui il Consiglio comunale si pronuncia sulle osservazioni presentate, posto che l'accoglimento di osservazioni può comportare modifiche del piano direttamente efficaci (comma 6 bis), e che, comunque, dall'esecutività della deliberazione decorrono (articolo 9) i termini relativi alla fase successiva del procedimento di pianificazione (verifica in conferenza istituzionale).

Di modo che deve ritenersi ammissibile l'anticipazione della tutela giurisdizionale nei confronti di un provvedimento i cui contenuti condizionano quelli del provvedimento di approvazione che conclude il procedimento.

6. Nel merito, il ricorso n. 107/2001 è infondato e dev'essere respinto, per le ragioni appresso indicate.

6.1. Non è controverso che il piano di lottizzazione proposto dai ricorrenti non si sia mai perfezionato.

Non vi sono elementi certi circa i motivi dello stallo del relativo procedimento, fino al momento in cui con l'adozione del nuovo P.R.G. è stata formalizzata una scelta pianificatoria antitetica; secondo il Comune, i ricorrenti non hanno depositato la documentazione richiesta con la nota prot. 30901/1998, mentre i ricorrenti sostengono di averlo fatto (ma non lo dimostrano).

In ogni caso, l'eventuale ritardo nell'approvazione del piano e nella sottoscrizione della relativa convenzione, non è stato oggetto di alcuna iniziativa volta ad evidenziare la colpevole inerzia del Comune, in un contesto nel quale era certamente necessaria a tal fine la formalizzazione di una rituale diffida ad adempiere notificata allo stesso Comune.

6.2. Quanto alle censure concernenti l'insufficienza della motivazione posta alla base del rigetto delle osservazioni dei ricorrenti, va precisato che la riclassificazione del terreno come zona residenziale è stata negata "in quanto (lo stesso) terreno in oggetto presenta pendenze di notevole entità, risulta posto a diretto contatto con l'area del Parco di Lacugnano ed è in parte boscato. Più in particolare, esso rappresenta l'ultimo elemento di continuità ambientale tra la soprastante area del parco e la sottostante pianura agricola e, nel contempo, una fascia di separazione tra l'insediamento residenziale di Lacugnano e l'area di cava, censita al PRG come zona D7".

Si tratta di una motivazione analitica che (a parte ogni considerazione sulla correttezza di quanto affermato, di cui si dirà in prosieguo) soddisferebbe l'onere motivazionale anche se si fosse in presenza di un'aspettativa qualificata.

D'altro canto, per giurisprudenza consolidata, non sussiste un onere di motivazione puntuale sulle osservazioni presentate nell'ambito del procedimento di approvazione del P.R.G., in quanto esse si configurano come un semplice apporto collaborativo, tale per cui è sufficiente che la P.A. richiami le ragioni del contrasto della pretesa avanzata dal privato rispetto ai principi informativi del piano adottato (cfr., tra le tante, TAR Umbria, 17 febbraio 2004, n. 81).

6.3. Conseguentemente, non sussistendo l'illegittimità del provvedimento impugnato e non avendo comunque i ricorrenti altrimenti dimostrato la legittima spettanza dell'utilità sostanziale che il comportamento

del Comune gli avrebbe impedito di conseguire, anche la pretesa risarcitoria (strettamente legata alla mancata edificazione dell'area) appare priva di fondamento.

7. Infondato è anche il ricorso n. 522/2002.

Occorre al riguardo ricordare che, per giurisprudenza consolidata:

a) le scelte effettuate dall'Amministrazione con i piani urbanistici costituiscono apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da evidenti illogicità (cfr., tra le tante, Cons. Stato, IV, 21 maggio 2004, n. 3314; 25 luglio 2001, n. 4078; 8 febbraio 1999, n. 121);

b) in occasione della formazione di uno strumento urbanistico generale, le scelte discrezionali dell'Amministrazione riguardo alla destinazione di singole aree, non necessitano di apposita motivazione, oltre quella che si può evincere dai criteri generali - di ordine tecnico discrezionale - seguiti nell'impostazione del piano stesso (cfr., tra le altre, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24; IV, 19 gennaio 2000, n. 245; 24 dicembre 1999, n. 1943; 2 novembre 1995, n. 887; 25 febbraio 1988, n. 99), essendo sufficiente l'esplicito riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di modificazione al piano regolatore generale, salvo che particolari situazioni non abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni;

c) le evenienze che, uniche, giustificano una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali, sono state ravvisate (cfr., tra le altre, Cons. Stato, Ad. plen. n. 24/1999, cit.; IV, n. 4078/2001, cit.):

1) nel superamento degli standards minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, con l'avvertenza che la motivazione ulteriore va riferita esclusivamente alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree;

2) nella lesione dell'affidamento qualificato del privato derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi tra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da sentenze passate in giudicato di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio - rifiuto su una domanda di concessione - (cfr. Ad. Plen. n. 24/1999, cit.; 8 gennaio 1986, n. 1, oltre a TAR Umbria, 27 aprile 2005, n. 191);

3) nella modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo (cfr. Cons. Stato, IV, 9 aprile 1999, n. 594).

d) in sintesi, "non è comunque configurabile un'aspettativa qualificata ad una destinazione edificatoria in relazione ad una precedente

determinazione dell'Amministrazione, ma soltanto un'aspettativa generica ad una *reformatio in melius*, analoga a quella di ogni altro proprietario di aree che aspira ad una utilizzazione più proficua dell'immobile (...) la polverizzazione della motivazione sarebbe in contrasto con la natura della variante generale, che non richiede altra motivazione che quella dei criteri di ordine tecnico seguiti per la redazione del piano (cfr. Ad. Plen. n. 24/1999, cit.; IV, n. 4078/2001, cit.; per l'applicabilità del principio con espresso riferimento alle aspettative di non *reformatio in pejus*, cfr. Cons. Stato, IV, 20 ottobre 2000, n. 5635; TAR Lazio, II, 19 luglio 2002, n. 6506, nonché TAR Umbria, nonché TAR Umbria, 9 marzo 2006, nn. 130-131, 9 maggio 2006, nn. 292-295);

e) è stato altresì chiarito che le Amministrazioni comunali possono (e devono) costruire gli strumenti urbanistici intorno a linee guida che esaltino il momento del recupero e della razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente, atteso che lo strumento urbanistico generale non presuppone inderogabilmente tendenze espansive edilizie e demografiche, ma, al contrario, una moderna e realistica concezione dell'urbanistica appare incentrata sulla necessità di tener conto della fortissima antropizzazione del territorio nazionale concentrata in specifiche aree, del calo demografico generale, dell'ineludibile bisogno di tutela delle ormai rare zone non edificate (cfr. Cons. Stato, IV, 8 maggio 2000, n. 2639). In questa prospettiva, la classificazione a zona agricola possiede anche una valenza conservativa dei valori naturalistici, venendo a costituire il polmone dell'insediamento urbano, assumendo per tale via la funzione decongestionante e di contenimento dell'espansione dell'aggregato urbano (cfr., tra le altre, Cons. Stato, IV, n. 245/2000 cit.; n. 1943 del 1999 cit.; 13 marzo 1998, n. 431; 1 ottobre 1997, n. 1059; nonché, TAR Umbria, 26 novembre 2004, n. 721; 24 aprile 2005, n. 191; nn. 292-295/2006, cit.).

7.1. Ciò premesso, è da rilevare che per quanto esposto ai punti 6.1. e 7, non sussisteva in capo ai ricorrenti una posizione giuridica di per sé tutelabile (aspettativa qualificata al mantenimento delle previsioni edificatorie preesistenti rimaste inattuato), o il cui sacrificio richiedesse una motivazione particolare, ulteriore rispetto a quella sulla coerenza della disposta declassificazione con i criteri generali della pianificazione.

Tale coerenza non sembra che possa essere messa in dubbio, alla luce delle censure dedotte.

La contrazione delle previsioni edificatorie nella zona è iniziata con la variante approvata con d.P.G.R. n. 107/1994 (che ha modificato in C2 la precedente classificazione C4, così riducendo la volumetria edificabile).

Con deliberazione consiliare n. 158 in data 17 novembre 1997, sono poi stati adottati gli indirizzi per la redazione del nuovo P.R.G. Tra di essi vanno evidenziati:

- il ridimensionamento delle superfici edificabili, con riferimento alle aree di espansione C ed alle zone P.E.E.P. rimaste inattuato, considerando i progetti di lottizzazione non più assoggettabili a revisione solo se dotati di convenzione;

- la identificazione dei limiti dell'ambito urbano del territorio comunale e la riclassificazione a zona agricola delle aree già edificabili rimaste inattuato;

- la trasformazione e la riqualificazione urbanistica degli insediamenti esistenti, specie se abbandonati o inutilizzati.

I ricorrenti sottolineano che, tra i criteri assunti dal P.R.G., vi è anche quello della salvezza delle previsioni edificatorie della suddetta variante del 1994.

A ben vedere, i passi della relazione alla parte strutturale del P.R.G. (capitolo 4, pagg. 14 ss) invocati dai ricorrenti, descrivono le caratteristiche di un piano espressamente definito, nel titolo del paragrafo, "Un PRG transitorio", in quanto, essenzialmente per permettere "tempi di formazione del piano accettabili", la parte operativa viene approvata con contenuti "più leggeri" di quelli previsti a regime dalla l.r. 31/1997; in sintesi, "In sede di prima adozione la parte strutturale sarà accompagnata da alcune parti operative redatte ai sensi dell'art. 3 della L.R. 31/97 e da altre redatte ai sensi dell'art. 30 della stessa legge. Queste ultime riguardano quegli ambiti la cui strumentazione urbanistica vigente è ritenuta, dal punto di vista dei contenuti generali, non in contrasto con il nuovo quadro strutturale. Esse, pur risultando fin da subito adeguate al nuovo quadro strutturale e rivisitate sotto il profilo normativo, nonché per tutta una serie di scelte puntuali, diverranno oggetto di nuovi piani operativi, ai sensi dell'art. 3 della L.R. 31/97, secondo un processo di adeguamento che vedrà tutte le prescrizioni operative relative all'urbano ed al perturbano trattate con il dettaglio proprio della scala 1:2000".

Tra le pianificazioni da valorizzare, viene elencata quella approvata nel 1994 per la zona di Lacugnana.

Ma tale valorizzazione (mantenimento delle previsioni) degli strumenti urbanistici previgenti, stante la predetta *ratio* dell'operazione, non deve essere intesa in modo rigido e vincolante, bensì accompagnata da "una serie di scelte puntuali".

Ebbene, nell'ambito di tali (numerose) scelte puntuali (cfr. relazione alla parte operativa, pagg. 87-88) viene elencata, per la zona di Lacugnana, quella secondo cui la parte operativa del P.R.G. "Riclassifica da zona C2 a zona agricola periurbana Ep, un'area posta a nord-ovest dell'abitato di Lacugnana, per la notevole pendenza del terreno".

Ed i ricorrenti non confutano il significato della previsione, né la riferibilità di essa al proprio terreno (o alla zona Ep di cui fa parte).

7.2. Non appare fondata neanche la censura incentrata sul rilievo

che il terreno dei ricorrenti non possiederebbe le caratteristiche indicate dal Comune in sede di rigetto delle osservazioni.

Ai sensi dell'articolo 73 del T.U.N.A., sono classificate Ep le "... aree agricole residuali che, in alcuni casi, svolgono la funzione di connessione ambientale con il territorio extraurbano, ovvero di marginatura degli insediamenti".

E in effetti, dall'esame dell'ortofotocarta, della planimetria e della carta tecnica regionale contenente le curve di livello della zona, versate in atti, risulta che la pendenza del terreno dei ricorrenti (di forma pressoché quadrata) è di oltre il 35%.

Il fatto poi che anche le aree limitrofe già edificate avessero una pendenza analoga non preclude la rilevanza negativa del dato (in chiave di scelta pianificatoria discrezionale sulla edificabilità futura).

Inoltre, sembra desumibile che detto terreno fa parte di un'area (classificata, come esposto, Ep) che assume sia la valenza di continuità ambientale tra l'area boschiva del Parco di Lacugnano ("Parco urbano e territoriale - Fd"), posta a monte, in direzione est-nord est, e la vasta zona agricola pianeggiante che contorna a sud e ad ovest l'abitato di Lacugnano, sia la valenza di separazione tra quest'ultimo e l'area di cava D7, posta in direzione nord ovest.

Infine, la presenza di una strada vicinale, tra il limite del Parco ed il confine del terreno dei ricorrenti può ridurre, ma non elimina la suddetta valenza di continuità ambientale. Né la postulata esistenza di una distanza rispetto all'area di cava, tale da consentire l'edificazione, incide sulla valenza della separazione. Ancora, per ciò che attiene alla contestata definizione del terreno, come "in parte boscato", le fotografie versate dai ricorrenti mostrano la presenza di ulivi, nonché di alberature sul fronte della strada, che di per sé non sembrano idonee a smentire detta definizione. (*Omissis*).

(1-5) Piano regolatore generale: scelte urbanistiche fra discrezionalità e partecipazione.

1. La pronuncia del Tar Umbria sembra snodarsi attorno a due nuclei concettuali, il primo avente ad oggetto i limiti del potere comunale in materia di disciplina del territorio, il secondo incentrato sull'istituto della partecipazione nel peculiare procedimento di approvazione del piano regolatore.

A tale bipartizione sarà fedele la presente disamina.

Quanto al primo punto, la decisione del Collegio umbro si pone nel solco di una risalente e consolidata giurisprudenza in materia di pianificazione urbanistica in punto di definizione della sostanza del potere pianificatorio e correlata sindacabilità, innanzi al Giudice amministrativo, del suo esercizio.

Si intende far riferimento a quella cospicua serie di pronunce che vedono, nelle scelte effettuate dall'amministrazione con i piani urbanistici, apprezzamenti di merito sottratti al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate, le suddette scelte, da errori di fatto o da evidenti illogicità ⁽¹⁾.

Pur risultando la sentenza oggetto della presenta disamina in pedissequa osservanza di tale linea di pensiero, manca, tuttavia, un preambolo definitorio che invece ritroviamo in altri *dicta*. Il Tar Umbro, infatti, si sottrae all'onere chiarificatorio circa la natura dell'atto di programmazione urbanistica, premessa maggiore, in molte altre decisioni simili, di un sillogismo giuridico che vede, come conclusione, l'insindacabilità delle scelte assunte dalla Pubblica Amministrazione.

A chi scrive non sfugge quanto insidiosa possa essere ogni definizione in campo giuridico, soprattutto qualora - come nel caso in concreto - la scelta non rivesta alcuna utilità pratica.

Quale che sia, infatti, la veste giuridica che si voglia attribuire al piano regolatore generale, non muterebbe il suo regime di sindacabilità, ovvero non se ne potrebbe negare l'ampia discrezionalità, con ciò che ne deriva in termini di doglianze legittimamente proponibili al Giudice amministrativo.

A pragmatismo di siffatta specie sembra in effetti improntata la pronuncia del Collegio umbro, ma, per esigenze di esaustività sistematica, sembra opportuno soffermarsi ad analizzare le varie ipotesi classificatorie cui dottrina e giurisprudenza sono nel tempo pervenute.

La prima, a lungo divisa nella determinazione della natura giuridica dell'atto di pianificazione urbanistica, ha ricondotto il piano regolatore ora al novero degli atti normativi ⁽²⁾, ora agli atti amministrativi generali ⁽³⁾,

⁽¹⁾ V., *ex multis*, TRGA, Trento, 21 dicembre 2006, n. 400, in *Giurisd. amm.*, 2006, 12, 2169; TRGA, Trento, 11 settembre 2006, n. 308, *ivi*, 9, 1195; TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 luglio 2006, n. 7600, *ivi*, 7-8, 1427; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 luglio 2006, *ivi*, 1493; TAR Lombardia, Brescia, 4 luglio 2006, n. 862, *ivi*, 1266; TAR Toscana, sez. I, 13 aprile 2006, n. 1266, *ivi*, 4, 595; TRGA, Trento, 8 febbraio 2006, n. 29, *ivi*, 1-2, 160; Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259, in *Cons. Stato*, 2005, 1, 92; Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7452, *ivi*, 2004, 1, 2414 Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 737, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1, 404; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5869, in *Cons. Stato*, 2003, 1, 2113; Cons. St., sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2827, *ivi*, 1183; Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 664, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 364; Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2001, 4077, in *Foro it.*, III, 146, con nota di SIGISMONDI; Cons. St. sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3146, in *Cons. Stato*, 2001, 1, 1289; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2934, in *Giur. it.*, 2001, 159; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 1998, n. 605, in *Riv. giur. ed.*, 1998, I, 932.

⁽²⁾ Per la natura normativa: VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, vol. I, Milano, 2001, 525 ss.; CASALIN, *Licenze edilizie*, Vicenza, 1957, 33; LOSCHIAVO, *Diritto edilizio*, Milano, 1957, 246.

⁽³⁾ Per la natura provvedimentoale: GIANNINI, *Sulle zone bianche dei piani regolatori*, in *Giust. Civ.*, 1955, II, 152; M.A. SANDULLI, *Appunti per uno studio dei*

oppure, soluzione mediana, alla categoria degli atti misti ⁽⁴⁾.

Fra coloro che sostengono la natura normativa del piano regolatore v'è stato chi, suggestivamente, vi ha attribuito la qualifica di atto regolamentare, sottolineandone il ruolo integrativo rispetto alla disciplina legislativa e, al contempo, l'astrattezza e generalità ⁽⁵⁾.

Le varie teorie ricostruttive, però, succedutesi nel tempo con alterne fortune, tengono, a ben vedere, il passo della "pratica amministrativa", ovvero rispondono ad esigenze di interpretazione di una pianificazione urbanistica i cui contenuti sono andati cambiando negli anni.

Così la dottrina più risalente affermava prevalentemente la natura normativa del Prg, in conformità alla natura delle previsioni ivi contenute volte alla pianificazione del territorio e quindi caratterizzate da genericità ed astrattezza. A seguito, invece, della modificazione nella prassi dei contenuti dei piani, nel senso di prevedere con gli stessi previsioni più specifiche e immediatamente efficaci, è prevalsa la qualificazione dei Prg quali atti provvedimenti a natura generale ⁽⁶⁾.

Sul fronte giurisprudenziale, invece, si registra una sostanziale univocità di vedute: i Giudici amministrativi, forti di autorevole pronuncia dell'Adunanza plenaria ⁽⁷⁾, sembrano aver sposato la soluzione dell'atto misto, in parte normativo e in parte generale, anche se non sono mancate sentenze

piani regolatori, in *Riv. giur. ed.*, 1958, II, 131; SPAGNOLO VIGORITA, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, ivi, II, 102; STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1071; SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969, 95 ss.

⁽⁴⁾ Per la natura mista: MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 33; SALVIA, TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002, 95; BERTI, VIGNOCCHI, *Piano regolatore*, in *App. Nss. D.I.*, 1968; ALIBRANDI, *Rassegna di giurisprudenza in materia di norme integrative delle disposizioni del codice sui rapporti di vicinato*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 73; MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003, 92; MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, in *Proprietà immobiliare, pianificazione territoriale e attività edilizia*, Padova, 1999, 412 e ss.

⁽⁵⁾ PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 1999, 128 ss.: «[...] da un lato, infatti, il PRG ha la funzione di completare e definire la disciplina legislativa da applicare in un dato territorio comunale, cioè una funzione che riporta alla figura dei regolamenti indipendenti; dall'altro, a ben riflettere, nell'ambito comunale, il piano regolatore generale assume la funzione di disciplina generale ed astratta della materia, quand'anche per la peculiarità della situazione la disposizione abbia di fatto carattere specifico e concreto».

⁽⁶⁾ Sul punto SAVATTERI, *Sulla motivazione delle varianti al piano regolatore generale comunale*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 3185; RAPELLI, *La tutela avverso le varianti generali reiterative di vincoli urbanistici decaduti, con particolare riferimento alla motivazione ed alla indennizzabilità della reiterazione*, in *Giur. it.*, 2001, III, 159.

⁽⁷⁾ Cons. St., Ad. plen., 22 dicembre 1999, n. 24, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 1999, 2383; più recentemente TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 luglio 2006, n. 7600, cit.

in dissonanza sul punto ⁽⁸⁾.

Come s'è già sostenuto, tale *querelle* definitoria ha, nel caso concreto, ovvero quanto a contenuto dell'atto programmatico, scarsa ricaduta pratica sul tema delle doglianze formulabili in sede processuale, data la (sostanzialmente) eguale natura discrezionale delle varie tipologie di atti invocati, tutti fortemente connotati da valutazioni di merito, come tali sottratte alla sindacabilità del Giudice amministrativo ⁽⁹⁾.

Sembra davvero impossibile, a questo punto, procedere oltre senza affrontare lo sfuggente tema del merito amministrativo, che, per insegnamento comune, viene impostato in contrapposizione a quello di legittimità.

Secondo tale impostazione il merito esprime la conformità della scelta discrezionale alle regole non giuridiche di buona amministrazione ⁽¹⁰⁾, ossia, in definitiva, l'opportunità e la convenienza del provvedimento amministra-

⁽⁸⁾ Per la natura di atto amministrativo generale vedi Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2002, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 659.

⁽⁹⁾ Si sottolinea, al di là della specificità del caso analizzato, la significativa differenza di regimi giuridici fra atti normativi (anche se in forma amministrativa) ed atti amministrativi (cfr. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 89 ss.). Anzitutto gli atti normativi sono dotati di una particolare efficacia: essi, oltre a non poter mai avere effetto retroattivo (art. 11, Disposizioni sulla legge in generale, c.c.), fungono da paradigma di legittimità dei comportamenti che, per loro tramite, vengono regolati, e in particolare dei provvedimenti amministrativi che vi danno esecuzione. Ciò spiega perché la loro violazione, e solo essa, consente il ricorso innanzi alla Corte di Cassazione "per violazione di legge" (art. 111, Cost.). Inoltre per gli atti normativi, e solo per essi, valgono i principi di *jura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*. Quanto al primo, ciò comporta che il giudice deve adoperarsi per il rinvenimento delle disposizioni da applicare alla controversia sottoposta alla sua attenzione, con disapplicazione, sul fronte delle regole processuali, del principio dispositivo. Altra differenza rileva, inoltre, sotto il profilo dell'interpretazione, dovendosi applicare, nel caso di atto normativo, i criteri delineati dall'art. 12 delle preleggi, ovvero quello del significato letterale, dell'analogia *legis* e, infine, *iuris*. V'è chi ha sottolineato come l'unico punto di contatto fra regimi giuridici di atti normativi ed amministrativi sia rappresentato dalle regole relative all'impugnazione di entrambi (CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo*, cit., 113), sebbene altri abbiano affermato l'esatto opposto, valorizzando la necessaria impugnazione dell'atto normativo congiuntamente a quello esecutivo del medesimo (SAVATTEI, *Sulla motivazione delle varianti*, cit., 3185). Ciò, tuttavia, deriva non tanto dall'asserita natura normativa del primo, quanto dalla mancanza di una lesione diretta in assenza dell'atto di esecuzione, in ossequio al principio processualistico per cui, in assenza di lesione diretta, personale ed attuale, non v'è interesse a ricorrere, evenienza sanzionata con pronuncia di inammissibilità del ricorso.

⁽¹⁰⁾ Si legga, ad esempio, tra i primi autori ad aver affrontato la tematica, MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136. Altri hanno rinvenuto fra merito e discrezionalità un rapporto "privilegiato" rispetto al legame con il concetto di legittimità: CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc.*

tivo (in base alle regole di scienza dell'amministrazione, intese ad assicurare l'efficienza e l'economicità dell'azione della pubblica amministrazione) in relazione alla situazione concreta. Tale aspetto attiene, dunque, al profilo dei risultati dell'azione amministrativa ed è sottratto, in omaggio al principio di separazione dei poteri, al sindacato del giudice amministrativo.

Viceversa, al concetto di legittimità deve riportarsi tutto quanto afferisce alla rispondenza dell'atto stesso alle regole giuridiche che governano l'esercizio del relativo potere, senza che rilevi il profilo dei risultati conseguiti o conseguibili. Secondo tale inquadramento, pertanto, ogni qual volta un provvedimento risulti difforme dal proprio paradigma normativo deve ritenersi affetto da vizio di legittimità, sindacabile da parte dell'autorità giurisdizionale amministrativa ⁽¹¹⁾.

Sulla base di tale distinzione non si pone un problema di individuazione dei caratteri che differenziano il merito dalla discrezionalità amministrativa, in quanto il primo è, al pari della legittimità, un predicato della discrezionalità.

Più precisamente, si può sostenere che l'esercizio del potere discrezionale deve avvenire nel rispetto delle regole di legittimità e di merito ⁽¹²⁾.

Le prime sono, oltre a quelle eventualmente stabilite specificamente dalla norma attributiva del potere discrezionale, quelle scaturenti dai parametri ai quali deve informarsi la scelta dell'amministrazione (interesse pubblico, causa pubblica, canoni di logicità ed imparzialità, il principio di completa informazione, il principio di proporzionalità, etc.), la cui inosservanza è sindacabile in sede di impugnativa del provvedimento discrezionale, che risulterebbe pertanto viziato per eccesso di potere.

Le seconde, cioè le regole di merito, si sostanziano in prescrizioni di carattere non giuridico, di scienza dell'amministrazione, che indirizzano l'autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l'interesse pubblico tutelato, la cui violazione dà luogo ad un vizio di merito, sindacabile solo nelle ipotesi tassative in cui la cognizione del giudice amministrativo è estesa al merito ovvero tramite ricorso gerarchico o, se previsto, in opposizione ⁽¹³⁾.

Dir., vol. XXVI, 138, nell'affermare che il merito possa essere oggetto di riesame in tutta la sua interezza, e non soltanto sotto il profilo dell'eccesso di potere (corsivo nostro), sembra quasi far coincidere discrezionalità e merito, come a dire che la presenza di un agire discrezionale agganca l'attività dell'amministrazione a parametri di sola opportunità.

⁽¹¹⁾ Cfr. BARTOLINI, voce *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Diz. di Dir. Pubbl.*, a cura di CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 2863 ss.

⁽¹²⁾ ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 154 ss., suggestivamente descrive la discrezionalità come un «ponte tra legittimità e merito, tra area regolata dalla legge e area riservata all'autonomia della pubblica amministrazione».

⁽¹³⁾ Non si deve, però, ritenere che l'insindacabilità del merito discenda soltanto, in negativo, dall'assenza di prescrizioni, da una fantomatica «assenza di legge»:

Si può sostenere, dunque, che le valutazioni di merito rappresentano la sfera libera dell'azione amministrativa discrezionale, cioè l'ambito nel quale la stessa può determinarsi senza essere normalmente soggetta ad un sindacato giurisdizionale intrinseco, che consenta cioè al giudice di sostituirsi all'amministrazione. Ciò che è concesso all'autorità giudiziaria amministrativa, per accertare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, è un mero sindacato estrinseco, attraverso il quale è possibile verificare il rispetto dei ricordati parametri di legittimità ⁽¹⁴⁾.

Tale demarcazione concettuale non sfugge al Giudice amministrativo, che, investito della questione, ha ribadito tale lettura pratica del principio di separazione dei poteri costituzionali affermando la censurabilità delle scelte operate dall'Amministrazione esclusivamente sotto il profilo di un'eventuale violazione di tali limiti esterni, aventi la natura di pretese di logicità e ragionevolezza dell'operato amministrativo.

In alcune pronunce, inoltre, queste pretese trovano una loro specificazione: si spiega cosa sia logico e ragionevole attendersi da una pianificazione urbanistica, ovvero che le previsioni in essa contenute non siano incoerenti con l'impostazione di fondo dell'intervento pianificatorio o manifestamente incompatibili con le caratteristiche oggettive del territorio ⁽¹⁵⁾.

Strettamente connessa alla questione del merito amministrativo è quella della motivazione, da intendere, secondo inveterata dottrina e giurisprudenza, quale esternazione dell'*iter* logico-giuridico seguito dall'amministrazione nella sua attività provvedimentale.

Attualmente, dalla promulgazione della legge sul procedimento, per espressa previsione di diritto positivo, si esclude l'obbligo di esternare il suddetto ragionamento per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale ⁽¹⁶⁾, nel cui numero si includono i piani regolatori generali, quale che sia la soluzione qualificatoria cui si sia pervenuti ⁽¹⁷⁾.

esiste anche, e soprattutto, un fattore positivo, ovvero la scelta di lasciare un'ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimata. Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 156.

⁽¹⁴⁾ Va precisato che i confini del merito amministrativo sono stati parzialmente erosi dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, la quale, all'art. 1, ha tipizzato i doveri amministrativi di economicità ed efficacia, trasferendoli, così, dal novero delle regole metagiuridiche (e quindi del merito) a quello delle norme di legge, la cui violazione comporta la illegittimità dell'atto amministrativo per violazione di legge o, secondo un diverso indirizzo, per eccesso di potere (vedi Corte dei Conti, sez. contr., 17 marzo 1992, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1231).

⁽¹⁵⁾ TRGA, Trento, 11 settembre 2006, n. 308, cit.; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5869, cit.; Cons. St. sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3146, cit..

⁽¹⁶⁾ Art. 3, co. 2, l. n. 241/1990.

⁽¹⁷⁾ Per esigenze di completezza si riportano delle correnti minoritarie le quali pervengono, conducendo argomentazioni diverse, alla conclusione che l'art. 3 l.n.

Tale disposizione di legge si pone in linea con quanto decretato, sul punto, da giurisprudenza consolidata, rendendo superfluo quello sforzo dommatico cui erano costretti i nostri migliori giuristi, togati e non, al fine di dimostrare il perché di un onere motivazionale più leggero relativamente ad atti di pianificazione urbanistica. Si intende dire che la scelta espressa dell'art. 3, l. n. 241/1990 rappresenta la consacrazione legislativa, con finalità semplificatorie per l'operato dell'interprete, di una soluzione operativa dettata da logica.

Immediatamente, *ictu oculi*, ci si avvede delle particolarità del piano regolatore generale, a causa delle quali si dettarono, già prima del 1990, regole giurisprudenziali derogatorie: come si ha avuto modo di dire, è la natura stessa di tale attività di pianificazione a comportare ricadute pratiche sulla sua incisiva giustificabilità (essendo questa, ad avviso dello scrivente, la sostanza della motivazione).

Più precisamente, negare l'obbligo di esternare quell'*iter* logico giuridico di cui sopra ha trovato, nell'ampio novero delle pronunce giudiziali a tale soluzione conformi, due diverse ed alternative cause giustificative.

Dapprima si sostenne che il dovere di motivazione fosse logicamente incompatibile con gli atti ampiamente discrezionali, poiché le scelte in questi contenute sarebbero di fatto insindacabili e perciò sostanzialmente libere⁽¹⁸⁾. Diversamente opinando, si dovrebbe pretendere, pena la negazione della sostanziale libertà di decisione, che l'amministrazione motivi con formule tautologiche, del tipo "perché così si è deciso", ma, è evidente, ciò non avrebbe alcun significato giuridico, semmai politico⁽¹⁹⁾.

In altre pronunce, invece, l'esclusione dell'obbligo di motivazione si è

241/1990 non escluderebbe l'obbligo di motivazione espressa per il piano regolatore generale. V'è stato chi ha sostenuto la configurazione della carenza di motivazione nell'orbita dell'eccesso di potere nelle fattispecie escluse dal secondo comma dell'art. 3, ritenendo, invece, sussistere nei restanti casi una violazione di legge (CAPUTO, *Adozione del piano regolatore ed osservazioni alla luce della l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Foro amm.*, 1993, 512). Altri, invece, sottolineando l'autonomia concettuale degli atti di pianificazione e programmazione sia dagli atti normativi che dagli atti amministrativi generali, hanno ritenuto applicarsi ai primi l'obbligo motivazionale, stante la mancata inclusione negli atti esonerati (EMILIO, *Commento all'articolo 13 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 1, 76). Sul punto vedi SANTINI, *Le osservazioni dei privati al progetto di piano regolatore generale (o sue varianti): non più come "mero apporto collaborativi" ma con funzione anche garantistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 3-4, 374.

⁽¹⁸⁾ TAR Lombardia, Brescia, 4 luglio 2006, n. 862, cit. In dottrina, cfr. MAZZAROLLI, *Piano regolatore generale*, cit., 412 ss; SAVATTERI, *Sulla motivazione*, cit., 3187; SANTINI, *Le osservazioni dei privati*, cit., 369.

⁽¹⁹⁾ PICOZZA, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983, 14, giunge ad affermare che la pubblica amministrazione può riferire le scelte fondamentali del Prg a criteri ed obiettivi politici, operando al di fuori dello strettamente giuridico.

fatta discendere dal carattere generale ed astratto delle norme e prescrizioni in esso contenute, in quanto le stesse non siano in grado di produrre lesioni immediate e dirette alle posizioni di interesse del proprietario o di altro soggetto interessato ⁽²⁰⁾. Questa ricostruzione lascia, peraltro, notevoli perplessità qualora, come avviene sempre più di frequente, accanto a prescrizioni che hanno carattere generale e astratto ne compaiano altre precise e dettagliate in grado di avere un effetto pregiudizievole ed immediato e, nonostante ciò, non si ritenga, comunque, di dover fornire una motivazione dettagliata ⁽²¹⁾.

Se, sotto il profilo dell'attitudine lesiva, quest'ultima teoria si presta ad una facile obiezione, si potrebbe pur sempre affermare che la generalità (e non necessariamente genericità, come si è visto) dell'atto rende estremamente oneroso per l'amministrazione giustificare ogni sua scelta urbanistica: da qui la deroga.

Al cittadino non resta che accontentarsi di una spiegazione globale, consistente nel riferimento ai criteri e alle linee guida seguiti nella stesura del piano, così come desumibili dalla relazione di accompagnamento al piano stesso, fatto che, a ben vedere, non limita in alcun modo le sue *chances* d'aggredire l'atto pianificatorio innanzi al Giudice amministrativo, qualora lo trovasse illegittimo.

Quale che sia il percorso intrapreso per pervenire all'esclusione dell'obbligo di motivazione, tutte le succitate pronunce hanno ritenuto sufficiente tale riferimento. La giurisprudenza ⁽²²⁾, così come parte della dottrina, preferisce parlare, a tale proposito, di una sorta di motivazione snella.

⁽²⁰⁾ Cons. St., 31 gennaio 2005, n. 259, cit.

⁽²¹⁾ SANTINI, *Le osservazioni dei privati*, cit., 375, propone di considerare escluso l'obbligo di motivazione solo nei casi in cui l'atto pianificatorio non abbia incidenza immediata e diretta, ma contenga soltanto direttive generiche ed indefinite: sulla falsa riga del ragionamento condotto da EMILIO, *Commento all'art. 13*, cit., l'Autore sembra scindere, all'interno della categoria degli atti di pianificazione urbanistica, quelli riconducibili ad un atto generale, con connessa esclusione motivazionale, da quelli di pianificazione concreta, che, in quanto non enumerati all'art. 3, andrebbero dettagliatamente motivati.

⁽²²⁾ Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2001, n. 2653, in *Guida al diritto*, 30, 83; Cons. St., sez. IV, 1 febbraio 2001, 420, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2001, 284; Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 2000, n. 6584, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 473; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6177, ivi, 2001, I, 375; Cons. St., sez. IV, 2 novembre 1995, n. 887, in *Foro amm.*, 1995, 2526. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, cit., 125, rileva che l'assenza di un obbligo di specifica motivazione evidenziato dalla giurisprudenza riconduce all'esigenza di una motivazione seppur non "specificata" che si concretizza in un richiamo agli elementi costitutivi del piano, in particolare, alla relazione illustrativa. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale*, cit., sottolinea l'importanza della relazione illustrativa quale mezzo di espressione della motivazione del piano regolatore generale.

Vi è chi, però, denuncia l'eccessiva facilità con la quale si è riconosciuta ad una relazione illustrativa valenza giustificativa dell'atto cui inerisce: data l'ampiezza della discrezionalità dell'amministrazione, la funzione di tale relazione non sarebbe quella di fornire giustificazione e spiegazione per le diverse prescrizioni di piano, ma semplicemente quella di dare ragione della impostazione del piano medesimo attraverso l'illustrazione generale di esso e dei criteri seguiti per la sua formulazione ⁽²³⁾.

Il motivo dell'erronea assimilazione fra elementi aventi funzioni diversa, ovvero giustificare e illustrare, si ritiene vada rinvenuto in una sorta di fraintendimento processuale. Il contrasto con quanto descritto nella relazione illustrativa potrebbe essere addotto quale sintomo di illegittimità del provvedimento per eccesso di potere, in quanto illogico ed irrazionale sarebbe un concreto esercizio del potere pianificatorio in contrasto con i criteri di impostazione decisi a monte.

Allo stesso modo, nell'ambito di qualsiasi attività provvedimentale, l'inconciliabilità della motivazione con il disposto dell'atto medesimo può comportare una pronuncia di annullamento per eccesso di potere (si tratta del classico caso di illogicità o contraddittorietà della motivazione).

L'argomento dell'illogicità, comune ad entrambe le tipologie di pronunce, sembrerebbe aver condotto i Giudici amministrativi a sovrapporre i due istituti della motivazione e della relazione, identificazione resa ancor più facile dalla fattuale somiglianza, pur nella loro giuridica profonda differenza.

Quale che sia, comunque, il significato attribuibile alla relazione illustrativa, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente il riferimento ai suoi contenuti al fine di scongiurare l'illegittimità dell'atto pianificatorio: è questa la sostanza di un potere il cui esercizio va esente da motivazione.

La giurisprudenza ⁽²⁴⁾ ha, però, affermato che il generale principio secondo cui le scelte di piano contenute in strumenti urbanistici generali non devono essere analiticamente motivate va temperato con esigenze di tutela del privato. Queste impongono la motivazione di scelte che, pur con-

⁽²³⁾ MAZZAROLI, *Piano regolatore generale*, cit., 222.

⁽²⁴⁾ TAR Abruzzo, Pescara, 28 agosto 2006, n. 445, in *Giurisd. amm.*, 7-8, 1413; TAR Molise, 23 ottobre 2006, n. 932, ivi, 2006, 10, 1804; Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6134, ivi, 2006, 10, 1472; TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 luglio 2006, n. 7600, cit.; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 17 luglio 2006, n. 844, cit.; TAR Toscana, sez. I, 30 gennaio 2006, n. 227, in *Giurisd. amm.*, 2006, 0, 44; Cons. St., 24 febbraio 2004, sez. IV, n. 737, cit.; Cons. St., 25 novembre 2003, n. 7771, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 11, 3306; Cons. St., 26 maggio 2003, n. 2827, cit.; Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2003, n. 2640, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1, 114; Cons. St., 6 maggio 2003, n. 2386, in *Cons. Stato*, 2003, 1, 1080; Cons. St., 6 febbraio 2002, n. 664, cit., Cons. St., Ad. plen., 22 dicembre 1999, n. 24, cit.; Cons. St., 14 ottobre 1997, n. 1190, in *Foro amm.*, 1997, 3, 2683; Cons. St., 7 aprile 1997, n. 343, in *Cons. Stato*, 1997, 1, 477; Cons. St., 14 dicembre 1993, n. 1068, in *Cons. Stato*, 1993, 1, 1567; Cons. St., Ad. Plen., 8 gennaio 1986, n. 1, in *Foro amm.*, 1986, 1, 14.

tenute in strumenti generali, si caratterizzino per la specifica incidenza, in senso peggiorativo per l'interessato, su una determinata situazione meritevole di particolare considerazione per la singolarità del sacrificio imposto o per la preesistenza di aspettative ingenerate nel privato.

Il Collegio umbro, pur non versando il fatto dedotto in giudizio in nessuna delle fattispecie in questione, per esigenze di completezza, seguendo pedissequamente tale risalente giurisprudenza, stila l'elenco dei suddetti casi: superamento degli standard minimi di attrezzature di cui al D.M. 2 aprile 1968; modificazione in zona agricola della destinazione di un'area circoscritta, interclusa completamente da fondi legittimamente edificati; lesione di un affidamento qualificato e consolidato di un particolare soggetto, derivante da convenzione di lottizzazione, accordi di diritto privato, giudicati di annullamento di dinieghi espliciti o taciti di concessioni edilizie.

Al di fuori di tali evenienze in capo al cittadino sussiste solamente un affidamento generico alla non *reformatio in pejus*⁽²⁵⁾ della destinazione d'uso delle proprie proprietà, in quanto tale non attivabile innanzi al Giudice amministrativo, fatto cui fa da *pendant* l'assenza di un obbligo motivazionale, per impossibilità dell'atto di ledere, sul punto, una situazione giuridica soggettiva⁽²⁶⁾.

Non bisogna pensare, comunque, che l'esistenza di un affidamento qualificato privi il Comune della possibilità di imprimere ad un terreno una destinazione d'uso diversa, anche peggiore, rispetto alla precedente. Nella parte *de qua* il potere pianificatorio deve, semplicemente, essere esercitato all'interno di una serie di garanzie maggiori, quali la motivazione esplicita, che, però, non impediscono nulla all'amministrazione, salvo imporle di giustificare analiticamente la sua attività.

L'incidenza su posizioni di affidamento qualificato rientra, infatti, nell'ampia casistica dell'esercizio di quel *ius variandi* base giuridica dell'emanazione di ogni nuovo Prg.

V'è chi sostiene, nel caso in cui il sopravveniente atto di pianificazione travolga una precedente convenzione di lottizzazione già stipulata, che tali disposizioni abbiano la sostanza, e di conseguenza la forma, di atti revocatori: segmenti di revoca all'interno di un atto quasi politico, cui si fa conseguire, quale che sia la qualificazione giuridica attribuita alla lottizzazione (consensuale o a prevalenza provvedimentale), l'indennizzo dell'eventuale pregiudizio subito⁽²⁷⁾. Secondo tale dottrina, se è vero che, genericamente,

⁽²⁵⁾ TAR Umbria, 5 maggio 2006, n. 290, in *Giurisd. amm.*, 2006, 5, 810; Cons. St., 20 ottobre 2000, V sez., n. 5635, in *Cons. Stato*, 2000, 1, 2287.

⁽²⁶⁾ Questa impostazione potrebbe, a ben vedere, essere addotta a puntello della tesi che vorrebbe la generalità dell'atto pianificatorio quale motivo dell'esonero giustificativo

⁽²⁷⁾ Per quanto riguarda le convenzioni di lottizzazione CLINI, *Obbligo di motivazione e affidamento del privato nella pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.-Cons.*

l'adozione di un nuovo piano regolatore costituisce esercizio di un *ius variandi* e non di un *ius poenitendi*, nel caso di travolgimento di precedente convenzione di lottizzazione, però, i due poteri sembrano sovrapporsi, ovvero per l'esercizio del primo è necessaria una parentesi in cui venga esercitato il secondo. Se ne fa conseguire che debbano applicarsi le regole di disciplina degli atti di recesso (o revocatori, a seconda della chiave di lettura adottata, vedi *supra*) della pubblica amministrazione, con particolare attenzione al momento del ristoro del pregiudizio eventualmente subito, nella forma, ovviamente, dell'indennizzo e non del risarcimento, data la liceità dell'adozione di un nuova pianificazione territoriale, anche se potenzialmente dannosa.

La giurisprudenza, però, anche nelle pronunce in cui ammette la coesistenza dei due poteri, ovvero *ius variandi* e *poenitendi*, si limita ad affermare, logicamente, che la possibilità di procedere all'emanazione di un nuovo Prg presuppone, a monte, la possibilità di liberarsi dai vincoli che, direttamente o indirettamente, derivino dalla precedente pianificazione: nulla si dice a proposito di ipotetiche ristorazioni⁽²⁸⁾. Partendo dall'assunto che questo è il diritto vivente, applicato dal Giudice amministrativo, appare quantomeno curioso che l'applicazione della garanzia patrimoniale apprestata dall'art. 11, l.n. 241/1990⁽²⁹⁾ dipenda da un fatto non solo esterno alla vicenda pattizia rappresentata dalla convenzione di lottizzazione, ma anche nella piena disponibilità dell'amministrazione, la quale, adottando un atto pianificatorio, anche in variante, piuttosto che un atto di mero recesso, può sottrarsi all'obbligo di indennizzo.

Per quanto concerne, invece, gli altri casi in cui sussiste un obbligo di motivazione dettagliata, potremmo sostenere che l'irragionevolezza, *prima facie*, della prescrizione pianificatoria (superamento degli standard minimi di attrezzature di cui al D.M. 2 aprile 1968, modificazione in zona agricola della destinazione di un'area circoscritta, interclusa completamente da fondi legittimamente edificati) necessita di un'argomentazione giustificativa in grado di sanare questo vizio presunto di illegittimità, più precisamente per eccesso di potere. Si intende dire che, se l'unico limite all'esercizio del potere pianificatorio è rappresentato dalla sua logicità, un'epidermica irragionevolezza, quale quella rappresentata dalle evenienze sopra elencate, deve essere confutata da adeguata e puntuale motivazione, pena il prodursi dell'effetto tipico dell'irragionevolezza medesima, ovvero l'illegittimità dell'atto irragionevole.

Stato, 2004, 1, 116, sostiene che si tratti di un recesso *ex art.* 11 l.n. 241/1990. A proposito di *ius variandi* vedi FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005, 171.

⁽²⁸⁾ Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4073, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽²⁹⁾ Per semplicità abbiamo adottato la formula interpretativa consensuale, ma medesime osservazioni si potrebbero fare se abbracciassimo la teoria provvedimentale.

Sin qui si è dimostrato come la pubblica amministrazione, nel determinare le destinazioni d'uso delle varie proprietà, goda di un'ampia libertà di scelta, che trova un suo limite principale nella canonizzazione dell'interesse pubblico, che rende l'esercizio del potere pianificatorio necessariamente funzionalizzato, e, in alcuni particolari casi, anche nell'affidamento qualificato di alcuni cittadini a che la destinazione d'uso dei propri terreni rimanga immutata. Al di là di queste ultime fattispecie, cui si impone alla pubblica amministrazione semplicemente un aggravio procedurale (la motivazione analitica a dimostrazione dell'avvenuta ponderazione di tutti gli interessi in gioco), il vero faro della pianificazione urbanistica è l'interesse pubblico al contemperamento di esigenze edilizie di sviluppo dell'aggregato urbano e di conservazione dei valori naturalistici ⁽³⁰⁾. Lo strumento urbanistico generale, infatti, non presuppone, inderogabilmente, tendenze espansive edilizie e demografiche. Al contrario, una moderna e realistica concezione dell'urbanistica appare incentrata sulla necessità di tener conto della fortissima antropizzazione del territorio: gli atti pianificatori, quindi, possono e devono essere costruiti intorno a linee guida che esaltino il momento del recupero e della razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente. Se ne arguisce, sulla base di questo ragionamento, come la zona agricola possieda valenza conservativa dei valori naturalistici, venendo a costituire il polmone dell'insediamento urbano, assumendo per tale via la funzione decongestionante e di contenimento dell'espansione dell'aggregato urbano. Conseguenza ineluttabile di tale impostazione è la confutazione che la destinazione di un'area a zona agricola debba dipendere necessariamente dalla relativa vocazione, ben potendo tale destinazione dipendere da scelte discrezionali, motivate sulla sola esigenza generale di orientare gli insediamenti urbani e produttivi in date direzioni, ovvero di salvaguardare precisi equilibri dell'assetto territoriale.

Se le osservazioni sin qui svolte si attagliano alla disciplina positiva del piano regolatore generale, così come delineata nella legge urbanistica nazionale, spontaneamente ci si pone il quesito se il recente intervento del legislatore regionale umbro possa aver inciso sulla natura dell'atto pianificatorio. Con legge 22 febbraio 2005, n. 11, infatti, si è proceduto alla diversificazione dei contenuti del piano regolatore, con la conseguente identificazione di due parti, una strutturale ed una operativa. È innegabile l'imposizione al Comune del rispetto di tale bipartizione di disposizioni, ma la prescrizione in nessun modo sembra incidere sulla natura dell'atto di pia-

⁽³⁰⁾ Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2639, in *Foro amm.*, 2000, 1667; Cons. St., sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 245, *ivi*, 2000, 51; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 1998, n. 431, *ivi*, 1998, 672; Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 1997, n. 1059, *ivi*, 1997, 2662; Cons. St., sez. V, 19 settembre 1991, n. 1168, *ivi*, 1991, 2276; Cons. St., sez. IV, 11 giugno 1990, n. 464, *ivi*, 1990, 1432; Cons. St., sez. IV, 26 marzo 1974, n. 272, *ivi*, 1974, 2, 328; Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 1974, n. 637, *ivi*, 1974, 2, 1043.

nificazione o, più precisamente, sulla natura del potere esercitato dall'ente comunale nella pianificazione del territorio. Questi vincoli di forma non sembrano modificare la sostanza del potere esercitato dal Comune, come è logico che sia, dal momento che solo disposizioni di natura concretamente contenutistica potrebbe comprimere il potere valutativo, non anche indicazioni meramente strutturali.

2. Così definita la sostanza, nei suoi contenuti e limiti, del potere pianificatorio, il Collegio umbro affronta la questione della partecipazione del privato al procedimento che del suddetto potere è esplicazione.

Più precisamente, ci si sofferma sulla funzione da accordare alle osservazioni formulate dai privati all'interno del procedimento di formazione del Prg, con quanto ne discende in termini di tutela dei medesimi. Anche su questo punto la decisione del Tar è in linea con quanto affermato da consolidata giurisprudenza, la quale sostiene il ruolo meramente collaborativo delle osservazioni versate dai cittadini, tale per cui non sussiste un onere di motivazione puntuale sulle stesse, ma è sufficiente che la pubblica amministrazione richiami le ragioni del contrasto della pretesa avanzata dal privato rispetto ai principi informativi del piano adottato.

La comprensione dell'approdo giurisprudenziale richiede una breve panoramica sull'istituto delle osservazioni così come delineato dalla legge n. 1150 del 1942.

Il sistema originario previsto dalla legge urbanistica prevedeva che il piano regolatore generale fosse volto a dettare prescrizioni e previsioni di massima e che dovesse trovare attuazione tramite piani particolareggiati. In base a tale sistema era solamente con questi ultimi che i privati potevano essere lesi dalla disciplina urbanistica. In questa prospettiva la legge urbanistica prevede all'articolo 15 la pubblicazione dei piani particolareggiati con la possibilità, oltre che di presentazione di osservazioni da parte di organismi collettivi, anche della presentazione di opposizioni da parte dei proprietari di immobili compresi nei piani.

A differenza delle osservazioni, che tale sistema configura come meri apporti collaborativi, le opposizioni sono veri e propri rimedi giuridici, la cui decisione richiede specifica motivazione ed una volta approvato il piano particolareggiato è prevista la notifica dello stesso ai proprietari interessati, con notifica altresì dei provvedimenti decisori delle opposizioni presentate.

In concreto, però, nei piani regolatori generali, accanto a norme e prescrizioni che hanno carattere generale e astratto e che, pertanto, non producono lesioni immediate e dirette alle posizioni di interesse dei proprietari o di altri soggetti interessati, sempre più frequentemente sono identificabili altre norme e prescrizioni che hanno, invece, effetto pregiudizievole diretto ed immediato nei confronti dei terzi.

La estensione anche ai privati della possibilità di presentare osservazioni, operata dalla prassi e dalla giurisprudenza, è da ricondurre all'avvento di piani regolatori generali con contenuti sempre più dettagliati.

Nel sistema della legge urbanistica la pubblicazione è strumentale rispetto alla presentazione di osservazioni, pertanto; per individuare il significato della pubblicazione del piano è decisivo individuare il significato e la portata che vengono assegnati alle osservazioni.

Anche se quest'ultime vengono ad avere il contenuto ed il fine di opposizioni vere e proprie si nota, in realtà, un'avversione della giurisprudenza a riconoscerne la natura di veri e propri rimedi giuridici, con conseguente diminuzione delle tutela dei cittadini, in piano contrasto con i principi costituzionali ⁽³¹⁾.

Un orientamento giurisprudenziale consolidato ed assolutamente dominante ritiene, come già anticipato, che le osservazioni presentate dai privati in sede di formazione del piano regolatore non costituiscano dei veri e propri rimedi giuridici, ma semplici apporti collaborativi dati dai cittadini alla formazione dello strumento urbanistico, correlate ad un interesse di mero fatto e non ad un interesse legittimo.

Partendo da tale considerazione in un primo momento parte della giurisprudenza ha affermato che non sussiste in capo all'amministrazione un obbligo di legge di prendere in esame le osservazioni al progetto di piano regolatore comunale (o sua variante).

Un orientamento costante ha, però, affermato che l'amministrazione, qualora, nonostante l'assenza di un obbligo di legge, prenda in esame, nel superiore interesse pubblico, alcune di queste osservazioni e le accolga o le respinga, con una congrua motivazione, incorre in eccesso di potere per disparità di trattamento se tralascia di prenderle in considerazione tutte, nessuna esclusa ⁽³²⁾.

In un secondo momento, invece, altre decisioni giurisprudenziali hanno affermato la sussistenza di tale obbligo dell'amministrazione. L'organo deputato ad individuare il migliore assetto territoriale comunale non può omettere di esercitare la propria funzione non prendendo in considerazione

⁽³¹⁾ Cfr. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 76.

È stato rilevato come, nonostante una copiosissima giurisprudenza contraria, alcuni autori ritengano che le osservazioni al progetto di piano regolatore generale, se non proprio un rimedio giuridico (si configurerebbero come opposizioni in quanto rivolte alla stessa autorità che ha emanato l'atto), siano qualcosa di più di semplici rilievi diretti a segnalare la presenza di soluzioni inadatte, o meno adatte di altre, a risolvere esigenze di pubblico interesse urbanistico: cfr. PIFFERI, *Perplexità in tema di osservazioni al piano regolatore generale*, in *Amm. it.*, 1983, 1, 88.

⁽³²⁾ Cons. St., Ad. pl., 13 gennaio 1981, n.1, in *Giur. it.*, 1982, III, 87; Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 1974, n. 933, in *Foro amm.*, 1975, I, 2; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 1959, n. 1004, in *Giur. it.*, 1960, III, 135; TAR Abruzzo, sez. Pescara, 23 febbraio 1988, n. 123, in *T.A.R.*, 1988, I, 1276.

Cfr., però, anche TAR Toscana, sez. I, 29 gennaio 1996, n. 27, in *T.A.R.*, 1996, 3, 942, nella quale si afferma che in materia urbanistica non è configurabile il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento.

le osservazioni presentate proprio in funzione di apporti collaborativi alla formazione del piano nell'interesse pubblico alla più corretta sistemazione dell'assetto territoriale ⁽³³⁾.

Ma anche quando la giurisprudenza ha ritenuto sussistente un obbligo di presa in esame delle osservazioni dei privati, proprio partendo dal presupposto della loro funzione di mero apporto collaborativo, per lungo tempo un univoco orientamento giurisprudenziale ha affermato che in caso di reiezione delle osservazioni non necessitasse una specifica motivazione, essendo sufficiente che le stesse fossero state esaminate e ritenute in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste alla base della formazione del piano. Ciò si innesta sulla generale esclusione dell'obbligo motivazionale che, come si è già dimostrato, caratterizza l'attività di pianificazione territoriale: un obbligo in questo senso non può nascere semplicemente dal fatto che il privato abbia attivato un mezzo collaborativo. Secondo tale lettura risulta sufficiente l'indicazione del contrasto delle osservazioni presentate con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del piano ⁽³⁴⁾.

Vi sono state, comunque, alcune decisioni che, distinguendo fra titolari formali del potere di formulazione di osservazioni, ovvero i soggetti indicati all'art. 9, e coloro cui, nel tempo, i Giudici amministrativi hanno riconosciuto la medesima possibilità, hanno prescritto l'obbligo di motivazione nel caso di rigetto di osservazioni dei primi. Altre ancora l'hanno imposto nel caso in cui l'amministrazione proceda ad una modifica in senso peggiorativo della destinazione data in precedenza ⁽³⁵⁾.

Si tratta pur sempre di ipotesi eccezionali, che non scalfiscono la generalità della regola succitata.

Un simile indirizzo interpretativo deve necessariamente essere riletto

⁽³³⁾ TAR Abruzzo, sez. Pescara, 23 febbraio 1988, n. 123, cit., 1276; TAR Lazio, sez. I, 25 agosto 1982, n. 798, in *T.A.R.*, 1982, I, 2714; TAR Lazio, sez. I, 3 marzo 1976, n. 132, *ivi*, 1976, I, 1106.

⁽³⁴⁾ *Ex multis*, TAR Toscana, sez. I, 30 gennaio 2006, n. 227, in *Giurisd. amm.*, 2006, 0, 44; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4804, in *Cons. Stato*, 2004, 1, 1346; Cons. St., sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 6507, in *Foro amm.*, 2000, 12; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2000, n. 4938, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 1, 471; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2914, *ivi*, 1708; Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3556, *ivi*, 2144. Se da una parte la giurisprudenza sembra orientata alla sinteticità della motivazione delle deduzioni dell'Amministrazione, allo stesso tempo si trovano pronunce che, sullo stesso tema, utilizzano gli aggettivi, a dire il vero un po' ambigui, "congrua" e "adeguata", in riferimento alla motivazione: si veda TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 17 ottobre 2006, n. 342, in *Giurisd. amm.*, 2006, 10, 1709; TAR Umbria, 10 novembre 2001, n. 546, in *T.A.R.*, 2002, 233; TAR Friuli Venezia Giulia, 22 dicembre 2001, n. 933, *ivi*, 619; TAR Lazio, 23 maggio 2001, n. 4500, *ivi*, 2001, 2152.

⁽³⁵⁾ Cfr. PIFFERI, *Perplexità in tema di osservazioni*, cit., 89. In giurisprudenza, TAR Lazio, sez. I, 22 luglio 1996, n. 1295, in *T.A.R.*, 1996, 9, 2954; TAR Marche, 4 luglio 1996, n. 303, *ivi*, 1996, 9, 3283; TRGA Trentino Alto Adige, Bolzano, 27 giugno 1996, n. 158, *ivi*, 1996, 9, 3153.

alla luce degli interventi legislativi che hanno dato attuazione ai principi costituzionali che regolano l'attività amministrativa, con particolare riferimento alla legge n. 241/1990. Più recenti pronunce, infatti, hanno colto questa necessità, analizzando il problema in una prospettiva volta a dare attuazione ai principi di legalità, di democraticità, di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa ⁽³⁶⁾.

Ragionando in questa prospettiva risulta inevitabilmente carente, sotto il profilo delle garanzie del cittadino, una motivazione che semplicemente richiami, con una clausola di stile, i criteri di impostazione del piano urbanistico. Il rigetto delle osservazioni deve essere adeguatamente motivato, con riferimento alla situazione di fatto, con esplicitazione di come l'amministrazione abbia applicato i criteri a monte definiti per effettuare le scelte urbanistiche.

Altri, però, con finalità dimostrative diverse, hanno fatto riferimento alla legge n. 241/1990, sottolineando come all'art. 13 si escludano dall'applicazione del capo sulla partecipazione diverse tipologie di atti fra cui quelli di pianificazione: un'interpretazione strettamente letterale imporrebbe di diversificare le due tipologie di intervento, quella individuata dalla legge sul procedimento, che impone un onere motivazionale dettagliato, da quella disciplinata dall'art. 9 della legge urbanistica, cui spetterebbe un regime assai meno garantista, dovuto ad una diversa sostanza delle due forme di partecipazione.

In realtà, si è giustamente notato che l'esclusione dal campo di applicazione del capo III della legge sul procedimento non comporterebbe, necessariamente, l'impossibilità di applicare un diverso regime di partecipazione, di carattere speciale, come quello delineato dalla legge urbanistica ⁽³⁷⁾, essendo fatta salva ogni disciplina di settore.

Altri, suggestivamente, hanno considerato come meramente esemplificativa l'elencazione di cui all'art. 13 e, come tale, non ostativa ad una delimitazione e/o (alternativamente) estensione della portata preceettiva della disposizione.

Invero gli atti normativi, quali espressione di autonomia potestativa, con fondamento politico degli organi elettivi, inidonei per lo più a ledere in via immediata e diretta posizioni soggettive – per cui, come già sostenuto, è rinvenibile la *ratio* dell'esonero dalla motivazione e dalla partecipazione – non possono essere accomunati *hinc et inde*, quanto all'omologa disciplina,

⁽³⁶⁾ TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 novembre 2006, n. 1724, in *Giurisd. amm.*, 2006, 11, 2098. Cfr. LEONARDI, *La motivazione delle controdeduzioni dell'Amministrazione alle osservazioni del privato al Prg*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 10, 3123; SANTINI, *Le osservazioni dei privati*, cit., 367.

⁽³⁷⁾ Cfr. SANTINI, *Le osservazioni dei privati*, cit., 386; CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 1-2, 183; URBANI, CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Torino, 2004, 126.

ai piani regolatori posto che, a tacer d'altro, si riconosce l'immediata impugnabilità di questi ultimi in relazione al loro contenuto sempre più direttamente incidente su interessi differenziati e qualificati ⁽³⁸⁾.

A ben vedere, quand'anche si riconoscesse alle osservazioni dei privati la natura di meri apporti collaborativi, risulterebbe indispensabile una motivazione specifica che dimostri che non siano state pretermesse del tutto immotivatamente, ovvero con una motivazione puramente rituale.

Anche a concedere che le osservazioni debbano ispirarsi unicamente al perseguimento del pubblico interesse, in realtà la succitata consolidata giurisprudenza si rifiuta di garantire che esse effettivamente svolgano anche questo ruolo. La non necessità di una loro confutazione analitica, la possibilità che l'autorità comunale le respinga richiamandosi ai "criteri informativi o agli interessi perseguiti dal piano" oppure perfino alle "soluzioni adottate", inducono a pensare che il Giudice amministrativo non creda o non creda fino in fondo al loro dover essere strumenti di buon andamento, giacché la motivazione di rigetto, nei termini ammessi dallo stesso giudice, corre il rischio di ridursi fatalmente ad una mera clausola di stile ⁽³⁹⁾. Sapientemente alcuni legislatori regionali ⁽⁴⁰⁾ sono intervenuti al fine di risolvere tale *empasse* normativo-giurisprudenziale, ponendo i Giudici amministrativi dinnanzi a formule qualificatorie scevre d'ogni possibile equivoco: diverse leggi regionali hanno fatto chiarezza sul ruolo della partecipazione del privato al procedimento d'adozione del prg, stabilendone la natura oppositiva e non meramente collaborativa. Ne è un esempio la succitata legge regionale umbra che, all'art. 13 ⁽⁴¹⁾, impone al Comune di prendere in considerazione le osservazioni dei privati. Se è vero che a tale soluzione era già pervenuta parte della giurisprudenza, la quale però aveva sottolineato come l'obbligo di prendere in considerazione le osservazioni non comporti necessariamente un obbligo motivazionale preciso e dettagliato, v'è però da aggiungere che un puntello normativo maggiormente garantista, quale quello fornito dalla legge umbra, potrebbe facilitare un'elaborazione giurisprudenziale più avanguardista di quella formatasi sulla risalente legge urbanistica nazionale. Altri legislatori regionali, quale quello emiliano ⁽⁴²⁾, hanno adottato formule ancora più precise, ponendo in stretta

⁽³⁸⁾ Cfr. CAPUTO, *Adozione del piano regolatore*, cit., 514; PICOZZA, *Il piano regolatore*, cit., 265.

⁽³⁹⁾ Cfr. SCIULLO, *Il fastidio della partecipazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 4, 1, 473.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso l.r. Emilia Romagna, n. 20/2004; l.r. Lombardia, n. 12/2005; l.r. Umbria n. 11/2005.

⁽⁴¹⁾ Art. 13, co. 6, l. r. n. 11/2005.

⁽⁴²⁾ Art. 8, terzo comma, l. r. n. 20/2004, «nell'ambito della formazione degli strumenti che incidono direttamente su situazioni giuridiche soggettive, deve essere garantita la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento, attraverso la più ampia pubblicità degli atti e documenti concernenti la pianificazione ed assicurando il tempestivo ed adeguato esame delle deduzioni dei soggetti intervenuti e l'indicazione delle motivazioni in merito all'accoglimento o meno delle stesse».

connessione l'obbligo di valutazione e quello di motivazione, quasi facendone un *unicum*, soluzione dettata da ragione, ove si pensi che non esiste valutazione che non si fondi su di un processo argomentativo e tale è la sostanza della motivazione ⁽⁴³⁾.

A favore della tesi della motivazione specifica militano, inoltre, anche altre esigenze: non solo un il bisogno di rileggere in chiave garantistica il rapporto cittadino-amministrazione, alla luce dei principi di democraticità, trasparenza, imparzialità, ma anche la necessità di perseguire il fine dell'economicità dell'attività amministrativa. Quest'ultima asserzione può sembrare contraddittoria, se si pensa a come molti abbiano sostenuto la natura deflativa e acceleratoria dell'esclusione dell'obbligo motivazionale. Un approccio di più ampio respiro alla questione, però, dimostra come l'impossibilità di far valere le proprie pretese in maniera compiuta all'interno del procedimento si traduca, a cascata, in una maggiore vulnerabilità dell'atto e di tutto il procedimento che ne è il presupposto, portando a contenziosi e giudizi successivi alla sua adozione ⁽⁴⁴⁾.

L'errore di fondo del problema risiede nel fatto di voler spostare l'attenzione al rapporto cittadino-p.a. in una fase successiva all'adozione del provvedimento amministrativo. Il ricorso al Giudice amministrativo deve essere considerato un'eccezione e non una regola del sistema amministrativo, nel quale il rapporto tra amministrati e amministratori dovrebbe trovare ogni forma di soddisfacimento nel procedimento amministrativo, con tutti i suoi istituti, fino all'adozione del provvedimento finale. Di contro, non sembra accettabile una procedura che faccia divenire regola l'affidamento a correzioni successive all'adozione dell'atto che rimangono pur sempre delle correzioni, creando delle evidenti discriminazioni tra coloro che decidono di intraprendere un giudizio e quanti non possiedono i mezzi per farlo. Il rischio, così facendo, è quello di far diventare il processo una quarta fase del procedimento amministrativo, il quale, nel nome di una falsa celerità, vede ridurre la partecipazione e sintetizzare la motivazione ⁽⁴⁵⁾.

Democraticità, trasparenza, economicità, celerità: queste sembrano le condizioni davvero imprescindibili di un agire amministrativo costituzionalmente orientato, sensibile ad un fascio di esigenze, eterogenee fra loro, individuali e, ad un tempo, collettive, sintetizzabili in una felice espressione, quella di "bene comune".

SANDRO SABA

⁽⁴³⁾ Cfr. BARTOLINI, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. LEONARDI, *La motivazione delle controdeduzioni*, cit., 3127, afferma che l'aumento dei contenziosi successivi all'azione amministrativa corrisponde all'aumento delle procedure fallimentari per le attività aziendali.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. LEONARDI, *Le osservazioni del privato nell'attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell'azione amministrativa si opacizza*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 1277.

I

T.A.R. UMBRIA – 25 ottobre 2006, n. 533 – Pres. LIGNANI – Est. UNGARI – TODINI Costruzioni Generali s.p.a. (avv.ti Colombo, Carbone e Chito) c. Università degli Studi di Perugia (avv. Stato), Cooperativa Muratori & Cementisti CMC (avv.to Figorilli).

Contratti della p.a. – Appalto misto – Gara condotta col criterio dell'offerta più vantaggiosa – Libertà di determinazione del peso delle varie prestazioni – Sussistenza

Contratti della p.a. – Appalto misto – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Valorizzazione dell'offerta economica rispetto a quella tecnica – Attiene alla discrezionalità tecnica – Insindacabilità

Contratti della p.a. – Appalto misto – Offerte anomale – Verifica – Riferimento all'intera offerta – Necessità – Anomalia di singole voci – Irrilevanza

Dal ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa deriva, per la p.a. aggiudicatrice, non solo la possibilità di individuare autonomamente gli elementi tecnici ed economici utilizzabili nella valutazione dell'offerta, ma anche, nell'ipotesi di appalto misto, quella di determinare per ciascuno di tali elementi il peso da riconoscere alle varie componenti prestazionali. Deve pertanto ritenersi legittima la clausola del bando che, nonostante la prevalenza funzionale della componente di lavori, preveda la piena fungibilità fra le voci di prezzo afferenti alle diverse prestazioni (1).

La scelta di valorizzare l'offerta economica rispetto a quella tecnica rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica, e deve pertanto considerarsi sottratta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, al di fuori delle ipotesi di determinazioni manifestamente incongrue o illogiche (2).

La valutazione di anomalia investe l'offerta nel suo complesso, a nulla rilevando l'eventuale incongruità di singole voci, se non idonee a determinare una condizione di inaffidabilità riferibile all'intera offerta (3).

II

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 23 aprile 2007, n. 1827 – Pres. RUOPPOLO – Est. BALUCANI.

Contratti della p.a. – Appalto misto – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Discrezionalità nella ponderazione del peso delle prestazioni – Sussistenza.

Contratti della p.a. – Appalto misto – Giudizio di anomalia – Natura globale e sintetica.

La graduazione del valore da riconoscere alle diverse prestazioni coinvolte nella fattispecie mista costituisce una scelta pienamente discrezionale, non potendosi imporre in via generale all'amministrazione appaltante il rispetto di imprecisati parametri di prevalenza funzionale (1).

Il giudizio di anomalia deve intendersi finalizzato alla valutazione dell'affidabilità dell'offerta complessiva, rispetto alla quale non rilevano eventuali bilanciamenti tra il valore remunerativo delle singole prestazioni dedotte in contratto (2).

I

(Omissis) Si controverte sull'esito della licitazione privata per l'affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva e costruzione della nuova facoltà di Medicina e Chirurgia in località Sant'Andrea delle Fratte, nonché del relativo servizio di global service (manutenzione, pulizia, riscaldamento, etc.) decennale, bandita dall'Università degli Studi di Perugia (G.U.C.E. 5 luglio 2005). *(Omissis)* L'unico profilo di censura sollevato nei confronti della lex specialis riguarda il § 6.2 delle Istruzioni. Con esso la ricorrente lamenta l'insufficiente peso relativo all'offerta tecnica ed alla componente dell'offerta economica relativa ai lavori; e, più in generale, la fungibilità con cui i criteri di attribuzione del punteggio considerano le componenti dell'offerta economica relative alle diverse prestazioni. Al riguardo, il Collegio rileva che nulla impediva di attribuire alle componenti dell'offerta un peso proporzionale al rispettivo valore economico, senza valorizzare in modo più che proporzionale l'importanza strategica prevalente di una componente ai fini dell'ottimale esecuzione dell'appalto. A parte il fatto che risulterebbe difficile stabilire quali fossero le prestazioni strategicamente più importanti, nel caso in esame il livello minimo di qualità delle offerte era assicurato dalla previsione della soglia minima di 700 punti, necessaria per l'accesso alla fase di valutazione delle offerte economiche, e dal peso del 40% attribuito al punteggio conseguito dall'offerta tecnica. Una volta superata detta soglia (cioè acquisito un determinato livello di qualità dell'offerta), ben poteva l'Università dare prevalente rilevanza all'interesse al risparmio alla spesa globale, senza distinguere in relazione a quale componente dell'offerta economica ciò avvenisse, visto che le prestazioni erano destinate ad essere compensate unitariamente.

Proprio la ratio del criterio di aggiudicazione (offerta economicamente più vantaggiosa) presuppone una sostanziale fungibilità tra le compo-

menti, tecniche ed economiche, che possono essere valutate e raffrontate in termini di punteggio secondo le formule previste dalla *lex specialis*.

D'altro canto, l'individuazione dei suddetti elementi (primo: soglia minima assoluta della qualità tecnica; secondo: peso relativo del prezzo globale sulla qualità tecnica) rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante, e nel caso in esame sfugge in concreto ai rilievi di legittimità, non potendo ritenersi manifestamente incongrua o illogica.

Senza contare che la netta prevalenza dell'importo economico dei lavori rispetto a quello dei servizi, comportava già di per sé una correlativa differenziazione del rispettivo peso di tali due componenti nel punteggio globale. In questa luce, il fatto che si sia rilevato determinante, ai fini dell'aggiudicazione, il prezzo offerto per il global service (o più precisamente quello di due suoi elementi: il servizio calore e il servizio pulizia) non è che la conseguenza fisiologica, ancorchè casuale, della circostanza che entrambi i contendenti avevano offerto, per i lavori, un prezzo poco differenziato.

Conviene ora esaminare le censure incentrate sulla mancata verifica dell'asserita incongruità delle voci di prezzo dell'offerta della CMC, relative ai servizi calore e pulizia.

Va precisato che la verifica prevista dal § 5.4 delle Istruzioni non riguardava la congruità delle offerte economiche, come sostiene la ricorrente, ma doveva avere una portata assai più limitata.

Era infatti previsto che il responsabile del procedimento, ai fini della valutazione delle offerte economiche e dell'attribuzione dei punteggi relativi ai criteri di cui al § 6.2 potesse "avvalersi della Commissione per la soluzione delle questioni che dovessero sorgere dal collegamento tra Offerta Tecnica ed Offerta Economica". Tali questioni, da intendersi legate alla "complessità delle verifiche da eseguire" ed alle "eventuali osservazioni critiche inoltrate dai concorrenti" che il r.u.p. era chiamato ad "esaminare e riscontrare", erano dunque legate alla piena comprensione dei prezzi contenuti nell'offerta economica e del loro collegamento con quanto previsto nell'offerta tecnica, ma non implicavano anche la verifica della congruità, nel senso della sostenibilità economica, alla luce di costi di mercato.

Occorre a questo punto chiedersi se, pur in assenza di una specifica previsione nella *lex specialis*, l'Università, in base ai principi e alle disposizioni legislative, dovesse comunque verificare la congruità dei singoli prezzi delle offerte.

E' vero che l'interesse pubblico all'affidabilità delle offerte presentate giustifica, in tutte le tipologie di gara, un potere dell'Amministrazione di verifica dei prezzi offerti, per evitare che offerte non remunerative esponano a rischio la prestazione o la rendano particolarmente gravosa per ritardi o difficoltà nell'esecuzione, ovvero, nei casi in cui si debba

pervenire alla risoluzione, per gli effetti negativi legati al subingresso di altri esecutori o all'interruzione del servizio in attesa dello svolgimento di altre procedure di aggiudicazione .

Tuttavia, non si può sfuggire alla constatazione che anche là dove la verifica dell'anomalia è normativamente imposta e rigorosamente disciplinata – e cioè negli appalti “puri” di lavori a pubblici incanti, ai sensi della legge n. 109/1994 art 21 comma 1 bis - intanto si può e si deve procedere a tale verifica, in quanto a seguito dell'apposita indagine (media dei ribassi etc.) risulti anomala l'offerta complessiva. Solo a questo punto si passa all'analisi delle singole componenti. In altre parole, l'analisi dei prezzi delle singole lavorazioni è possibile, e rilevante, solo quando abbia la funzione di consentire, a chi ha presentato una offerta anomala nel suo complesso, di dimostrare che il ribasso apparentemente anomalo è, in realtà, giustificato.

Quante volte, al contrario, una offerta nel suo complesso non raggiunga la soglia di anomalia, non è prevista, e intuitivamente non è consentita, una verifica limitata a singole sue componenti. Tanto è vero che generalmente non si ritiene ammissibile, a giustificazione di un'offerta anomala, l'argomento che questo o quello dei prezzi sospettati di anomalia non è inferiore al corrispondente prezzo dell'offerta (non anomala) risultata aggiudicataria. In queste ipotesi si dice, infatti, che se un'offerta non raggiunge la soglia di anomalia si presume, bensì, che essa sia economicamente congrua (e senza che sia ammessa la prova contraria) ma ciò non comporta che tale presunzione valga anche per i prezzi che la compongono, di tal che non avrebbe senso assumere taluno di essi quale termine di confronto per stabilire se sia più o meno congruo il corrispondente prezzo che compone l'offerta soggetta a verifica dell'anomalia.

E, sempre nella stessa linea di pensiero, si ritiene comunemente che in sede di giustificazione di un'offerta anomala, sia consentito all'offerente “rimodulare” la sua composizione, sempreché rimanga invariato il totale, che è il solo importo contrattualmente rilevante (in questo senso Consiglio di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5315, con ampi richiami di precedenti).

Se questo è il sistema, ne consegue che la distribuzione del corrispettivo totale dell'appalto fra le imprese riunite in un'associazione “verticale” è un *internum corporis* che l'appaltante non ha ragione di sindacare, sempreché il corrispettivo totale non raggiunga la soglia di anomalia.

Ora, nel caso in esame, l'offerta del raggruppamento aggiudicatario, intesa come importo complessivo, non è mai stata qualificata anomala: non dall'ufficio di gara (al quale, a norma di bando, non era richiesto di determinare una soglia di anomalia e di individuare le offerte anomale), ma neppure dal raggruppamento ricorrente. Quest'ultimo, invero, nul-

la ha detto in questo senso; ha concentrato, invece, le sue deduzioni solamente intorno all'asserita incongruità di due elementi (oltre tutto secondari, ancorché risultati casualmente determinanti) del corrispettivo totale.

5.6. In altri termini, alla luce dell'unitarietà dell'appalto, deve essere riconosciuta all'offerente la libertà di comparare i suoi costi in modo da compensare possibili perdite per una componente con i guadagni attesi per le altre.

Nel caso in esame, la CMC, legittimamente può aver praticato riduzioni di prezzo su alcune delle voci del global service, in vista di maggiori entrate a fronte dei lavori di costruzione degli edifici.

Tanto più che il bando (§ VI.4., lettera e) dichiarava espressamente applicabile l'articolo 7.3. della Direttiva CE/93/37, che consente all'impresa vincitrice della gara di ottenere, mediante procedura negoziata, l'appalto di nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere similari; e che l'appalto in questione si inserisce nel quadro della creazione di un Polo Unico Ospedaliero ed Universitario, destinato perciò ad essere un centro di attrazione per ulteriori sviluppi del contesto universitario-sanitario in ambito regionale.

Si può ancora aggiungere che l'unitarietà dell'appalto è una caratteristica sostanziale e non solo formale, e questo anche quando il contraente (come nella fattispecie) è un'associazione "verticale" di imprese. Se è vero, infatti, che in una associazione "verticale" ciascuno degli associati esegue una parte distinta del contratto, in ragione della propria specifica qualificazione tecnico-professionale, è anche vero che non per questo si hanno tanti appalti distinti quanti sono gli esecutori, ma un contratto unitario, anche per quanto attiene alla corresponsabilità di tutti gli associati per l'eventuale inadempimento o mal adempimento di uno solo di essi. Non sarebbe quindi fondato il timore che nel caso in esame la capogruppo mandataria, dopo aver realizzato i lavori di propria competenza e incassato il relativo compenso, abbandoni al suo destino lo svolgimento del global service decennale, affidato alle minori imprese collegate per corrispettivi (a quanto si sostiene) assolutamente non remunerativi e come tali forieri di un sicuro inadempimento. Ed invero, è insito nella natura dell'a.t.i. che la capogruppo mandataria risponda anche delle inadempienze degli associati. Ma ciò è tanto più vero in questa particolare fattispecie, nella quale, come si è visto, una quota non indifferente del corrispettivo dei lavori (di pertinenza della capogruppo mandataria), pari a 11 milioni di euro, è soggetta a rateazione decennale. In questa prospettiva si vede che la dilazione, oltre alla sua funzione propria e primaria di finanziamento, assume anche la funzione secondaria di garanzia del corretto adempimento anche di quelle ulteriori prestazioni

(il global service) che dovranno essere rese da imprese associate nel decennio successivo al perfezionamento dei lavori.

Proprio il profilo di incongruità denunciato per il servizio pulizia, peraltro, era espressamente preso in considerazione dal § 6.1.6., lettera c), delle Istruzioni, che, “nel caso che le risorse umane non risultino congruenti con la consistenza del servizio” prevedeva una riduzione ad un terzo del punteggio ottenuto per tale componente dell’offerta tecnica (ma in concreto per questa voce la CMC ha ricevuto zero punti) e non già l’esclusione dell’offerta.

Non può sostenersi, d’altra parte, che l’offerta della ricorrente risultasse la più vantaggiosa per l’Università.

In un appalto misto e complesso, che richiede offerte unitarie, la convenienza economica non può che essere riferita all’insieme delle componenti oggetto di valutazione (ed infatti il PRF, prezzo di raffronto, nel caso in esame, è unico).

Secondo una valutazione complessiva, certamente approssimativa ma che avvalorava l’assenza di significative irrazionalità nel sistema di valutazione previsto dal bando, può sottolinearsi come la ricorrente abbia presentato una migliore offerta tecnica, ottenendo per tale componente un punteggio più alto (di quasi il 9%) della concorrente, ed un’offerta economica più costosa (di quasi il 9%) della concorrente, ottenendo per tale componente un punteggio più basso, così che la maggiore incidenza percentuale (60%) della seconda componente ha determinato la prevalenza finale della controinteressata nel punteggio complessivo. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). L’appellante ha censurato la illogicità insita nei criteri di attribuzione dei punteggi, lamentando che il prezzo di raffronto (PRF) – sulla base del quale è stato attribuito il punteggio per l’offerta economica – sia stato formato con tutte le voci di prezzo costituenti l’offerta economica senza alcuna distinzione tra la voce relativa alla prestazione principale (la esecuzione dei lavori) e quella delle altre prestazioni accessorie, come i servizi di Global Service; lamenta cioè che l’attribuzione dei punteggi sia stata disposta non in modo ponderale ma assumendo una fungibilità sostanziale tra le diverse voci di prezzo. La deduzione di siffatta censura da parte dell’appellante è motivata dalla circostanza che questa, pur avendo riportato il punteggio più alto per l’offerta tecnica, e pur avendo offerto il prezzo più vantaggioso per la esecuzione dei lavori, si è vista scavalcare dal raggruppamento CMC solo in virtù dello

straordinario ribasso concernente i servizi di pulizia e di riscaldamento, oltre che per aver accettato la dilazione di pagamento degli 11 milioni di euro senza interessi. Il motivo di doglianza è infondato. Diversamente da quanto prospettato dall'appellante, non sembra affatto illogico che la stazione appaltante, una volta che si è garantita un certo livello di qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto attraverso la previsione della soglia minima di 700 punti per l'"offerta tecnica", abbia poi posto sullo stesso piano ed attribuito lo stesso peso alle varie voci che compongono l'offerta economica. È invece arbitraria la pretesa dell'appellante di voler considerare talune prestazioni più importanti delle altre, per la ragione che nessuna indicazione in tal senso si può ricavare dalla impostazione della gara. E se è vero che la graduazione di valore tra le varie prestazioni non può che rientrare nella sfera discrezionale della stazione appaltante, è indubbio che nella fattispecie l'interesse prioritario della Università (accanto a quello di garantirsi una certa "qualità tecnica") è stato quello di risparmiare sulla spesa globale; sì che tutti i prezzi offerti per le varie prestazioni non potevano che concorrere in eguale modo a definire i termini dell'offerta economica.

Fermo restando in ogni caso – come ha puntualmente osservato il primo Giudice – che la netta prevalenza dell'importo economico dei lavori (previsto dal bando in 55 milioni di euro) rispetto a quello del Global Service (previsto in 10,8 milioni di euro) già comportava di per sé «una correlativa differenziazione del rispettivo peso di tali due componenti nel punteggio globale». (*Omissis*).

La asserita anomalia dell'offerta economica di CMC, avuto riguardo alla rinuncia a percepire interessi sul pagamento differito, e soprattutto ai prezzi offerti per il Global Service, e segnatamente per i servizi di riscaldamento e di pulizie per i primi dieci anni che, secondo la prospettazione dell'appellante, sarebbero incongrui e antieconomici, rappresenta il tema centrale del contendere e su di esso convergono più d'un motivo di gravame.

Le questioni poste all'attenzione del Collegio possono essere così riassunte:

- a) se effettivamente talune delle componenti della offerta economica debbano ritenersi incongrue;
- b) se alla stregua del bando di gara fosse prevista la possibilità di verificare l'anomalia dell'offerta;
- c) se le incongruità riscontrate siano tali da richiedere il procedimento di verifica della anomalia.

Per esattamente valutare il rilievo delle censure prospettate dal raggruppamento Todini, con riferimento alla asserita anomalia dell'offerta CMC, si deve precisare: che a fronte di una previsione del bando che quantificava in 10.800.000 euro il prezzo dei servizi di Global Service, e

a fronte di una offerta Todini di 10.798.920 euro, l'offerta di CMC è stata di 5.722.308 euro (di cui 2891.680 per riscaldamento e 1122.308 per pulizie);

- che mentre Todini ha offerto la semestralità relativa alla dilazione di pagamento, nella misura di 712.300,97 euro, comprensiva di un interesse pari a 5,20%, CMC ha offerto 500.000 euro (senza aggiunta di interessi) con il risultato che in termini di "valore convenzionale attualizzato" l'offerta Todini corrisponde a 11.550.418,46 euro, e quella di CMC a 8.918.603,84 euro.

Ciò posto, quanto al quesito sub a) appare difficile negare che i prezzi offerti da CMC per il servizio riscaldamento e per il servizio pulizie siano immuni dal sospetto di anomalia, tenuto conto che il ribasso offerto con riferimento al Global Service è stato pari a circa il 50% dell'importo a base d'asta (già ridotto dall'Università degli originari 15.5 milioni di euro a circa 10,8 milioni).

Ad avviso del Collegio non risultano positivamente contrastati i rilievi dell'appellante secondo cui il prezzo offerto da CMC per il servizio riscaldamento basterebbe appena per l'acquisto della materia prima, mentre per il servizio pulizie, alla luce del prezzo offerto, ciascun addetto sarebbe chiamato a pulire una superficie del tutto sproporzionata rispetto alle possibilità lavorative.

In realtà, che i prezzi offerti da CMC per i servizi riscaldamento e pulizie siano sottostimati è ammesso dalla stessa difesa dell'Università laddove riconosce all'offerente «la libertà di comparare i suoi costi in modo da compensare le possibili perdite su una voce di costo con i guadagni su altre voci, per cui CMC può legittimamente avere accettato riduzioni di prezzo sul Global Service in vista di maggiori vantaggi sulle entrate per la costruzione».

Analoghe considerazioni possono essere sviluppate con riferimento alle condizioni offerte da CMC per il pagamento differito di 11 milioni di euro, perché l'applicazione sulla rateazione decennale di un tasso di interesse pari a zero è al di fuori delle normali regole del mercato bancario e rende pertanto inattendibile la relativa offerta.

In conclusione si può convenire con l'appellante che l'offerta economica CMC, con riguardo alle componenti ora esaminate, presentava elementi di incongruità.

Passando ad esaminare se l'Università fosse tenuta, sulla base della disciplina vigente, a verificare l'eventuale anomalia dell'offerta, si può altresì concordare con l'appellante che il richiamo, contenuto nella lettera di invito, alla osservanza «della normativa comunitaria e di quella nazionale, cioè della Direttiva 93/37 e del D.Lgs. 157/95» implicasse l'applicabilità, da una parte, dell'art. 30 della Direttiva, e, dall'altra, dell'art. 25 del D.Lgs., norme entrambe specificamente dedicate alla

verifica della anomalia delle offerte anormalmente basse, rispettivamente negli appalti pubblici di lavori e di servizi.

Deve in particolare riconoscersi che la fattispecie in esame rientra nella disciplina dell'art. 30 della Direttiva 93/97, la quale non solo non fa distinzione tra appalti aggiudicati con il criterio del massimo ribasso e appalti aggiudicati (come nella specie) con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa; ma altresì perché non fa riferimento ad alcuna soglia di anomalia.

Si può altresì seguire l'appellante allorché rileva che la verifica della anomalia dell'offerta deve considerarsi principio di carattere generale negli appalti pubblici dei lavori, come ha riconosciuto la stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici con determinazione 16 maggio 2002, n. 9); e che essa può essere applicata pur in assenza di una esplicita previsione della disciplina di gara.

Se dunque, alla stregua delle considerazioni che precedono, l'offerta economica di CMC era sospettabile di anomalia con riferimento ai profili esaminati, e se inoltre deve riconoscersi che l'Università avesse nell'ambito della gara "de qua" il potere di verificare la eventuale anomalia dell'offerta, nondimeno ritiene il Collegio che correttamente non si è proceduto a tale verifica dal momento che l'anomalia era circoscritta solo alle componenti relative al Global Service e alla dilazione di pagamento, ma non investiva l'offerta stessa nella sua globalità.

Come ha correttamente rilevato la sentenza impugnata, la verifica della anomalia, laddove è puntualmente disciplinata come negli appalti di lavori, a norma dell'art. 21, comma 1 bis, L. n. 109/1994, presuppone sempre che l'anomalia (desunta dallo scostamento rispetto alla media dei ribassi) riguardi l'offerta complessiva; e solo a tale condizione si può passare all'analisi delle singole componenti.

Né può sostenersi l'autonomia delle diverse componenti dell'offerta – e particolarmente del Global Service rispetto alla esecuzione dei lavori –, e conseguentemente pretendere di valutare la vantaggiosità dell'offerta economica in modo frazionato, essendo incontestabile il carattere unitario della gara. Come è comprovato dal fatto che la stazione appaltante ha voluto affidare allo stesso soggetto la realizzazione della sede della nuova Facoltà e la sua gestione per un decennio; che la valutazione delle offerte economiche è stata operata sulla base del cd. prezzo di raffronto (PRF), ossia del prezzo complessivo offerto dai concorrenti per l'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto dell'appalto; che infine tutte le imprese associate nel raggruppamento sono tutte corresponsabili degli eventuali inadempimenti delle altre e garantiscono la conclusione di tutte le prestazioni dovute.

Ove dunque si consideri l'offerta economica CMC nella sua globalità – conformemente al carattere unitario dell'appalto – non è dato ravvisa-

re alcuna incongruità nei prezzi offerti dalla stessa; né del resto lo stesso raggruppamento appellante ha mai preteso di qualificare anomala la offerta CMC, intesa come importo complessivo.

E ciò non solo perché lo scarto tra il PRF del raggruppamento Todini e quello di CMC non è così marcato da far dubitare della congruità di quest'ultimo, ma soprattutto per la considerazione che il maggior prezzo offerto da Todini è pienamente giustificato dalla migliore qualità della sua proposta tecnica, per la quale aveva superato nettamente nel punteggio CMC (con punti 849,1 a 760).

In definitiva le censure che si appuntano sulle incongruenze di talune componenti dell'offerta economica sono prive di pregio dal momento che tali incongruità non si sono riversate sulla offerta complessiva rendendola sospetta di anomalia. Né può essere disconosciuta all'offerente la libertà di bilanciare i suoi costi in modo da compensare possibili perdite per una componente con i guadagni attesi per altre. (*Omissis*).

(I-II) Il contratto di *global service*: brevi riflessioni in tema di aggiudicazione del contratto misto.

1. La controversia in esame ha origine da un'iniziativa negoziale assai articolata, attraverso la quale l'Università di Perugia ha inteso procedere all'affidamento unitario della progettazione esecutiva e costruzione della nuova facoltà di Medicina e Chirurgia nonché di tutte le attività a carattere manutentivo relative al decennio successivo alla conclusione dei lavori. A prima vista l'oggetto dell'appalto si presenta dunque scandito in due componenti principali: una evidentemente afferente al settore dei lavori (l'attività di progettazione e costruzione), l'altra dal carattere assai più composito, indicata come «servizio di *global service*». Con quest'ultima locuzione la stazione appaltante ha voluto individuare un insieme di prestazioni eterogenee dal punto di vista del settore di pertinenza (essenzialmente lavori e servizi), ma allo stesso tempo accomunate da un'identica finalità manutentiva.

Il *global service*, in altri termini, costituisce nella vicenda in esame una "frazione" (complessivamente qualificata in termini di servizi) di un'operazione negoziale più ampia, nell'ambito della quale la costruzione dell'immobile (oggetto della futura manutenzione) riveste un rilievo assolutamente preminente.

Si tratta quindi di una fattispecie particolarmente composita, che in primo luogo comprende un nucleo di prestazioni connesse all'edificazione dell'immobile, preliminari ad ogni iniziativa manutentiva, e pacificamente afferenti alla categoria pubblicistica dei lavori. Al fianco di tale componente si pone poi un insieme eterogeneo di prestazioni finalizzate alla conduzione e manutenzione del bene, le quali, pur manifestando al loro interno una

prevalente natura di servizi, comprendono anche attività minoritarie di lavori (corrispondenti per lo più agli interventi strettamente manutentivi). Nel suo complesso, quindi, l'appalto manifesta un carattere doppiamente misto: non solo i lavori di progettazione e costruzione convivono con il "servizio" di *global service*, ma quest'ultimo si articola anche, a sua volta, in un insieme di attività variamente riconducibili alle nozioni di lavori e servizi.

Una simile strutturazione del bando appare a tutt'oggi alquanto inusuale, in considerazione del fatto che la formula del *global service* viene per lo più sperimentata per assolvere alle esigenze manutentive di edifici già costruiti. Essa, in altre parole, difficilmente si presenta come "frammento" di una più ampia fattispecie contrattuale, costituendo per lo più l'oggetto esclusivo (ma a sua volta composito) di autonome iniziative di affidamento. In questi casi la dottrina ⁽¹⁾ e la giurisprudenza ⁽²⁾ non hanno esitato a parlare di appalto misto, alludendo alla difficoltà di ricondurre il contenuto negoziale del *global service* nell'ambito di un'unico settore di pertinenza, e dunque di individuare per le suddette fattispecie la corrispondente disciplina pubblicistica di riferimento. Consultando le più recenti raccolte giurisprudenziali ci si imbatte in un vivace dibattito sul problema dell'individuazione della procedura di affidamento relativa a tale contratto ⁽³⁾, o meglio, a seguito dell'unificazione realizzata dalla direttiva 18/2004, sul limite soglia da considerare a fronte di un contenuto che, pur gravitando intorno all'obiettivo unitario della efficiente manutenzione, comprende prestazioni appartenenti a diverse categorie settoriali. Il *global service*

⁽¹⁾ In particolare si veda DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in corso di pubblicazione nei quaderni della Spisa, Bononia Università Press; DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; CURCIO, *Global service*, Milano, 2005; CAPUTO, *Global service e tutela della concorrenza*, in *Urb. e appalti*, 2005, 12, 1475; CARTA, *Gli appalti di lavori servizi e forniture anche con riferimento alla figura del global service*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 535; PERFETTI, *Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato*, in *Urb. e appalti*, 2000, 1, 64; CAROSI, *Global service e pubblica amministrazione*, in *App. urb. ed.*, 1998, 198; FALSONE, *Appalti misti e global service*, in *Nuove autonomie*, 2004, II, 5-6, 8; PITTALIS, *Il global service nel quadro degli appalti di servizi*, in *Giust. amm.*, 2002, 956; MELE, *Global service: la responsabilità e i controlli dell'Ente pubblico committente*, in *Nuova rass.*, 2001, 907; PONTI, *Il global service quale strumento di gestione del patrimonio immobiliare*, in *Nuova rass.*, 2003, 1854.

⁽²⁾ Vedi *infra* nota 3.

⁽³⁾ La giurisprudenza che si cimenta nella qualificazione del *global service* in termini di appalto di lavori o servizi risulta a tutt'oggi estremamente copiosa, oltre che caratterizzata dall'assoluta eterogeneità delle conclusioni di volta in volta raggiunte. Da ultimo si veda: TAR Puglia, sez. I, 19 febbraio 2007, n. 475, in *www.appaltiecontratti.it*; Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 537, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 347; Cons. St., sez. V, 23 agosto 2004, n. 5572, in *Urb. e appalti*, 2005, 1, 67; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1557, in *Foro amm.-Cons. Stato*,

ha cioè sinora sollecitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza soprattutto in relazione all'esigenza di far corrispondere al carattere misto del contenuto negoziale una univoca disciplina dell'evidenza pubblica ⁽⁴⁾.

Sul tema, come è noto, si sono avvicinate due alternative interpretazioni, le quali rispettivamente assegnavano un ruolo dirimente al valore economico delle singole componenti prestazionali ⁽⁵⁾ ovvero al carattere accessorio o funzionalmente prevalente di ciascuna di queste nell'economia complessiva della fattispecie ⁽⁶⁾. Sul punto è opportunamente intervenuto il

2004, 8484; TAR Puglia, sez. II, 14 giugno 2004, n. 3721, in *www.appaltiecontratti.it*, Cons. St., sez. III, 11 marzo 2003, n. 525 in *Cons. Stato*, 2003, 2435; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2002, n. 5121, in *Giur. civ.*, 2003, 1383; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2001, 1166; Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680, in *Urb.e appalti*, 1991, 11, 781.

⁽⁴⁾ Più recentemente sul problema dell'individuazione della procedura di gara da seguire in caso di appalto misto si veda GAROFOLI, *Appalti pubblici misti*, in GAROFOLI, SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 35; GRECO, *La qualificazione degli appalti pubblici a causa mista tra diritto interno e diritto comunitario: verso un sindacato sulla funzionalità prevalente del contratto*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, IV, 2005, 1119; DUGATO, *I contratti misti*, cit.; DELLA PORTA, *Appalti misti e disciplina di settore*, in *Contr. Stato. enti pubbl.*, 2004, 357; PERFETTO, *Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato*, in *Urb. e appalti*, 2000, 1, 66; CARTA, *Gli appalti di lavori, servizi e forniture*, cit., 535.

⁽⁵⁾ Il riferimento è all'art. 1, l. 18 dicembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni *ter*), in cui si stabiliva che «nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando compendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano un valore economico superiore al 50 per cento». Per un'applicazione concreta del suddetto parametro economico si veda TAR Calabria, 9 giugno 2000, n. 856, in *T.A.R.*, 2000, 4150; Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3847, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1802.

⁽⁶⁾ A seguito delle posizioni critiche espresse dalla Corte di Giustizia (Corte Giust. CE, 19 aprile 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 1258), la legge comunitaria per il 2004 aveva previsto l'adozione del criterio qualitativo della prevalenza funzionale, espressamente formulato nella successiva l.n. 62/2005, che all'art. 24 recitava «nei contratti misti di lavori forniture e servizi e nei contratti di forniture e servizi quando comprendono lavori si applicano le disposizioni della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50%. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto». Tale previsione è stata abrogata e sostituita dall'art. 14 del d.lgs 163/2006 che ne ripropone integralmente il contenuto. Tra le pronunce che, prima dell'emanazione del codice dei contratti, già applicavano il criterio funzionale cfr. Cons. St., sez. V, 8 marzo 2006, n. 1218, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 863; TAR Liguria, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 155, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 371; Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 3000; TAR Veneto, sez. I, 11 febbraio 1997, n. 363, in *Foro amm.-T.A.R.*, 1997, 2398 in cui si riconosce come «nel c.d. contratto misto di servizi ed opere la prevalenza dell'oggetto della prestazione, e la conse-

legislatore del 2006, il quale ha posto fine ad un annoso conflitto tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario⁽⁷⁾, realizzando all'art. 14, d.lgs.163/2006 un'efficace sintesi tra i due criteri appena ricordati, quello economico/quantitativo e quello filocomunitario della prevalenza funzionale. Si stabilisce infatti nel suddetto articolo che, in caso di appalto misto comprendente prestazioni di servizi e lavori, si debba far riferimento, ai fini della qualificazione della fattispecie, alla componente prevalente sul piano economico, a meno che questa non rivesta sul piano funzionale un ruolo meramente accessorio. Si è adottata quindi una soluzione di compromesso, che dovrebbe scongiurare sia i pericoli connessi ad un'arbitraria valutazione qualitativa in termini di accessorietà/prevalenza, sia il rischio di una qualificazione eccessivamente formalistica, inidonea a rendere conto della reale fisionomia negoziale della fattispecie mista.

Se queste sono le problematiche che hanno sinora monopolizzato la giurisprudenza in materia di *global service*, occorre evidenziare come esse non trovino un preciso riscontro nella pronuncia in esame, dal momento che, come si è detto, nell'architettura interna del bando, il *global service* costituisce una semplice frazione (minoritaria, oltre che a sua volta mista) di una più ampia iniziativa di affidamento, pacificamente qualificabile in ter-

guente sussunzione del medesimo alla normativa servizi ovvero sui lavori, deve fondarsi non sulla prevalenza economica bensì sull'endiadi costituita dall'accessorietà (...) delle prestazioni e della pregnanza qualitativa dell'oggetto contrattuale stesso».

⁽⁷⁾ Il criterio quantitativo fissato dalla Merloni *ter* ha determinato l'apertura di una procedura di infrazione (n. 2001/2182) nei confronti dell'Italia, a causa del contrasto con il criterio funzionale previsto dal sedicesimo considerando della c.d. direttiva servizi (successivamente ribadito dall'art. 1 lett d), dir. 18/2004/CE). Ciò nonostante l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nel dettare indicazioni in merito alla stesura dei bandi di gara per l'affidamento dei contratti di *global service* (determinazione n. 13/1999 GURI del 6 novembre 2002, 260) di fatto aveva ribadito la vigenza del criterio della prevalenza economica. Del resto anche il legislatore, in sede di riforma della legge sui lavori pubblici (cioè con l'emanazione della l.n. 166/2002 c.d. Merloni *quater*), manifestava un palese disinteresse rispetto al contrasto censurato dalla Commissione, riproponendo espressamente il criterio quantitativo (art. 8 comma 11 *septies*). A fronte del perdurante conflitto tra la normativa nazionale e quella comunitaria, nel 2004 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti aveva emanato la circolare n. 2316 recante la "disciplina dei contratti misti negli appalti pubblici misti di lavori forniture e servizi" (in *Gazz. Uff.* 3 aprile 2004, n. 79): con tale provvedimento, nelle more dell'adozione di una specifica iniziativa di adeguamento normativo le amministrazioni aggiudicatrici sono state invitate a tenere conto, in caso di appalti misti, anche del criterio qualitativo dell'accessorietà funzionale. Per una ricostruzione accurata delle suddette vicende si veda GENTILE, VARLARO, SINISI, *Appalti misti: con la circolare ministeriale l'Italia si allinea all'Europa*, in *Urb. e appalti*, 2004, 6, 632, nonché la puntuale disamina svolta in TAR Puglia, sez. I, 19 febbraio 2007, n. 475, cit.

mini di appalto di lavori ⁽⁸⁾. In questo caso non si tratta perciò di individuare la disciplina pubblicistica applicabile ad un appalto di *global service*, giacché, a ben vedere, non è questa la fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio, ma piuttosto quella di contratto misto con prevalenza di lavori, ulteriormente caratterizzato dalla scomponibilità di una delle sue componenti (quella appunto dei "servizi di *global service*") in una serie di prestazioni dalla diversa connotazione settoriale. Si tratta dunque certamente di un appalto misto, ma non di un autonomo appalto misto di *global service*.

I tratti salienti della fattispecie controversa riguardano essenzialmente il criterio di aggiudicazione prescelto, cioè quello semiautomatico dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si tratta, come è noto, di un metodo di origine comunitaria, attraverso il quale la stazione appaltante, anziché limitarsi ad un semplice giudizio di convenienza su base meramente economica, effettua, per ciascuna offerta, una valutazione contestuale tra il dato economico e quello tecnico, il cui peso relativo sia stato preventivamente determinato in sede di redazione del bando.

I margini di discrezionalità insiti in tale criterio sono ovviamente assai ampi, tanto da aver suscitato in ambito nazionale un radicato atteggiamento di diffidenza. È chiaro infatti che il metodo non automatico, se da un lato attribuisce alla commissione aggiudicatrice un potere di valutazione particolarmente penetrante, dall'altro sembra esporre le imprese concorrenti al rischio di una progressiva insindacabilità delle aggiudicazioni ⁽⁹⁾.

Il timore di una inarrestabile deriva verso l'arbitrarietà degli esiti delle gare ha pertanto suggerito al legislatore degli anni '90 ⁽¹⁰⁾ di circoscriverne

⁽⁸⁾ Dalla lettura del bando di gara (GUCE del 9 luglio 2005, n. 131) la prevalenza della componente lavori risulta inequivocabile sia sul piano funzionale che su quello economico. L'importo a base della gara dei lavori risulta infatti pari a 55.900 000 EUR mentre quello del "servizio" di *global service* raggiunge appena i 15 600 000 EUR. Sembra dunque ineccepibile la qualificazione in termini di appalto di lavori adottata dalla stazione appaltante in sede di redazione del bando.

⁽⁹⁾ I rischi connessi ad un utilizzo generalizzato del metodo non automatico sono stati particolarmente avvertiti dalla dottrina spagnola: sul punto vedi PARADA, *Derecho administrativo*, Madrid, 2003, 274 e 309, in cui si sottolinea che «*los operadores jurídicos dispondrán en todo caso de un amplio, un excesivo margen para el arbitrio*».

⁽¹⁰⁾ Va in proposito ricordato che per gli appalti di lavori la l.n. 109/1994 aveva inizialmente espresso un nettissimo sfavore verso tale criterio, ammesso solo nel caso di concessione di lavori pubblici e di appalto concorso, cioè nei casi in cui fosse indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti. La preferenza per il criterio automatico facilmente si comprende alla luce degli intenti di moralizzazione sottesi all'elaborazione di tale legge quadro, che infatti contestualmente formulava il divieto di revisione dei prezzi (art. 26) e realizzava un significativo irrigidimento del regime delle varianti in corso d'opera (art. 25). La riforma operata con la suddetta legge quadro interveniva dunque restrittivamente in un contesto normativo improntato alla piena equiparazione tra il metodo automatico e quello multicriterio,

sensibilmente, almeno in materia di lavori ⁽¹¹⁾, la praticabilità, discostandosi così dall'impostazione estensiva caratterizzante la normativa comunitaria. Il contrasto tra i due ordinamenti è stato assai dibattuto, sia in dottrina ⁽¹²⁾ che in giurisprudenza ⁽¹³⁾, fino a raggiungere una definitiva composizione

come emerge dall'art. 24, comma 1, lett. b), della l. 8 agosto 1977, n. 584, (emanata in recepimento della direttiva 71/305/CE), che non imponeva alcuna limitazione alle procedure di gara in cui poter applicare il nuovo criterio non economico. Tale livello di apertura non verrà successivamente raggiunto neanche con la c.d. Merloni *quater* (l. n. 166/2002) che pure ampia parzialmente lo spettro applicativo del criterio semiautomatico, prevedendo che l'aggiudicazione mediante pubblico incanto o licitazione privata possa essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (...) nel caso di appalti che, oltre a superare la soglia comunitaria, fossero ulteriormente caratterizzati dalla «prevalenza della componente tecnologica» o da una «particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali» tale da far presupporre che «la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore». Per adottare il criterio non automatico al di fuori delle fattispecie di concessione o di appalto concorso risultava dunque necessario, in base al summenzionato testo di legge (oggi abrogato dal d.lgs. 163/2006) che l'appalto raggiungesse un elevato valore economico, e contestualmente presentasse un significativo grado di complessità tecnica.

⁽¹¹⁾ In materia di servizi e forniture la normativa nazionale anteriore al codice dei contratti, conformemente a quella comunitaria, non imponeva alcuna limitazione al ricorso al metodo non automatico (cfr. art. 23 e art. 19 lett. b) d.lgs n. 157/1995 d.lgs. n. 358/1992). Il presupposto di una tale differenza di regime tra il settore dei lavori e quello dei servizi e delle forniture risiedeva nella convinzione che gli ultimi due settori fossero sempre «caratterizzati da un maggiore rilievo dell'aspetto qualitativo e progettuale dell'offerta, a fronte delle opere, che si devono comunque realizzare in conformità alla progettazione preventivamente indicata dall'amministrazione»; in realtà, come evidenziato da un'attenta dottrina «in concreto è ben possibile ipotizzare servizi e forniture semplici, ancorché non definiti in capitoli tecnici e, al contrario, si possono individuare opere a struttura molto complessa, per le quali l'aspetto economico del prezzo assume davvero un rilievo secondario» (così LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e appalti*, 2007, 1, 8).

⁽¹²⁾ In particolare si veda DI LIETO, *Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 2423; TACCOGNA, *Criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici e concorrenza, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 2801; BERCELLI, *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ed il principio comunitario di concorrenza effettiva*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 3239; SANTI, *I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale*, in *Rass. avv. Stato*, 2005, 1, 15; DE NICCOLIS, *La Corte CE e l'art. 21 della legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urb. e appalti*, 2004, 11, 1272; DEGNI, *Il criterio del prezzo più basso e l'aggiudicazione degli appalti di lavori: la svolta viene dalla Corte di Giustizia*, in *Giust. amm.*, 2004, 897; LOTTINI, *Appalti comunitari: sull'ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Urb. e appalti*, 2004, 12, 1385.

⁽¹³⁾ A far emergere tale conflitto fu la vicenda di una società concessionaria del

con il recente codice dei contratti, che all'art. 81 espressamente riconosce per tutti i settori la piena alternatività tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello tradizionale del prezzo più basso ⁽¹⁴⁾.

Nella vicenda in esame l'oggetto delle censure non si concentra propriamente sul criterio di aggiudicazione prescelto, ma piuttosto sul tema, meno frequentato, della corretta applicazione del metodo non automatico a fattispecie negoziali evidentemente miste. In particolare la ricorrente contesta la scelta dell'Università appaltante di non riconoscere all'interno del

Comune di Brescia (Sintesi s.p.a.), che, pur soggetta all'osservanza delle norme della Merloni, stabili (in qualità di stazione appaltante) di utilizzare nell'ambito di una procedura di licitazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in luogo di quello automatico imposto dalla legge nazionale a fronte del ricorso alla suddetta procedura di gara. Una delle ditte invitate alla licitazione contestò la legittimità di una simile previsione, ritenendo che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non trovasse riscontro nella vigente normativa sulla licitazione privata per l'affidamento di lavori pubblici. Su tale contestazione venne interpellata l'Autorità di Vigilanza, che intervenne con la determinazione n. 53 del 7 dicembre 2000 (in *Gazz. Uff.*, n. 301 del 28 dicembre 2000) chiarendo che la legislazione nazionale, in quanto più restrittiva, risultava comunque compatibile con il diritto comunitario. La società appaltante a questo punto decise di ricorrere per l'annullamento della determinazione, denunciando quale motivo di censura la «violazione di legge per inosservanza dell'art. 30, paragrafo 1 della direttiva 93/37». Al TAR Lombardia non restò dunque che attivare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, la quale con la sentenza *Sintesi s.p.a.* C-247 del 7 ottobre 2004 in *Raccolta*, 2004, 9215, chiarì che l'art. 30, dir. 93/37 «osta ad una normativa nazionale che (...) imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso. La fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (per una accurata ricostruzione delle suddette vicende si veda TAR Puglia, 9 febbraio 2007, n. 475, cit.).

⁽¹⁴⁾ L'art. 81d.lgs. n. 163/2006 prevede infatti che «nei contratti pubblici (...) la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta». Il codice dunque ratifica la regola dell'equivalenza tra i due criteri, già formulata dalla Corte di Giustizia nel 2004, ed espressamente riconosciuta nel 2005 dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 4 gennaio 2005, n. 2, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 154, in cui si riconosce che «sono illegittime le norme interne che pretendono di imporre *ex ante* alle stazioni appaltanti l'uno o l'altro criterio»). In dottrina cfr. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, cit.; PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e appalti*, 2004, 7, 755.

parametro “prezzo” un peso particolarmente significativo alla componente prestazionale strategicamente più rilevante, nel caso specifico quella dei lavori. Nell’ottica dell’impresa non aggiudicataria l’attribuzione dei punteggi avrebbe invece dovuto necessariamente tener conto del diverso peso funzionale delle varie prestazioni, in modo da evitare che il punteggio relativo a componenti marginali (nel caso in esame il servizio calore e il servizio pulizia) potesse di fatto risultare determinante ai fini dell’aggiudicazione.

In realtà simili prospettazioni risultano sul piano giuridico assolutamente infondate. In primo luogo infatti si rileva come la nozione di “prestazione strategicamente più importante” non possa vantare alcun preciso riscontro normativo, e dunque neppure dei confini semantici sufficientemente precisi. La ricorrente, nel coniare tale controversa locuzione, sembra piuttosto essersi impropriamente ispirata al concetto di prevalenza funzionale utilizzato [anche prima del d.lgs.163/2006 ⁽¹⁵⁾] ai fini dell’individuazione della procedura di gara esperibile in caso di appalto misto. Le due situazioni però non sembrano in alcun modo comparabili. Nel secondo caso infatti il ricorso alla prevalenza funzionale discende da un’esigenza ineludibile, ovvero quella di far corrispondere al carattere misto del contenuto negoziale, una univoca disciplina pubblicistica di riferimento ⁽¹⁶⁾. Nel contesto della controversia in esame non si rinviene invece alcuna necessità di operare un delicato, nonché potenzialmente arbitrario, giudizio comparativo sull’importanza strategica delle diverse prestazioni.

La posizione dal Collegio risulta pertanto esattamente antitetica rispetto a quella espressa dalla ricorrente. La discrezionalità insita nel metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, si esplica, a detta dei giudici, lungo due autonome direttrici: quella relativa alla possibilità di individuare e modulare autonomamente parametri tecnici ed economici, e quella ulteriore connessa alla facoltà di stabilire, in caso di appalto misto, il peso da attribuirsi (in sede di valutazione di ciascun parametro) alle diverse prestazioni dedotte in contratto. Sul punto concorda del resto

⁽¹⁵⁾ Come si è detto è con la l. n. 62/2005 che il criterio funzionale viene espressamente adottato dal legislatore nazionale per dirimere i problemi di qualificazione e disciplina dell’appalto pubblico misto, sanando così il contrasto con l’ordinamento comunitario sfociato nella procedura di infrazione n. 2001/2182. Per una ricostruzione più dettagliata della suddetta vicenda vedi *supra* nota 7.

⁽¹⁶⁾ Sul tema vedi GRECO, *Contratti misti e appalti comunitari*, cit., 1263 in cui si chiarisce come «nella procedura di evidenza pubblica la scelta non può che essere netta, almeno per tutti quei casi in cui la procedura medesima si diversifichi per “tipo” di contratto, ad esempio appalti di lavori, forniture di beni, concessioni di pubblici servizi *etc* (...). In tutti questi casi non si può infatti che individuare un’unica normativa applicabile essendo la stessa preordinata non già a le singole prestazioni diversificate, sebbene a risolvere un unico e indissolubile problema: quello della individuazione del contraente in un singolo contratto della Pubblica amministrazione, attraverso un’unica procedura».

anche lo stesso Consiglio di Stato ⁽¹⁷⁾, puntualmente interpellato dall'impresa non aggiudicataria. La sentenza di secondo grado, infatti, non esita a definire addirittura «arbitraria» la pretesa di imporre in termini generali una valutazione di importanza tra le prestazioni, così sottraendo all'amministrazione appaltante un significativo margine di esercizio discrezionale del potere.

Deve pertanto ritenersi senz'altro possibile prevedere l'attribuzione di un valore più che proporzionale alle voci di prezzo relative a determinate prestazioni, in considerazione della loro importanza, o della particolare ampiezza dei potenziali margini di risparmio. Quel che in proposito il Collegio intende sottolineare è piuttosto il fatto che ad una simile opzione non possano in alcun modo riconoscersi connotati di necessarietà. L'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, ben potrebbe alternativamente propendere per la piena fungibilità tra le diverse voci di prezzo (come nel caso di specie ha fatto l'Università di Perugia), o anche attribuire un peso più che proporzionale a voci relative a componenti funzionalmente o economicamente minoritarie.

Al di là delle ipotesi di determinazioni irragionevoli ⁽¹⁸⁾, e dunque illegittime, simili scelte sembrano doversi ascrivere in pieno all'area concettuale del merito, nell'ambito della quale, come è noto, si confrontano soluzioni identicamente legittime, ma non egualmente conformi al canone metagiuridico dell'opportunità ⁽¹⁹⁾. Sul punto si avrà modo di tornare più diffusamente nel prosieguo: quel che sin d'ora preme evidenziare è il nesso di coerenza interna che nella prospettiva promossa dal Collegio sussiste tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità nell'apprezzamento del peso da riconoscere, ai fini della determinazione del punteggio, alle diverse componenti del contratto misto. In quest'ottica non sembra esservi ragione per sacrificare le prerogative di elasticità insite nel c.d. metodo multicriterio, ovvero per appiattare le valutazioni dell'amministrazione su di un inverosimile parametro di rilevanza strategica.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cons. St., 23 aprile 2004, n. 1827 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁸⁾ In proposito si veda GAROFOLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 722 in cui si sostiene che vi sia «margine per un sindacato della scelta dell'amministrazione sotto il profilo dell'eccesso di potere (solo) ove vengano utilizzati elementi di valutazione palesemente illogici o incongrui rispetto agli oggetti e fini dell'appalto, ovvero sia illogica o incongrua la gradazione degli stessi».

⁽¹⁹⁾ Sul tema del rapporto tra legittimità e merito si veda CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in Santaniello (diretto da), Padova, 1993, 330, nonché, più recentemente, CHIEPPA, *Le differenze tra la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica della p.a. e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. e form.*, 2005, II, 1046, in cui si chiarisce che «la legittimità attiene alla rispondenza dell'atto alle regole giuridiche che governano l'esercizio del potere amministrativo, mentre il merito è costituito da prescrizioni non giuridiche, che indirizzano l'autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l'interesse pubblico tutelato».

Quanto sinora sostenuto appare ancora più evidente esaminando, anziché il fattore «prezzo» (rivelatosi determinante nella vicenda in esame), uno qualsiasi dei criteri tecnici riportati, a titolo esemplificativo⁽²⁰⁾, dal legislatore del 2006. Risulterebbe ad esempio del tutto logico, oltre che presumibilmente opportuno, attribuire in sede di valutazione del parametro del “pregio tecnico” una rilevanza maggiore a quelle prestazioni caratterizzate da un particolare livello di complessità tecnica e progettuale, a discapito di quelle che presentino un carattere pressoché standardizzato. Tutto ciò, è bene ribadirlo, a prescindere dalla complessiva prevalenza economica o funzionale della prestazione tecnicamente più avanzata. L'amministrazione dovrebbe cioè poter esercitare la propria discrezionalità non solo nel determinare l'incidenza del pregio tecnico nella computazione del punteggio complessivo di raffronto, ma anche nello stabilire l'importanza che ciascuna prestazione appaltata riveste ai fini della quantificazione complessiva del suddetto valore tecnico. Si tratterà evidentemente di una valutazione da effettuare caso per caso, o meglio “prestazione per prestazione”, non potendosi imporre in sede di attribuzione dei vari punteggi il rispetto di un non meglio individuato parametro di importanza strategica. Non potrà essere dunque un'astratta valutazione di prevalenza ad orientare le determinazioni dell'amministrazione, la quale dovrà piuttosto considerare

⁽²⁰⁾ Nel testo della legge quadro anteriore alla c.d. Merloni *ter* l'elenco degli elementi di valutazione dell'offerta risultava, secondo l'interpretazione della dottrina maggioritaria, rigidamente tassativo: la discrezionalità dell'amministrazione non atteneva perciò alla scelta degli elementi da considerare, ma solo al peso relativo da attribuire agli stessi (*contra*: Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2001, 5517, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2001, 2817). La variabilità degli elementi valutativi è stata introdotta con la suddetta Merloni *ter*, e poi riproposta da tutte le successive leggi di riforma, sino a trovare la propria definitiva consacrazione nell'art. 83 del codice dei contratti, che espressamente parla di elenco a titolo «esemplificativo». La giurisprudenza peraltro ritiene, pressoché unanimemente, che il suddetto carattere esemplificativo, se di certo consente alla p.a. appaltante di considerare elementi ulteriori rispetto a quelli citati, non può comunque risolversi in una sorta di “discrezionalità sottrattiva, che consista nel non prendere in considerazione uno o più degli elementi indicati legislativamente (così Cons. St., sez. VI, 31 luglio 2004, n. 422, in *Riv. trim. app.*, 2005, 1144 con nota di STUMPO; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7784, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 3273). Deve inoltre ritenersi che la possibilità di far riferimento a criteri ulteriori rispetto a quelli normativamente indicati non implichi che qualsiasi criterio possa essere preso in considerazione: il margine di scelta rimesso all'amministrazione risulta piuttosto limitato nel senso che i criteri adottati debbono essere collegati all'oggetto dell'appalto. Sul punto si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Darmon in Corte Giust. CE, 20 settembre 1988, 31/87, in *Giust. civ.*, 1990, I, 579; in dottrina, cfr. BAISTROCCHI, *Can the award of public contract be deemed to constitute State aid?*, in *Eur. comp. rev.*, 2003, 511, in cui si evidenzia come «the common point shared by all award criteria is that they must be related to the nature of the work which is the subject matter of the contract or the manner in which it is carried out».

il contenuto caratteristico di ciascuna attività appaltata, per determinare, e poi tradurre in termini percentuali, il significato e il rilievo assunti per ogni prestazione dagli obiettivi espressi dai vari elementi valutativi, tra i quali, ai sensi dell'art. 83, d.lgs. 163/2006, il pregio tecnico, la redditività, l'assistenza tecnica *etc.*..

La posizione del Collegio su questo primo nodo interpretativo sembra degna di particolare nota, non solo per la chiarezza delle argomentazioni svolte, ma anche per l'importanza che, alla luce delle recenti iniziative di riforma, il quesito esaminato sembra destinato ad assumere. Con la raggiunta equiparazione tra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello tradizionale del prezzo più basso ⁽²¹⁾, non pare cioè inverosimile prevedere che fattispecie come quella oggetto della presente disamina si presentino sempre più frequentemente, costringendo la giurisprudenza ad addentrarsi nel campo a tutt'oggi inesplorato ⁽²²⁾ della rilevanza ponderale delle diverse componenti del contratto misto.

Il metodo non automatico, sdoganato dal suo originario ruolo subalterno, promette infatti di manifestare le sue maggiori doti di funzionalità proprio sul terreno dei contratti misti, la cui complessità dovrebbe per lo più suggerire, in luogo del semplice giudizio sul risparmio, la valutazione contestuale di una pluralità di elementi tecnici ed economici. Peraltro, ad ulteriore conferma dell'attualità dei temi sinora trattati, non può tacersi un'ulteriore circostanza, ovvero il crescente interesse manifestato dai vari soggetti pubblici verso la sperimentazione di contratti atipici, caratterizzati proprio dall'eterogeneità del contenuto delle prestazioni dedotte.

Una volta superata, in via interpretativa, ogni impropria assimilazione tra la tipicità del provvedimento e quella del contratto ⁽²³⁾, l'amministrazio-

⁽²¹⁾ Sul punto vedi *supra*, nota 14.

⁽²²⁾ Si veda in proposito TAR Sicilia, sez. II, 25 luglio 2006, in *Giurisd. amm.*, 2006, 1514 in cui si riconosce, sia pure incidentalmente, la possibilità per la p.a. aggiudicatrice di determinare il peso ponderale da riconoscere alle componenti prestazionali costitutive dell'offerta.

⁽²³⁾ Chiarissima in questo senso è la posizione espressa da Cons. St., sez. V, 7 settembre 2001, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2001, 2380 in cui si afferma che «poiché non esiste alcuna identità tra il regime di tipicità dei provvedimenti amministrativi e quello di tipicità dei contratti, se in forza del principio di legalità vigente nel nostro ordinamento alla pubblica amministrazione è consentita l'adozione di soli provvedimenti che costituiscono l'espressione di una specifica attribuzione di potere, non perciò solo le è negata la generale libertà di contrattare ai sensi dell'art. 1322 c.c., sicché essa può avvalersi delle figure negoziali atipiche previste dalla legge ed anche concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali, onde nessuna censura può essere mossa alla pubblica amministrazione solo perché il negozio che essa intende stipulare non corrisponde ad una figura o ad un *nomen juris* tipici e predeterminati dal codice civile». In dottrina il riconoscimento teorico della

ne ha infatti ben presto individuato nelle fattispecie negoziali atipiche un efficace strumento per concretizzare, nell'area della c.d. attività consensuale, gli obiettivi apparentemente incompatibili del risparmio e dell'efficienza. In questo contesto si colloca il successo di formule negoziali come quella del *global service*, la quale, proprio in virtù del carattere onnicomprensivo della prestazione appaltata, non solo evita i costi di iniziative parcellizzate, ma garantisce anche un più razionale coordinamento delle prestazioni erogate.

Il ricorso alla contrattazione atipica solleva però, di contro, anche numerosi quesiti interpretativi. A fronte del riconoscimento in capo all'amministrazione della libertà di sperimentare, al pari di ogni contraente privato, fattispecie negoziali "inedite", sussiste pur sempre la necessità di raccordare l'esercizio di tale autonomia negoziale con il rispetto della copiosa normativa pubblicistica in tema di contratti. Gli sforzi interpretativi sinora profusi hanno interessato, come si è detto, soprattutto il tema dell'individuazione della procedura di gara più appropriata rispetto alla "composizione negoziale" del contratto misto, trascurando del tutto l'analisi di frangenti ulteriori, tra cui per l'appunto quelli relativi alla fase dell'aggiudicazione.

2. Sulla base di quanto sinora evidenziato, sembra di poter affermare che il contributo fornito dalla sentenza in analisi sia destinato a costituire un significativo punto di riferimento, anche in virtù della tensione argomentativa che sorregge tutto l'impianto della decisione, nella quale in Collegio non esita a pronunciarsi, sia pure incidentalmente, anche su tematiche non direttamente toccate dalle censure promosse dalla ricorrente.

In particolare, dopo aver dissipato i dubbi sulla possibile fungibilità tra le diverse voci di prezzo, i Giudici lasciano intendere che sarebbe stato egualmente infruttuoso per l'impresa non aggiudicataria il tentativo di contestare il peso specifico attribuito all'offerta tecnica (40%), oppure, in alternativa, il valore assegnato alla soglia minima della qualità tecnica, meglio conosciuta in giurisprudenza come clausola di sbarramento⁽²⁴⁾. In altre pa-

configurabilità dei contratti pubblici atipici è piuttosto risaltante, e in particolare si deve a ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1954, 466, il quale, pur propugnando la necessaria tipicità di ogni provvedimento, riconosce che «gli enti pubblici possono valersi per il conseguimento dei loro fini di tutti i contratti conosciuti dal diritto privato e possono anche ricorrere a figure che da questi si allontanano, ossia ai contratti misti e ai cosiddetti contratti innominati». Recentemente sul tema: DIPACE, *Partenariato pubblico privato*, cit.; DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, Milano, 1996; DE PRETIS, BENACCHIO, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Atti del seminario tenuto c/o la facoltà di Trento, Nov. Dic. 2004, Trento, 2005; MONTEODORO, *Il leasing pubblico e la capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *Dir. e form.*, 2003, 934.

⁽²⁴⁾ Prima dell'emanazione del codice dei contratti si registrava in giurisprudenza un vivace dibattito circa la legittimità di tali clausole di sbarramento, attraverso

role il Tar Umbria, nel respingere il primo motivo di ricorso, chiarisce come l'impresa non aggiudicataria, più qualificata dal punto di vista tecnico, neppure avrebbe potuto utilmente contestare il rapporto stabilito tra i criteri economici e tecnici, ovvero le rispettive percentuali del 60% e 40%. L'individuazione del punto di equilibrio tra i due elementi valutativi rientrerebbe infatti nell'area della discrezionalità tecnica, sindacabile solo a fronte di determinazioni manifestamente illogiche o incongrue. Questa conclusione, formulata, come si è detto, *ad abundantiam*, non sembra però del tutto convincente, quanto meno sul piano delle premesse teoriche da cui evidentemente discende.

Ad apparire controversa è infatti la stessa ascrivibilità della scelta in esame all'area della discrezionalità tecnica, piuttosto che a quella concettualmente distinguibile del merito amministrativo. Si tratta ovviamente di un tema capitale, che non potrà di certo in questa sede trovare un adeguato svolgimento. Volendo circoscrivere la prospettiva d'indagine alle tematiche oggetto della pronuncia in esame, occorre riconoscere come la posizione del Collegio umbro si collochi nell'ambito di un consolidato ⁽²⁵⁾,

le quali si determina l'esclusione dalla valutazione economica dei concorrenti che non raggiungano un determinato punteggio minimo in una delle voci tecniche indicate nel bando. L'orientamento favorevole evidenziava come la possibilità di introdurre tali meccanismi di esclusione andasse ricondotta nella più ampia posizione di discrezionalità che la p.a. esercita in sede di applicazione del metodo non automatico, il quale dovrebbe ammettere anche la possibilità di selezionare preventivamente le offerte su cui indirizzare la successiva valutazione in termini di prezzo (In questo senso: Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835, in *Giurisd. amm.*, 1602.; Cons. St., sez. V, 13 settembre 2005, n. 4692, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 2614; Cons. St., sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 814; TAR Veneto, sez. I, 3 settembre 2003, n. 4606, cit.). Di contro si rinviene una recente pronuncia (comunque anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006) che nega la legittimità di tali formule di sbarramento, in quanto lesive del principio secondo cui «in materia di esclusione da gare di appalto, deve prevalere l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione e selezione dei concorrenti, in vista del perseguimento dell'interesse dell'amministrazione al confronto tra le offerte ed alla scelta di quella più vantaggiosa» (così Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 476, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 327; in termini analoghi anche Cons. St. VI, 29 aprile 2002, n. 2284, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 1019). Il codice dei contratti introduce sul punto un significativo dato di certezza ammettendo, ovviamente per i bandi successivi alla sua entrata in vigore, la possibilità di prevedere soglie minime di sbarramento. Si legge infatti all'art. 83 comma 2 che «il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato».

⁽²⁵⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 21 settembre 2005, n. 4947, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2623, in cui si chiarisce che «è rimesso alla discrezionalità tecnica delle ammini-

anche se non del tutto univoco ⁽²⁶⁾, filone giurisprudenziale. A fronte delle censure relative ai rapporti di forza di volta in volta individuati tra i vari elementi valutativi, la giurisprudenza ha infatti per lo più sostenuto l'insindacabilità di tali determinazioni, proprio in quanto manifestazione dell'esercizio di discrezionalità tecnica.

Tale posizione presenta sul piano teorico dell'inquadramento della fattispecie qualche profilo di problematicità, nella misura in cui rischia di non distinguere diverse tappe in cui si snoda l'*iter* decisionale sotteso all'applicazione del metodo non automatico. Il percorso logico da ricostruire appare invero alquanto articolato: l'amministrazione, in particolare, dapprima stabilisce gli elementi valutativi da considerare, nonché la loro rispettiva incidenza percentuale, e poi, in un secondo momento, quantifica in termini di punteggio parziale il valore raggiunto dalle varie offerte, sfruttando le discipline tecniche e scientifiche di volta in volta utilizzabili. In primo luogo ad esempio si stabilirà l'importanza da riconoscere al valore del pregio tecnico, e successivamente si provvederà ad attribuire, offerta per offerta, un relativo punteggio, espressione di una serie di valutazioni di natura prevalentemente ingegneristica.

I due momenti non sembrano quindi facilmente assimilabili: solo nel secondo la p.a. attinge a quel patrimonio di regole scientifiche che caratterizza, secondo un pressochè unanime insegnamento ⁽²⁷⁾, il ricorso alla discrezionalità tecnica. Viceversa, nella fase preliminare, ovvero quella

strazioni, non sindacabile dal giudice di legittimità se non sotto i profili dell'irrazionalità o della disparità di trattamento tra i concorrenti, il potere di indicare il valore da dare in concreto a ciascun elemento di valutazione ed il rapporto tra essi».

⁽²⁶⁾ Vedi *infra* nota 27.

⁽²⁷⁾ Il contributo fondamentale all'individuazione dei contorni della nozione di discrezionalità tecnica si deve a Giannini, il quale parla di «scelta fatta sulla base di regole delle tecniche scientifiche o applicate, che si esprime in giudizi tecnici» (GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, 2, 109 in cui si evidenzia contestualmente la progressiva trasformazione della discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica. In termini analoghi Id., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988). Recentemente rinengono l'essenza della discrezionalità tecnica nella scientificità dei criteri valutativi adottati anche SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 401; SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 206; VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 99; CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 285. In giurisprudenza *ex multis* cfr. Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2002, 6575, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 2981, in cui sinteticamente si chiarisce che «la discrezionalità tecnica – diversa dal merito amministrativo – ricorre quando la p.a. per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta».

dell'individuazione e ponderazione dei diversi elementi valutativi, la p.a. sembra piuttosto applicare dei semplici principi di buona amministrazione, i quali potranno ad esempio suggerire, a seconda delle circostanze, di riconoscere al valore del risparmio (e dunque all'elemento prezzo) un peso più o meno preponderante rispetto a quello del pregio tecnico o estetico dell'opera appaltata. L'individuazione del baricentro ottimale tra qualità e risparmio sembra cioè una tipica scelta di opportunità, pertanto sottratta, al di fuori di eventuali sconfinamenti nell'illegittimità, al sindacato del giudice amministrativo⁽²⁸⁾. Sul punto sembra convergere anche lo stesso Consiglio di Stato, laddove in sede di appello ricostruisce la graduazione di valore tra le varie prestazioni come il frutto della ponderazione tra interessi potenzialmente confliggenti, ovvero, nel caso specifico, quello al contenimento della spesa e al raggiungimento di standard soddisfacenti di qualità tecnica. Si tratterebbe dunque di una scelta intrisa di discrezionalità pura, pertanto sindacabile solo a fronte di una degenerazione nell'area patologica dell'illegittimità.

Questa posizione, che ancora una volta depone a favore dell'insindacabilità, sembra confermata, sia pure in termini parzialmente contraddittori, da un minoritario filone giurisprudenziale⁽²⁹⁾. Si tratta di pronunce che, in modo più o meno esplicito, ricostruiscono in termini di discrezionalità pura la posizione dell'amministrazione nel determinare l'incidenza dei vari elementi, e dunque indirettamente nello stabilire le priorità perseguite attra-

⁽²⁸⁾ Chiarissimo in questo senso TAR Lazio, sez. III *quater*, 4 maggio 2006, n. 3249, in *www.lexitalia.it* in cui si definisce «scelta assolutamente di merito ed insindacabile (...) quella di aver privilegiato il merito tecnico rispetto all'offerta economica». In termini analoghi Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 2361 in cui si afferma che «l'attribuzione dei punteggi dell'aggiudicazione di una gara (i.e. del peso relativo dei vari elementi valutativi) sostanziosamente in una scelta di opportunità circa l'uso dei mezzi più idonei per la cura dell'interesse pubblico, è espressione di discrezionalità amministrativa, come tale può essere sindacata solo se trasmodi in una scelta aberrante o manifestamente irrazionale. Si veda sul punto anche la relativa nota, in cui si ribadisce «l'inammissibilità delle censure relative ai criteri di valutazione individuati dalla stazione appaltante, in quanto tali doglianze impingono nel merito della discrezionalità amministrativa» (VALAGUZZA, *Discrezionalità nell'individuazione dei criteri tecnici di selezione delle offerte e conseguenze dei comportamenti anticoncorrenziali sulle operazioni di gara*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 3162). Da ultimo sul tema si veda anche Cons. St., sez. II, 19 aprile 2006, in *Giurisd. amm.*, 2006, 587; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2003 n. 4409, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 2210; TAR Toscana, 7 aprile 2004 n. 980, in *T.A.R.*, 2004, 1975; TAR Abruzzo, 2 luglio 2001 n. 443, in *T.A.R.*, 2001, 2891; TAR Puglia, sez. I, 4 febbraio 2004, n. 393, in *T.A.R.*, III, 1543; TAR Marche, 29 agosto 2003, n. 989 in *www.lexitalia.it*; Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5714, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 2361).

⁽²⁹⁾ Cfr., *supra*, n. 27.

verso l'iniziativa negoziale in corso di perfezionamento. Ma tale riconoscimento, in astratto pienamente condivisibile, risulta per lo più finalizzato a concretizzare un'indebita dilatazione dei confini della giurisdizione giurisdizionale, attraverso la prospettazione di inedite fattispecie di illegittimità. Si afferma ad esempio in una delle suddette decisioni che l'attribuzione di un eccessivo rilievo al parametro del prezzo concretizzerebbe una fattispecie di eccesso di potere, manifestantesi nella «violazione dei principi di buona e corretta amministrazione» oltre che della c.d. «filosofia della gara»⁽³⁰⁾. Ma i predetti principi di buona e corretta amministrazione evidentemente rimandano alla nozione di merito, non potendo in alcun modo costituire il substrato di un'ulteriore e a tutt'oggi sconosciuta figura sintomatica dell'eccesso di potere.

L'equivoco non sembra del tutto trascurabile: inquinando la distinzione tra i profili di legittimità e quelli di merito si addivene infatti ad un risultato facilmente prevedibile, ovvero l'indebita ingerenza della giurisdizione nell'area riservata alla competenza esclusiva dell'amministrazione.

La soluzione preferibile sembra allora collocarsi in una posizione di metaforica equidistanza dalle ricostruzioni sinora prospettate.

Da un lato infatti occorre riconoscere, in accordo con il Collegio, la tendenziale insindacabilità delle valutazioni sul peso dei diversi parametri⁽³¹⁾, dall'altro però sembra di dovere ricollegare tale insindacabilità alla riserva di merito, piuttosto che ad un presunto esercizio di discrezionalità tecnica⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Così testualmente Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2006, n. 5100, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 2567.

⁽³¹⁾ Così TAR Marche, 30 giugno 2006, n. 511, in *Giurisd. amm.*, 1059; TAR Emilia Romagna, 18 settembre 2006, n. 2196, in *Giurisd. amm.*, 1553; Cons. St., sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 820; TAR Puglia, sez. I, 23 marzo 2005, n. 1279, in *www.lexitalia.it*; TAR Lazio, sez. I bis, 10 febbraio 2005, n. 1236, in *T.A.R.*, 2005, 721; Cons. St., sez. V, 14 giugno 2004, n. 3822, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1752; TAR Sardegna, sez. I, 4 maggio 2004, n. 567, in *Foro amm.-T.A.R.*, 1584; TAR Abruzzo, 25 marzo 2004, n. 299, in *www.lexitalia.it*; TAR Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 525, in *www.lexitalia.it*.

⁽³²⁾ Sugli ambigui confini tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa si veda in particolare BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, in cui, in una prospettiva di teoria generale, l'Autore nega l'autonomia contrattuale della prima nozione, la quale viene concepita come «discrezionalità amministrativa limitata dalla doverosa utilizzazione di criteri tecnici. A sostegno di tale conclusione si richiama proprio la c.d. «attività operativa dell'amministrazione», ovvero quella essenzialmente finalizzata alla costruzione di opere e alla prestazione di servizi: in questi frangenti l'amministrazione sarebbe essenzialmente chiamata a ponderare interessi pubblici contrastanti (come ad esempio quelli del risparmio, del pregio tecnico, dell'estetica urbana, etc...), sia pur attraverso il necessario ricorso a criteri e parametri di natura tecnica. Sull'evoluzione del concetto di discrezionalità tecnica recentemente GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto*

Si tratta evidentemente di una distinzione di natura teorica, sulla quale non sembra opportuno indugiare ulteriormente: quel che in ogni caso merita di essere evidenziato è l'astensione del giudice amministrativo dal valutare, al di là di ipotesi di manifesta illogicità e irragionevolezza, la struttura della griglia di valutazione predisposta ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Indipendentemente dal riferimento alla discrezionalità tecnica o alla nozione di merito, quel che emerge è la volontà del Giudice di ribadire l'insindacabilità di simili determinazioni, le quali, pur potendo essere diversamente inquadrare dal punto di vista teorico, debbono in ogni caso essere ascritte ad un "territorio" decisionale di esclusiva pertinenza dell'amministrazione.

3. Le censure avanzate dalla ricorrente non si esauriscono peraltro nei profili di criticità connessi al binomio «criterio non automatico – appalto misto», ma si concentrano su un ulteriore e controverso frangente del percorso verso l'aggiudicazione, ovvero quello della verifica dell'eventuale anomalia delle offerte avanzate.

In proposito, sebbene non espressamente richiamato nel dettato della sentenza, occorre dar conto del travagliato iter interpretativo che ha accompagnato negli ultimi decenni l'istituto della verifica delle offerte anomale, sotto il profilo della presunta incompatibilità con il ricorso al metodo multicriterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A fronte di una legislazione nazionale lacunosa⁽³³⁾, e in alcuni casi palesemente contraddittoria⁽³⁴⁾, la giurisprudenza si è infatti confrontata con l'apparente imprati-

ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, Napoli, 2007.

⁽³³⁾ In materia di servizi l'art. 25, lgs. 157/1995, nel disciplinare l'istituto del controllo di anomalia, non individuava distinzioni basate sul criterio di aggiudicazione, ma contestualmente fissava una soglia di anomalia riferibile esclusivamente all'elemento prezzo. Si legge infatti al comma 3 del suddetto art. 25 che «sono assoggettate alla verifica di cui ai commi 1 e 2 tutte le offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento». Per quanto concerne le pubbliche forniture l'art. 19 del d.lgs 402/1988 disciplinava le offerte anomale al comma 2, dopo aver fatto riferimento, al comma immediatamente precedente ad entrambi i possibili criteri di aggiudicazione, ovvero quelli del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Anche in questo caso il dettato normativo si è prestato ad interpretazioni contrastanti: da un lato infatti occorre rilevare come il riferimento all'anomalia sia immediatamente successivo al comma che menziona anche il criterio non automatico, dall'altro non può tacersi il fatto che il comma 3 del suddetto art. 19 prescrive il controllo per le sole offerte che presentano una determinata percentuale di ribasso, sembrando così riferirsi alle sole in ribasso. Per la giurisprudenza sul tema vedi *infra* nota 35.

⁽³⁴⁾ La legislazione in materia di lavori risultava, in tema di anomalia, particolarmente ambigua: l'art. 21 comma 1 *bis* della legge quadro non contemplava infat-

cabilità del giudizio di anomalia rispetto ad offerte che andavano valutate non solo sulla base del prezzo, ma con riferimento ad una più ampia pluralità di elementi eterogenei. Il dibattito, per lo più inerente il settore dei

ti alcuna verifica di anomalia nell'ambito di un sistema di aggiudicazione diverso da quello automatico del prezzo più basso. L'ordinamento nazionale si poneva così in palese contrasto rispetto a quello comunitario, che invece all'art. 30, comma 4, dir. 93/37/CE riconosceva al controllo sulle offerte uno spettro di applicazione del tutto indipendente dal criterio di aggiudicazione di volta in volta adottato. La dottrina sostenne dunque la disapplicabilità, per gli appalti sopra soglia, della disciplina nazionale, e dunque, di converso, la piena compatibilità tra il controllo di anomalia e il criterio non automatico del prezzo più basso (Così DE NICTOLIS, *Offerte anomale e offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e appalti*, 2000, 469; IANNOTTA, *L'anomalia dell'offerta tra principi comunitari e diritto interno*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 646; CLARIZIA, *Commento all'art. 21 co. 1 bis legge Merloni*, in CARULLO, CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro sui lavori pubblici*, II, Padova, 1997, 226, in giurisprudenza vedi TAR Piemonte, sez. II, 8 ottobre 1998, 361, in *T.A.R.*, 1998, 4368). Di simili riflessioni il legislatore non poté non tener conto in occasione della redazione del regolamento attuativo della Merloni, in cui si legge, all'art. 64 comma 6 che, indipendentemente dal superamento della soglia comunitaria, il bando di gara può prevedere la verifica di congruità anche quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, allorché i punti relativi al prezzo e la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione siano pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Il regolamento dunque introduce, sia pure in termini di mera facoltà, la verifica di anomalia anche quando il criterio adottato si quello non automatico, in deroga a quanto previsto dalla norma di rango primario, cioè dall'art. 21 comma 1 *bis* della l. Merloni. Si assiste dunque ad un fenomeno alquanto insolito, ovvero quello di un regolamento attuativo che, nel tentativo di sanare la discrasia con il diritto comunitario, disapplica proprio la legge cui deve dare attuazione.

⁽³⁵⁾ La giurisprudenza ha cominciato ad occuparsi della compatibilità tra il metodo multicriterio e la verifica dell'offerta anomala a partire dalla fine degli anni '90. Tra le più significative pronunce di segno negativo risulta quella del TAR Toscana, sez. II, 19 dicembre 1998, n. 1070, in *www.lexitalia.it* in cui si afferma che «qualora l'aggiudicazione venga pronunciata non secondo un criterio meccanico ed automatico relativo solo al prezzo, ma sulla base di una pluralità di fattori (...) non va effettuata alcuna valutazione sull'anomalia dell'offerta». Dello stesso avviso TAR Lombardia, sez. III, 26 agosto 1998, 2030, in *T.A.R.*, 1998, 3652, nonché Cons. St., sez. III, 5 marzo 1998, 196, in *Cons. Stato*, 1998, 2059 in cui si sostiene che qualora la stazione appaltante abbia optato per un sistema di scelta non automatico e dunque fondato sulla valutazione di una pluralità di fattori non vi può essere spazio per alcun giudizio di anomalia, dal momento che in tali casi l'elemento prezzo, su cui si appunta il giudizio di congruità, non costituisce l'unico parametro di valutazione della vantaggiosità dell'offerta. *Contra*, ovvero a favore della tesi estensiva TAR Toscana, sez. I, 28 giugno 2006, 2967, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 2017; TAR Puglia, sez. I, 10 ottobre 2006, 3538, in *Giurisd. amm.*, 2006, 1825; TAR Lazio, Latina, 7 febbraio 2006, n. 139, in *www.lexitalia.it*; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000, 2908, in *Urb. e appalti*, 2000, 1325; TAR Emilia Romagna, sez. I, 23 maggio 1996, n. 312, in *Riv. trim. app.*, 1996, 94; TAR Puglia, sez. I, 25 novembre 1996, n.

servizi⁽³⁵⁾, non solo ha evidenziato l'assenza di ogni profilo di incompatibilità legislativa e concettuale tra il giudizio di anomalia e il criterio non automatico, ma addirittura ha individuato nel principio costituzionale del buon andamento il fondamento giuridico dell'istituto dell'anomalia⁽³⁶⁾, cui pertanto si è riconosciuta una portata generale.

Tali argomenti sistematici ad ogni modo si scontravano con una serie di difficoltà di ordine applicativo, connesse all'accezione matematico/quantitativa del concetto di anomalia, e dunque alla sua tendenziale riferibilità alle sole voci di prezzo⁽³⁷⁾. Sul punto il codice dei contratti ha fornito un indubbio elemento di certezza, unificando la disciplina dei tre settori, e soprattutto riconoscendo espressamente la compatibilità del metodo non automatico con il suddetto giudizio⁽³⁸⁾, del quale vengono ulteriormente specificate le modalità concrete di svolgimento.

8686, in *Foro amm.-T.A.R.*, 1997, 1810; Cons. St., sez. VI, 2 settembre 1998, 1200, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 1998, 2383, in cui essenzialmente si sostiene la possibilità di considerare, in sede acquisizione degli elementi giustificativi (e dunque in caso di anomalo ribasso), «gli elementi qualità e prezzo nel loro rapporto reciproco, e quindi ad accertare la concreta corrispettività o meno del prezzo rispetto alla singola prestazione effettivamente proposta dall'impresa». Si configurava perciò una sorta di controllo in due tempi: dapprima si verificava la sussistenza di un anomalo ribasso, e poi, eventualmente, si procedeva, attraverso l'istituto della richiesta di giustificazioni, ad una valutazione più articolata sulla remuneratività delle diverse componenti. In materia di forniture, a favore della applicazione generalizzata del giudizio di anomalia, vedi TAR Toscana, 18 giugno 2006, 2967, cit.

⁽³⁶⁾ In particolare cfr. TAR Sicilia, 13 gennaio 2006, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 353 in cui si evidenzia come «sotto il profilo logico e sistematico, l'interesse pubblico all'affidabilità delle offerte presentate dai partecipanti alle gare pubbliche, fondato sul principio costituzionale di buon andamento consacrato nell'art. 97 Cost., giustifica un potere di verifica incisivo ed approfondito dell'elemento prezzo in tutte le tipologie di gara». In termini analoghi già Cons. St., sez. V, 25 luglio 2003, 4245, in *Giust. amm.*, 2003, 959.

⁽³⁷⁾ Così recentemente TAR Abruzzo, 3 maggio 2006, 276, in *Giurisd. amm.*, 2006, 5, 915 in cui si ritiene «illegittimo il bando di gara d'appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia, prevede il ricorso al metodo matematico di cui all'art. 21 comma 1 *bis* l. 11 febbraio 1994, n. 109 che, invece, è applicabile nei soli casi di aggiudicazione di lavori con il criterio del prezzo più basso». *Contra* vedi Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1343, in *www.appaltiecontratti.it*, in cui si dichiara «legittima la disposizione di un bando di gara per l'affidamento dei lavori pubblici che ha disciplinato il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte mediante richiamo all'art. 21, comma 1- *bis*, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (previsto per gli appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso), nonostante il fatto che si tratti di appalto da giudicare con il sistema della offerta più vantaggiosa, per il quale è invece previsto un apposito e diverso sistema dagli artt. 91, comma 4, e 61, comma 6, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554».

⁽³⁸⁾ L'art. 86, d.lgs n. 163/2006 si sostituisce a tutte le previsioni settoriali sinora richiamate (art. 21 comma 1 *bis* legge n. 109/1994; art. 64 comma 6 d.p.r. 554/1999;

Il legislatore del 2006, in altri termini, da un lato ha inteso fugare ogni dubbio sulla portata applicativa della verifica dell'anomalia, dall'altro ha contestualmente riconosciuto la necessità di declinare la nozione stessa di anomalia secondo due accezioni differenti, sulla base del criterio di aggiudicazione di volta in volta prescelto ⁽³⁹⁾.

Come si è detto, nella pronuncia in esame non si fa menzione di simili problematiche: il Collegio, pur dovendo applicare la confusa normativa precedente al d.lgs. n. 163/2006, ha infatti presumibilmente tenuto presente il testo legislativo appena approvato, al quale, come si è visto, deve riconoscersi il merito di aver rimosso ogni incertezza sulla generale praticabilità della verifica di anomalia. Pertanto, senza indugiare sulle questioni interpretative appena prospettate, i giudici hanno potuto direttamente affrontare l'oggetto specifico della censura, ovvero la riferibilità della suddetta valutazione alle singole componenti dell'offerta più vantaggiosa.

L'impresa ricorrente aveva in particolare lamentato l'anomalia relativa ai servizi di pulizia e calore, senza peraltro argomentare circa una conseguente condizione di incongruità riferibile all'offerta complessiva. Il quesito concerne dunque la possibilità di indirizzare la verifica sulle singole componenti prestazionali dell'offerta, indipendentemente dal rilievo funzionale di ciascuna di esse, e dunque, in definitiva, dalla loro idoneità a manifestare una generale situazione di inaffidabilità.

La posizione assunta dal Collegio risulta sul punto assolutamente inequivoca, oltre che supportata da un consistente filone giurisprudenziale ⁽⁴⁰⁾. Il frazionamento della valutazione di incongruità contraddice, secondo i giudici di primo e secondo grado, il significato ultimo dell'istituto dell'anomalia, concepito dal legislatore nazionale, e ancor prima da quello comunitario, al solo scopo di preservare le amministrazioni da una serie di prevedibili "incon-

art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 19 d. lgs. n. 158/1995) dettando una disciplina uniforme dal punto di vista delle prestazioni dedotte in contratto, ma viceversa diversificata a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto.

⁽³⁹⁾ In proposito merita di essere rilevato come il parametro per la verifica di anomalia previsto dal codice dei contratti a fronte di un appalto aggiudicato col metodo multicriterio risulti esattamente sovrapponibile a quello descritto dal d.p.r. n. 554/1999 in materia di lavori. Si legge infatti all'art. 86 del suddetto codice che «quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara». L'elemento di novità rispetto al summenzionato regolamento attuativo risiede piuttosto nel carattere necessario del controllo di anomalia, il quale veniva precedentemente concepito in termini di mera facoltà.

⁽⁴⁰⁾ Per la giurisprudenza più significativa in materia di offerte anomale vedi *infra* nota 41.

venienti” in corso di esecuzione dell’opera o del servizio. Tale verifica persegue quindi l’obiettivo di scongiurare i rischi di inadempimento connessi ad offerte non remunerative ⁽⁴¹⁾, non di certo quello di imporre alle stazioni appaltanti un complessa e sterile valutazione sulla maggiore o minore convenienza (dal punto di vista dell’impresa concorrente) delle condizioni negoziali relative a ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto.

Un tale obbligo, oltre che irragionevole, risulterebbe stridente con l’essenza giuridica del fenomeno dell’appalto misto, la cui portata non si esaurisce sul versante procedimentale dell’evidenza pubblica. Il ricorso all’appalto misto non costituisce infatti un semplice *escamotage* per risparmiare le spese connesse all’espletamento di una pluralità di procedure di gara, ma realizza un ben più significativo effetto sostanziale, ovvero la nascita di un unico vincolo contrattuale, sia pure a fronte di un contenuto negoziale complesso ed eterogeneo. Nonostante la non perfetta sovrapposibilità tra le nozioni pubblicistiche e quelle civilistiche ⁽⁴²⁾, sembra di poter affermare che l’appalto misto per lo più coincide con un contratto misto, e dunque, secondo l’insegnamento della dottrina civilistica ⁽⁴³⁾, con una fattispecie contrassegnata dall’unitarietà della causa, ovvero, secondo una differente ver-

⁽⁴¹⁾ Così, recentemente, TAR Lazio, sez. II, 9 ottobre 2006, 10028, in *Giurisd. amm.*, 2006, 1767; TAR Lazio, sez. II, 5 ottobre 2006, 9949, in *Giurisd. amm.*, 2006, 1767; TAR Lombardia, sez. III, 27 luglio 2006, 1838, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 2325; TAR Trentino Alto adige, 17 giugno 2006, in *Giurisd. amm.*, 2006, 1028; TAR Piemonte, sez. II, 8 maggio 2006, 1987, in *www.lexitalia.it*; TAR Sardegna, sez. I, 13 settembre 2006, 1686, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 3082; TAR Piemonte, sez. II, 25 febbraio 2006, 1123, in *www.lexitalia.it*; TAR Lazio, sez. III, 2 aprile 2004, 3075, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 1114; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2003, 4245, in *Giust. amm.*, 2003, II, 959 in cui espressamente si chiarisce che «per offerte anomale si intendono quelle che, per il fatto di non assicurare all’imprenditore un profitto ovvero un profitto adeguato conducono normalmente – secondo l’*id quod plerumque accidit* – ad un’esecuzione non corretta del contratto di appalto».

⁽⁴²⁾ «Mentre la tematica degli appalti misti afferisce all’identificazione del regime giuridico di evidenza pubblica applicabile nella fase di aggiudicazione, la categoria dei contratti misti attiene all’individuazione della disciplina sostanziale applicabile nella fase della esecuzione» (CARTA, *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture*, cit.). In termini analoghi DI GIOIA, *La disciplina dei contratti misti dopo la Merloni ter*, in *Urb. e appalti*, 1999, 476. Le due definizioni, pur astrattamente distinguibili, di fatto sembrano destinate a sovrapporsi nella concreta qualificazione delle singole fattispecie: sembra cioè del tutto improbabile che un appalto misto di lavori e servizi possa essere ricondotto ad un unico tipo negoziale civilistico, senza che in esso si rinvenivano tratti caratteristici di ulteriori e molteplici modelli contrattuali.

⁽⁴³⁾ In questo senso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 820. La giurisprudenza non si è di recente cimentata nell’inquadramento teorico del fenomeno dei contratti misti; tra le pronunce più significative sul tema si veda Cass., 5 marzo 1979, n. 1387, in *Rass. giur. civ.*, 1979, 88 in cui si chiarisce come «Nel semplice vincolo di connessione esistente tra due contratti le cui cause sono diverse (...)

sione, «dall'organica composizione unitaria» del negozio stesso ⁽⁴⁴⁾. Questa circostanza, oltre che orientare l'interpretazione del contratto in corso di esecuzione, non può non venire in rilievo ogni qualvolta sia in discussione l'unitarietà della fattispecie, sia pure ai limitati fini del corretto espletamento della procedura di selezione del contraente. Non si rinvencono infatti esigenze di imparzialità e di pubblico interesse tali da suggerire in sede di controllo di anomalia di rinnegare il carattere unitario dell'iniziativa negoziale, per adottare un approccio valutativo incomprensibilmente frammentato ⁽⁴⁵⁾.

L'affidabilità dell'offerta non potrà quindi che emergere da una valutazione «globale e sintetica» ⁽⁴⁶⁾ delle condizioni caratterizzanti l'offerta medesima, le quali, complessivamente considerate, devono garantire all'impresa concorrente un significativo margine di guadagno. Per non contraddire le

non è ravvisabile un negozio misto nel quale per effetto della fusione delle cause gli elementi dei singoli contratti divengono componenti di un'unica fattispecie». Sul tema si veda anche Cass., 3 dicembre 1954, n. 4373, *Foro it.*, I, 664; Cass., 26 agosto 1977, n. 408, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, 981 in cui si ribadisce che «la figura del contratto complesso (misto o innominato) può ravvisarsi quando gli elementi propri di distinti negozi nominati sono tra loro combinati in modo che non sia possibile discernere le singole cause tipiche per essere queste fuse in un'unica causa, in dipendenza di un unico nesso obiettivo e funzionale». Per un riepilogo sulla giurisprudenza in tema di contratto misto cfr. CENDON (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2002, 27.

⁽⁴⁴⁾ Così TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 166.

⁽⁴⁵⁾ In questo senso, senza peraltro fornire significative motivazioni, TAR Valle d'Aosta, 22 gennaio 2004, 11, in *www.lexitalia.it*; Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2004, 6183, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1336, «In difetto della dimostrazione della mancanza dell'anomalia in tutte le voci contestate, anche solo per un elemento minimale, l'offerta resta anomala». In termini analoghi Cons. St., IV sez. VI, 7 giugno 2004, in *Cons. Stato*, 2004, 1191.

⁽⁴⁶⁾ La giurisprudenza sul punto risulta estremamente copiosa, oltre che pressoché unanime. In particolare si veda: Cons. St., sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 2205; TAR Sardegna, sez. I, 13 settembre 2006, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 3081; TAR Lombardia, sez. III, 18 gennaio 2006, 98, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 17; TAR Lombardia, sez. III, 7 marzo 2005, 508, in *Urb. e appalti*, 2005, 713; Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6183, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1336; TAR Sardegna, sez. I, 13 settembre 2006, 1686; cit.; TAR Piemonte, sez. II, 25 febbraio 2006, 1123, cit.; TAR Lazio, sez. III, 2 aprile 2004, 3075, cit.; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2004, 4762, in *Cons. Stato*, 2004, 1313; TAR Calabria, sez. II, 4 dicembre 2002, 3180 in *T.A.R.*, 2003, 862; TAR Lazio, sez. III ter, 18 febbraio 2003, 1122, in *T.A.R.*, 2003, 1066; Cons. St., sez. VI, n. 6217 del 2001, in *Cons. Stato*, 2001, 2658; TAR Lazio, sez. III ter, 17 dicembre 2002, 12491, in *www.lexitalia.it*, in cui espressamente si afferma che «la stazione appaltante non può limitarsi a valutare singoli elementi organizzativi o singoli prezzi come entità autonome a sé stanti, ma deve inserire tali elementi all'interno di una analisi tecnica complessiva, nell'ambito della quale verificare gli eventuali bilanciamenti tra le diverse componenti economiche e tecniche dell'offerta».

finalità ispiratrici della verifica di anomalia, nonché, nel caso in esame, la matrice unitaria propria delle fattispecie negoziali miste, il Collegio non può dunque che disattendere le richieste dell'impresa non aggiudicataria, la quale, è bene ricordarlo, non rinviene nell'offerta complessiva alcun profilo di anomalia. All'offerente deve piuttosto riconoscersi, anche a detta del giudice di secondo grado, la piena libertà di compensare le perdite e i guadagni relativi alle diverse componenti, le quali, anche attraverso tali bilanciamenti, manifestano l'unicità del vincolo causale che le coinvolge.

Il giudizio sulle offerte dovrà pertanto articolarsi in una pluralità di momenti valutativi: in primo luogo la stazione appaltante sarà chiamata accertare la credibilità dell'offerta nel suo complesso, e solo successivamente, qualora questa presenti, in base ai parametri legislativamente individuati, un carattere anomalo, dovrà procedere ad un'analisi puntuale delle singole componenti, nonché, se del caso, alla richiesta di giustificazioni.

Il giudizio sulle singole componenti assume in quest'ottica una rilevanza solo eventuale, quale mero riscontro, ovvero, in termini cronologicamente invertiti, quale sintomo di una situazione di più generale ambiguità. L'amministrazione potrà infatti in alternativa intraprendere il controllo a partire da una o più componenti "sospette", al fine di verificare se la loro anomalia possa costituire l'indizio da cui inferire l'inaffidabilità dell'offerta globalmente considerata. Quel che rileva in termini giuridici non è dunque l'ordine cronologico dei passaggi, ma l'oggetto finale della verifica, il quale, come si è visto, non può che identificarsi con l'offerta complessiva, e quindi, in definitiva, con il contenuto obbligatorio prospettato dall'aspirante aggiudicatario.

Nel caso in esame il Giudice, oltre a manifestare dubbi sull'effettiva incongruità delle voci relative alle singole componenti evocate, esprime quindi un principio giuridico di carattere generale, cioè quello della natura necessariamente sintetica della valutazione di anomalia. In tal modo gli obiettivi della massima partecipazione alla gara e di tutela dell'affidabilità del mercato delle c.d. commesse pubbliche sembrano trovare un soddisfacente punto di equilibrio, consentendo all'amministrazione appaltante di operare un giudizio efficace ma non inutilmente discriminatorio.

Si tratta evidentemente di una conclusione assai significativa, che di certo conferisce ulteriori connotati di pregevolezza all'impianto complessivo dell'intera pronuncia. Quest'ultima infatti si contraddistingue in modo particolare per la pluralità e l'importanza degli istituti coinvolti, oltre che per il valore intrinseco delle soluzioni in concreto prospettate. Sembra dunque di poter pronosticare che la giurisprudenza successiva avrà modo di giovare ampiamente del contributo argomentativo fornito dal Collegio umbro, che proprio nella decisione analizzata, interdetta e recepisce con straordinario tempismo le sollecitazioni più significative in materia di contratti pubblici misti.

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

IL RICHIAMO DEL DIRITTO STRANIERO PER LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI FAMIGLIA NELLA GIURISPRUDENZA DEI PAESI DI *CIVIL LAW*⁽¹⁾

SOMMARIO: *1. Considerazioni preliminari. - 2. Qualificazione di istituti sconosciuti al diritto del foro. - 3. Il limite dell'ordine pubblico. - 4. Il riconoscimento di forme di scioglimento del matrimonio mediante ripudio. - 5. Il riconoscimento di alcuni effetti alle unioni poligamiche. - 6. Conclusioni.*

1. Considerazioni preliminari

A causa dell'aumentata circolazione delle persone nell'ambito del territorio comunitario e in presenza di crescenti flussi migratori dal sud del mondo, l'ordinamento giuridico italiano si trova sempre più spesso a dover individuare al suo interno gli strumenti giuridici adeguati per reagire al contatto con regole che sottendono una diversa filosofia di valori e diverse concezioni religiose.

L'istituto cardine del nostro diritto di famiglia è (ancora) il matrimonio. La legge di riforma del diritto internazionale privato dedica a questo istituto, alla sua costituzione e alla sua patologia ben sette articoli ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Il presente scritto è tratto dalla relazione presentata dalla Prof.ssa Lanciotti al Convegno "*Le specificità del diritto di famiglia nella giurisprudenza europea relativa a questioni internazionali-privatistiche*" svoltosi a Pisa nei giorni 20-21 aprile 2007, organizzato dall'Università di Siviglia in collaborazione con l'Università di Pisa.

⁽²⁾ Legge 31 maggio 1995, n.218 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, supplemento ordinario n.68 al n. 128 del 3 giugno 1995, artt.26-32. In argomento BARATTA, *Scioglimento ed invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004 con ampia bibliografia.

Il criterio di collegamento principale per l'individuazione della legge regolatrice è quello della cittadinanza dei soggetti del rapporto (se comune)⁽³⁾. A differenza che in altri settori, in ambito matrimoniale il legislatore italiano della riforma ha dunque mantenuto lo stesso criterio adottato dal legislatore del 1942 e ancora prima da quello del 1865⁽⁴⁾. Questo comporta il richiamo del diritto straniero nell'ordinamento del foro ogni volta che i soggetti del rapporto hanno la nazionalità straniera.

Ora, sebbene il criterio principale per l'individuazione della legge applicabile al matrimonio e ai rapporti di famiglia sia rimasto pressoché invariato, è invece notevolmente mutata la situazione socio-culturale: l'Italia si è trasformata da Paese a forte emigrazione a Paese a forte immigrazione e lo stesso istituto del matrimonio ha subito nella sua evoluzione storica profonde modificazioni. Questa mutata situazione si riflette anche nel campo della giustizia civile con un forte aumento del contenzioso familiare coinvolgente stranieri.

2. Qualificazione di istituti sconosciuti al diritto del foro

Di fronte a tipologie inedite di convivenza già emerse in altri ordinamenti, come le unioni di fatto o i matrimoni tra persone dello stesso sesso, e ad istituti sconosciuti al nostro ordinamento, quali le unioni poligamiche, il matrimonio temporaneo, il ripudio e la dote, occorre preliminarmente verificare se esse siano effettivamente sussumibili sotto la categoria giuridica del matrimonio e dei rapporti di famiglia. Sotto il profilo internazional-privatistico, il primo, delicato problema che si pone all'interprete è quello della qualificazione del rapporto.

Nel diritto italiano non esiste una definizione in positivo di matrimonio, ma è indubbio come il nostro ordinamento rifletta ancora la concezione tradizionale, quella che gli anglosassoni definiscono *Christian marriage*⁽⁵⁾. Del resto l'art.29 della Costituzione sancisce che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

Benché sia opinione comune che si possa considerare matrimonio solo l'unione monogamica tra persone di sesso diverso, che liberamente e personalmente formalizzano, dinanzi ad un'autorità dotata di pubblici poteri, l'impegno reciproco di fondare una comunità giuridica e personale (sebbe-

⁽³⁾ Artt.28-31 L. 218/95. Solo in assenza di cittadinanza comune si applica la legge del luogo in cui la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.

⁽⁴⁾ Disposizioni sulla legge in generale preliminari al Codice civile del 1942, artt.17-19.

⁽⁵⁾ CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Rivista del Notariato*, 1987, p. 233.

ne dissolubile dall'introduzione della legge sul divorzio ⁽⁶⁾, la giurisprudenza italiana preferisce sorvolare su dubbi preliminari quanto all'effettiva riconducibilità alla categoria dei "rapporti di famiglia" di istituzioni giuridiche sconosciute alla *lex fori*, quali le unioni poligamiche e il ripudio, proprie di realtà giuridiche straniere di carattere teocratico, ritenendoli assorbiti dal limite dell'ordine pubblico.

Di conseguenza, tali forme d'unione e di scioglimento dei legami coniugali vengono fatte rientrare nel campo di applicazione delle norme di conflitto sul matrimonio e i rapporti tra coniugi, contenute nel capo IV della legge di riforma del diritto internazionale privato (L.218/95), salvo poi considerare il diritto straniero richiamato (in base al criterio della cittadinanza comune dei soggetti) incompatibile con l'ordine pubblico del foro ⁽⁷⁾. Al contrario, un'analoga qualificazione non è dato di rilevare rispetto alle varie forme di unioni di persone dello stesso sesso ⁽⁸⁾.

3. Il limite dell'ordine pubblico

Dall'esame delle pronunce giurisprudenziali, in particolare dei tribunali italiani e francesi, emerge che negli ordinamenti di *civil law* che in materia di statuto personale seguono il criterio della cittadinanza, la que-

⁽⁶⁾ Legge 1° dicembre 1970, n.898 (come modificata dalla L.6 marzo 1987, n.74) *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*; in argomento BADIALI, *Legge italiana sul divorzio e diritto straniero*, Padova, 1976. La prassi giurisprudenziale italiana, abbandonando la rigidità che la contraddistingueva prima dell'entrata in vigore della legge sul divorzio, è ormai da vari anni nettamente orientata nel senso di considerare esistente un vero e proprio diritto soggettivo all'attenuazione e allo scioglimento del vincolo matrimoniale per porre rimedio all'impossibilità della convivenza ovvero all'irreversibilità della frattura della comunione materiale e spirituale dei coniugi. Anche la disciplina comunitaria non è estranea a considerazioni di questo tipo.

⁽⁷⁾ Sui problemi di qualificazione secondo le categorie giuridiche del diritto italiano di istituti propri del diritto islamico, affrontati dalla giurisprudenza vedi PILLITU, *Ripudio marocchino e legge italiana sul divorzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, p. 92 ss.; PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 73 ss., p. 105 s.

⁽⁸⁾ I limiti del presente lavoro non ci consentono di approfondire la questione rispetto alle unioni di persone dello stesso sesso. In linea di principio, la giurisprudenza italiana più recente sembra comunque orientata nel senso di riconoscere loro rilevanza sociale e riconoscimento giuridico, benché esiti ad equipararle a forme di unione di tipo matrimoniale, si veda ad es. Tribunale di Firenze, 7 luglio 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 144 ss. In argomento ROSOLILLO, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 363 ss.; BARALDI, BONINI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Bologna, 2005.

stione della valutazione dell'eventuale contrarietà all'ordine pubblico viene in rilievo piuttosto di frequente quando le norme di conflitto richiamano il diritto di ordinamenti di tipo confessionale ⁽⁹⁾.

Il contrasto con l'ordine pubblico del foro è di volta in volta individuato nel principio di eguaglianza tra uomo e donna, di parità morale e giuridica tra i coniugi, nella assenza di libertà del consenso, nella mancanza del requisito della libertà di stato, nella violazione dell'assunzione dell'obbligo reciproco di fedeltà fra i coniugi, nell'assenza di controllo giurisdizionale da parte dell'autorità, ed altro ancora ⁽¹⁰⁾.

Si rileva che è ancora piuttosto comune l'equivoco terminologico per cui i giudici italiani invocano come limite all'applicazione di norme straniere manifestamente incompatibili coi principi fondamentali un non ben chiaro concetto di ordine pubblico "interno" anziché "internazionale", qual è invece quello invocabile *ex artt.* 16 e 64, lett. g), L.218/95; l'utilizzo del primo piuttosto che del secondo concetto dipende dal minore o maggiore grado di estraneità del caso con l'ordinamento italiano ⁽¹¹⁾.

Nonostante ormai da anni anche la giurisprudenza italiana, al pari di quella francese, sembra essersi attestata su posizioni meno rigorose quanto alla valutazione degli effetti prodotti nell'ordinamento del foro dal richiamo del diritto islamico ⁽¹²⁾, in base alla nota teoria dell' "ordine pubblico attenuato" elaborata dalla giurisprudenza francese nel corso degli anni cinquanta ⁽¹³⁾, il contrasto con l'ordine pubblico continua ad essere invocato nei

⁽⁹⁾ Per un più approfondito esame si rinvia a CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 21 ss.; DEPRez, *Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. (Relations entre systèmes de l'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1988-IV, p. 19 ss., p. 157 ss.

⁽¹⁰⁾ BOSCHIERO, *Cause di divorzio e delibazione di sentenze straniere: orientamenti della giurisprudenza dal 1970 ad oggi*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1983, p. 508 ss. e le sentenze ivi citate.

⁽¹¹⁾ Vedi le sentenze riportate e criticate in MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Vol. 1, quarta ediz., Torino, 2007, p. 238 e p. 339.

⁽¹²⁾ Vedi ad es. Corte di Cassazione, sezione I, 2 marzo 1999 n.1739, in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 327 ss. con nota di ZAMBRANO e in *Foro Italiano*, 1999, I, c.1458 con nota di BALENA. La Corte sostenne che la presenza nell'ordinamento islamico richiamato, nella specie quello somalo, della poligamia non osta di per sé al riconoscimento degli effetti del matrimonio in Italia, riconoscimento chiesto in relazione alle pretese successorie della seconda moglie che il *de cuius* aveva sposato in Somalia con rito islamico.

⁽¹³⁾ Si veda il noto caso *Rivière* deciso in Francia dalla *Cour de Cassation (Chambre Civile)* il 17 aprile 1953, in *Revue critique de droits internationaux privé*, 1953, p. 412, in cui la Corte ha affermato che: «*la réaction à l'encontre d'une disposition*

casi di: a) riconoscimento di effetti al ripudio avvenuto all'estero; b) riconoscimento di effetti al matrimonio poligamico contratto all'estero.

4. Il riconoscimento di forme di scioglimento del matrimonio mediante ripudio

Di regola, le norme straniere che disciplinano l'istituto del ripudio non possono trovare diretta applicazione negli ordinamenti di *civil law*, è invece possibile che i tribunali occidentali riconoscano e attribuiscono effetti a provvedimenti di ripudio perfezionatisi all'estero.

Com'è noto, il diritto islamico prevede varie forme di dissoluzione del vincolo coniugale ⁽¹⁴⁾. Quello che presenta i maggiori problemi in sede di riconoscimento d'efficacia in Europa è il *talâq*, cioè il ripudio che si esercita mediante dichiarazione unilaterale di recesso, che consente al solo marito di porre fine *ad nutum* al rapporto coniugale. Al riguardo i giudici dei paesi di *civil law* continuano a sollevare dubbi circa l'assimilabilità al divorzio di quelle forme di ripudio unilaterale espressione di un diritto potestativo del solo marito, in quanto presuppongono una posizione d'ineguaglianza della donna ⁽¹⁵⁾.

In linea di massima, il contrasto con l'ordine pubblico continua ad essere ravvisato anche nei casi più recenti, quando viene richiesto il riconoscimento di effetti al ripudio frutto dell'iniziativa unilaterale del marito, avvenuto nel paese d'origine di entrambi i coniugi, ovvero del solo marito musulmano ⁽¹⁶⁾. In tale situazione si pone il problema di garantire l'equilibrio tra la posizione della moglie, specie se questa è cittadina dello Stato del foro, e quella del coniuge straniero che abbia ottenuto lo scioglimento

contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger».

⁽¹⁴⁾ ALDEEB e BONOMI (éd.), *Le droit musulman de la famille face à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurigo, 1999, p. 149 ss. ; Per il commento ad un noto caso che tra i primi ha interessato i tribunali italiani sotto l'impero delle vecchie preleggi, PILLITU, *Ripudio marocchino e legge italiana*, cit. p. 92 ss.

⁽¹⁵⁾ CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 853 ss.

⁽¹⁶⁾ Vedi ad es., *Tribunal de Montpellier*, 25 giugno 2002, in *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 828: «il est d'interprétation constante que la répudiation, décision étrangère non motivée et non contradictoire puisque prise en l'absence de l'épouse, est contraire à la conception française de l'ordre public international et n'a pas donc aucune efficacité en France». Vedi altresì, tre decisioni rese in data 17 febbraio 2004 dalla Cassazione francese, in www.courdecassation.fr/arrets/arrets/02-15766-htm. Vedi anche Corte d'Appello di Milano, 17 dicembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 109.

del vincolo di matrimonio all'estero, secondo le forme previste dal proprio diritto nazionale. Soprattutto nei casi di matrimonio c.d. "misti", i giudici sembrano particolarmente preoccupati di tutelare la posizione della donna. Infatti, non solo tutte le costituzioni dei Paesi occidentali consacrano il principio di uguaglianza dei coniugi, ma lo stesso principio è pure proclamato da convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo, quali l'art. 23, par. 4 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 e l'art. 5 del 7° Protocollo del 1984 alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Queste convenzioni, che, in quanto recepite nell'ordinamento interno, contribuiscono a formare i parametri di conformità all'ordine pubblico del foro ⁽¹⁷⁾.

Invece, nei casi in cui la donna viene sentita o in qualche modo partecipa al procedimento (sia pure indirettamente poiché comunque lo subisce, salvo l'ottenimento di una sorta di risarcimento pecuniario), lo scioglimento del vincolo matrimoniale avvenuto all'estero mediante ripudio è stato riconosciuto efficace ⁽¹⁸⁾. Per lo stesso motivo, la giurisprudenza italiana, di regola, valuta compatibile con i principi di ordine pubblico l'istituto del ripudio

⁽¹⁷⁾ BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962, p.128 ss.

⁽¹⁸⁾ I giudici francesi e tedeschi, sia pure con una certa cautela, sono giunti a riconoscere effetti ai ripudi islamici una volta constatata la presenza di alcune garanzie minime a tutela della posizione della moglie. Vedi ad es. *Cour d'Appel d'Anvers*, 30 giugno 1982, che riconosce effetti ad un atto di ripudio marocchino, in *Journal du droit international*, 1989, p.740; *Cour de Cassation*, 6 giugno 1990 e 26 giugno 1990, entrambe in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 593 s.; *Cour de Cassation (Ire Chambre Civile)*, 3 luglio 2001, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 704 ss.: «*la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale dès lors que le choix d'un tribunal par celui-ci n'a pas été frauduleux, que la répudiation avait ouvert une procédure à la faveur de la quelle chaque partie avait fait valoir ses prétentions et ses défenses et que le jugement algérien, passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution, avait garanti des avantages financiers à l'épouse, en condamnant le mari à lui payer des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon*». In Germania vedi ad es. *Oberlandsgericht Frankfurt*, 12 luglio 1984, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1985 p. 1293 ; *Amsgericht Hamburg*, 24 gennaio 1985, in *IPRax (Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht)*, 1986, p.114.

Vedi Corte d'Appello di Milano, 24 maggio 2006 (inedita), ove la Corte, nel valutare la sussistenza dei presupposti di legge per il riconoscimento di un provvedimento reso dalla competente autorità marocchina, con cui era stato dichiarato sciolto il matrimonio di due cittadini marocchini residenti in Italia, ha statuito che: «*Per quanto, poi, in particolare attiene all'imprescindibile requisito della non contrarietà della pronunzia in esame all'ordine pubblico, mette solo conto precisare che lo scioglimento del matrimonio è stato nella specie pronunciato facendo corretta applicazione della normativa sostanziale comune ai coniugi e che l'irreparabile frattura del sodalizio matrimoniale è univocamente attestata dall'infruttuoso esito del tentativo di conciliazione, secondo modalità quindi in larga parte riconducibili ai principi propri dell'ordinamento italiano e con questi in significativa sintonia*».

ebraico, poiché in tal caso si ritiene si tratti di una vera e propria fattispecie di scioglimento del vincolo per mutuo consenso.

5. Il riconoscimento di alcuni effetti alle unioni poligamiche

Per quanto attiene l'unione poligamica, è evidente che la legge straniera che la prevede non può trovare applicazione negli ordinamenti dei paesi di *civil law*, stante il divieto di bigamia ⁽¹⁹⁾. È tuttavia possibile che vengano riconosciuti taluni effetti alle unioni di questo tipo validamente stipulate all'estero in base alla *lex loci*, per quanto riguarda in particolare il riconoscimento dello *status* di coniuge anche alla seconda (o terza) moglie del poligamo e di figlio legittimo ai figli di questa ⁽²⁰⁾.

La giurisprudenza francese ha per prima affrontato la tematica della poligamia con un atteggiamento iniziale di relativa apertura, basato sull'applicazione della nota teoria dell'ordine pubblico attenuato. In una celebre sentenza che risale al 1958, la *Cour de Cassation* ha accolto la domanda della seconda moglie del poligamo, volta ad ottenere una pensione alimentare, affermando che tale domanda mirava «*uniquement à se faire reconnaître en France une créance alimentaire découlant de sa qualité d'épouse légitime, qualité acquise sans fraude, en Tunisie, en conformité avec sa loi nationale compétente*» ⁽²¹⁾.

Successivamente, la giurisprudenza francese, come quella di altri paesi di *civil law*, ha tenuto atteggiamenti altalenanti ora di maggiore, ora di minore apertura ⁽²²⁾. Non è tuttavia possibile ricostruire una prassi uniforme e costante in merito, sia perché anche all'interno di uno stesso paese l'orientamento dei tribunali ha subito delle oscillazioni nel corso degli anni,

⁽¹⁹⁾ Vedi ad es. in Francia, *Cour de Cassation (Ire Chambre Civile)*, 24 settembre 2002, in *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 271 ss., con nota di BOURDELOIS, in cui la Corte ha affermato: «*Si [...] le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un ou les deux époux n'est pas obligatoirement nul, c'est à la condition que les lois nationales de chacun d'eux autorisent la bigamie et cette condition est défaillie lorsque l'intéressé, français, se trouve soumis aux dispositions de l'art. 147 [du Code Civil] qui édictent un empêchement au mariage justement qualifié de bilatéral et absolu*». (enfasi aggiunta).

⁽²⁰⁾ La trascrivibilità in Italia di atti di matrimonio celebrati all'estero secondo il rito islamico è stata dichiarata ammissibile in un parere del Consiglio di Stato, sez.III del 7 giugno 1988 n.640/80, vedi CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico*, cit., p. 855.

⁽²¹⁾ *Cour de Cassation*, 28 gennaio 1958, caso *Chemouni*, in *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 110 e in *Journal du droit international*, 1958, p. 778, annotata.

⁽²²⁾ Vedi BISCHOFF, *Le mariage polygamique en droit international privé*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1980-1, p. 91 ss.; MONEGER, *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français*, in *Journal du droit international*, 1992, p. 347 ss.; EL-HUSSEINI, *Le droit international privé*

sia perché l'atteggiamento dei giudici è diverso a seconda che si tratti di riconoscere effetti dal punto di vista del diritto privato, come lo *status* di figlio legittimo ai figli nati da unioni poligamiche, i diritti successori alle seconde o terze mogli, ecc. oppure dal punto di vista del diritto pubblico, come ad es. il diritto alla pensione di reversibilità, all'assegno sociale di maternità alla seconda moglie, il permesso di soggiorno ⁽²³⁾, ecc., aspetti questi di cui non è possibile dar conto in questa sede ⁽²⁴⁾.

6. Conclusioni

Quello che ci preme evidenziare, al termine di questo breve *excursus*, è che dall'esame della giurisprudenza dei paesi di *civil law* emerge che, nonostante l'atteggiamento di apertura dimostrato da varie corti nazionali nei confronti delle manifestazioni giuridiche di un fenomeno sociale che è ormai impossibile ignorare, qual è quello dell'immigrazione dai paesi islamici, la realtà è che i nostri giudici continuano a fare un confronto tra le soluzioni normative proposte dal diritto straniero e quelle accettate o astrattamente accettabili dalla *lex fori*. Questo porta inevitabilmente ad una contrapposizione tra i due sistemi.

Ora se si rimane ancorati ad un approccio basato sulla contrapposizione tra diritto straniero e ordinamento del foro, appare difficile raggiungere un'armonia internazionale delle soluzioni. Infatti, sia che tratti di valutare la possibilità di applicare le norme astratte di ordinamenti di stampo confessionale richiamate in base al criterio di collegamento della cittadinanza dei soggetti coinvolti, oppure di applicare le norme concrete contenute nelle decisioni o provvedimenti già validamente pronunciati all'estero, si presenterà molto spesso, inevitabilmente, un contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

Più in generale il problema attiene al c.d. "*conflict de civilisations*" ⁽²⁵⁾, e la relativa soluzione viene impostata in termini di "integrazione". Tuttavia,

français et la répudiation islamique, in *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 430 ss.

⁽²³⁾ Il TAR (Tribunale Amministrativo Regionale) dell'Emilia Romagna, in un noto caso relativo all'espulsione dal territorio italiano della seconda moglie di un cittadino marocchino bigamo, ha affermato l'inidoneità del vincolo poligamico a produrre effetti in territorio italiano, decisione del 14 dicembre 1994 n.926, in *Gli Stranieri*, 1995, p.58, su cui vedi CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico*, cit., p. 855; ID. *La famiglia islamica*, cit., p. 26.

⁽²⁴⁾ Si rinvia a CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico* cit., 853 ss.; ID., *La famiglia islamica*, p. 25 ss.; PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali*, cit., p. 73 ss.; QUIONES ESCAMEZ, *La reception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana 2005) en Europe*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 877 ss.

⁽²⁵⁾ GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1991-I, p. 9 ss., spec. p. 179 ss.

così facendo è difficile trovare un punto di contatto tra civiltà che, per l'ap-punto, sono in conflitto reciproco. Più che di integrazione tra sistemi si do-vrebbe allora parlare di "conciliazione" con i diversi valori di cui alcuni sog-getti sono portatori, in quanto provenienti da altre culture e altre nazioni. Anziché opporre uno sbarramento – che peraltro crea situazioni claudicanti e clandestine – si può provare ad incorporare questi diversi valori, cercan-do di riconoscere rilevanza anche a forme di disciplina degli istituti familiari diverse da quelle tradizionalmente ammesse nell'ordinamento del foro, senza per questo disattendere i principi fondamentali che lo reggono ⁽²⁶⁾.

Una possibile soluzione interpretativa può essere offerta proprio dal-l'applicazione di quegli stessi principi inderogabili che negli ordinamenti dei paesi dell'Europa continentale sono alla base del concetto di ordine pub-blico, quali ad es. il diritto allo scioglimento del matrimonio quando la pro-secuzione del vincolo diventa intollerabile ⁽²⁷⁾, la valutazione del prevalente interesse del minore, il principio di libertà religiosa e di culto, il rispetto della dignità umana e della diversità culturale ⁽²⁸⁾ ed altri ancora. Questi principi possono essere temperati tra di loro e utilizzati dall'interprete quali strumenti omeostatici, onde consentire di adattare il diritto esistente ai mutamenti della realtà sociale, in modo da riuscire – nei limiti del possi-

⁽²⁶⁾ BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 2000-I, p. 13 ss., p. 87 ss.

⁽²⁷⁾ Questo principio è espresso nell'art.31, 2° comma della L. 218/95 che preve-de la prevalenza condizionata della legge italiana, in quanto *lex fori*, qualora la legge straniera richiamata per regolare il divorzio e la separazione non preveda questi istituti. La *ratio* di questa norma è da ricercare in quell'orientamento di (parte della) giurisprudenza italiana che già sotto l'impero del precedente sistema di conflitto (art.18 disp. prel. cod. civ.), reputava contrastante con l'ordine pubblico del foro la legge straniera che non ammettesse in nessun caso la separazione o il divorzio; vedi ad es. le sentenze pubblicate in CAPOTORTI, STARACE, *La giurispruden-za italiana di diritto internazionale privato e processuale. Repertorio 1967-1999*, Milano, 1991, p.1503 n.6 e p.889 n.5, rispettivamente. Nel senso che l'art. 31 è una norma speciale di conflitto direttamente espressiva di un principio di ordine pub-blico del foro PICONE, *Metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p.41; BARATTA, *op. cit.*, p. 20. Vedi anche CONETTI, *Art. 31*, in BARIATTI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 1180 ss.

⁽²⁸⁾ Ricordiamo che dal marzo 2007 è entrata in vigore la Convenzione dell'UNE-SCO sulla protezione e la promozione delle diversità di espressioni culturali (*Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions*), firmata a Parigi il 20 ottobre 2005, di cui sono parti tra gli altri anche Italia, Spa-gna, Francia, Germania, ed altri Stati europei, nella quale si celebra tra l'altro l'importanza della diversità culturale per la piena realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali proclamati nella Dichiarazione universale e in altri stru-menti internazionali universalmente riconosciuti (Preambolo, 5° considerando).

bile – ad attribuire rilevanza alle situazioni in cui si manifesta la diversità culturale presente nel territorio dello Stato del foro ⁽²⁹⁾.

Un interessante esempio in tal senso è offerto da una pronuncia tedesca in cui il giudice, dovendo decidere circa il nome da dare al figlio di una coppia di libanesi, entrambi di religione islamica-sunnita, stante il disaccordo dei due genitori al riguardo, non ha ravvisato il contrasto con l'ordine pubblico del diritto straniero richiamato, nella specie la legge nazionale del figlio, dunque il diritto libanese, per la parte in cui prevede che il diritto a scegliere il nome del figlio spetti unicamente al padre. Nel compiere la sua valutazione, ha temperato il principio di uguaglianza tra uomo e donna e di parità dei genitori con il principio del rispetto della libertà religiosa e quello della tutela dell'interesse del minore, pure fondamentali per l'ordinamento del foro. Quindi ha concluso che, poiché tutti i soggetti del rapporto in questione sono di religione islamica e che il benessere del minore esige che si tenga conto della sua appartenenza culturale e religiosa, non vi erano ragioni nel caso concreto per disapplicare la legge straniera di tipo confessionale richiamata dalle norme di conflitto, sebbene questa si ponesse astrattamente in contrasto con l'ordine pubblico ⁽³⁰⁾.

ALESSANDRA LANCIOTTI

⁽²⁹⁾ In tal senso JAYME, *Ordre public, droits de l'homme, diversité de religion*, in Von BAR (ed.), *Islamic Courts and its Reception by the Courts in the West*, Berlin-Bonn-München, 1999, p. 221 ss.; vedi altresì HAMMJE, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 1 ss., in partic., p. 13 s.

⁽³⁰⁾ *Amsgericht Essen*, 24 settembre 1997, in *IPRax (Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht)*, 1999, p. 50 s.

L'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE FORENSE IN EUROPA*

SOMMARIO: *1. La normativa comunitaria in materia di esercizio della professione forense in Europa. - 2. La disciplina italiana di attuazione delle direttive comunitarie. - 3. Segue: l'esercizio della professione legale in forma collettiva nel nostro ordinamento. - 4. Pronunce della Corte di Giustizia in materia di esercizio della professione di avvocato. - 5. L'esercizio dell'attività di praticante legale all'interno dell'Unione europea.*

1. L'esercizio nell'Unione europea delle libere professioni, tra cui quella forense, può tradursi o in un'attività temporanea di libera prestazione di servizi, o in un'attività permanente in regime di stabilimento. Più precisamente si parla di libera prestazione di servizi quando, ai sensi degli artt. 49 - 55 del Trattato CE, si fa riferimento alla possibilità, da parte di un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, di effettuare un'attività economica o una prestazione di lavoro autonomo o professionale in un diverso Stato membro, ma solo in via temporanea ed occasionale; di libertà di stabilimento, invece, quando, ex artt. 43- 48 TCE, un'attività economica o una prestazione di lavoro autonomo o professionale sono effettuati in un diverso paese della CE in forma stabile, cioè continuativa e permanente ⁽¹⁾.

Le regole in materia di esercizio della professione di avvocato all'interno dell'Unione europea sono state dettate da varie direttive comunitarie, seguite dalle normative nazionali di recepimento ⁽²⁾.

Prima direttiva adottata in materia è la 77/249/CEE del 22 marzo 1977,

* Il presente scritto sviluppa il tema della lezione, tenuta presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali "Lorenzo Migliorini", in data 14 giugno 2007, nell'ambito del modulo di "Diritto dell'Unione europea".

⁽¹⁾ Per un approfondimento delle regole in materia di libera prestazione di servizi e di libertà di stabilimento vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003.

⁽²⁾ Un quadro generale della normativa comunitaria in materia di libere professioni si può trovare in E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professioni nel mercato interno dell'Unione europea*, ESI, Napoli, 2005.

“intesa a facilitare l’esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati all’interno della CEE”, che è stata attuata in Italia con la legge n. 31 del 9 febbraio 1982; in secondo luogo esamineremo la direttiva 89/48/CEE del 21 dicembre 1988, “relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi d’istruzione con formazione professionale di una durata minima di tre anni”, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs n. 115 del 27 gennaio 1992; da ultimo analizzeremo l’importante direttiva 98/115/CE del 16 febbraio 1998, “volta a facilitare l’esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui si è acquistata la qualifica”, attuata in Italia con il D.lgs n. 96 del 2 febbraio 2001.

Altra fonte di diritto comunitario da menzionare è la recentissima direttiva 2006/123 del 12 dicembre 2006, la famigerata “*Bolkstein*”⁽³⁾, approvata dopo anni di accese discussioni, tesa ad agevolare la libera prestazione di servizi all’interno dell’Unione europea. Tale normativa è molto importante, ma in realtà non va a modificare la disciplina già prevista per l’esercizio della professione forense all’interno della CE. Infatti espressamente l’art.3 sancisce che se le disposizioni della direttiva confliggono con norme di altri atti comunitari che disciplinano l’accesso o l’esercizio di specifiche attività professionali, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono sulla direttiva in materia di servizi. Tra queste normative rientrano sicuramente le direttive 77/249/CEE, 89/48/CEE e 98/5/CE citate. Inoltre il successivo art.17 della direttiva 2006/123 prevede espressamente l’esenzione dell’attività forense dall’applicazione dell’art.16 riguardante la libera prestazione di servizi.

Tornando all’esame della normativa comunitaria specifica per l’esercizio della professione di avvocato nei paesi dell’Unione europea, in primo luogo è stata adottata la direttiva 77/249/CEE del 22 marzo 1977, che ha disciplinato lo svolgimento di tale attività in regime di libera prestazione di servizi⁽⁴⁾. Secondo questa direttiva gli Stati membri hanno l’obbligo di consentire ai cittadini comunitari abilitati alla professione legale nel paese d’origine lo svolgimento temporaneo dell’attività professionale alle condizioni previste da ciascuno Stato sulla base delle indicazioni contenute nella stessa direttiva. In particolare la normativa comunitaria citata effettua una

⁽³⁾ Pubblicata in Guce L 376 del 27 dicembre 2006. Per un commento in merito all’impatto della stessa sulla professione forense, sia pur prima della definitiva approvazione, cfr. l’articolo di M. CASTELLANETA, *Direttiva Bolkstein: “partita aperta” sull’esclusione dei servizi legali*, in *Guida dir.*, 2006, 16, 121 ss - Per un commento successivo all’adozione finale della direttiva vedi invece G. ALPA, *La versione definitiva della direttiva sui servizi e il suo ambito di operatività per l’avvocatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 59 ss.

⁽⁴⁾ La direttiva è consultabile, oltre che in www.europa.eu.int/eurllex, anche in Guce L 78 del 26 marzo 1977.

distinzione tra espletamento di attività stragiudiziale e giudiziale, prevedendo solo per quest'ultima che l'esercizio dell'attività dell'avvocato di un diverso paese comunitario sia soggetta alle condizioni previste per i legali stabiliti nello Stato membro in cui s'intende effettuare il servizio (ad es. l'avvocato di un altro paese comunitario che viene ad esercitare temporaneamente in Italia la professione dovrà rispettare le norme legislative, professionali e deontologiche previste per i legali italiani, con esclusione dei requisiti di residenza e di iscrizione ad un'organizzazione professionale, che per l'avvocato di un altro Stato membro non è necessaria). La direttiva prevede inoltre la facoltà per gli Stati membri (e così è infatti stato stabilito in Italia nella legge 31/82 di attuazione) di richiedere agli avvocati di un altro paese comunitario, per quanto riguarda l'attività giudiziale, di agire di concerto con un legale del paese ospitante abilitato all'esercizio della professione innanzi all'autorità giurisdizionale adita, restando invece gli stessi liberi di esercitare l'attività di consulenza legale e quella stragiudiziale in genere ⁽⁵⁾.

Alla direttiva del 1977 è seguita la direttiva 89/48/CEE del 21 dicembre 1988, "relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi d'istruzione con formazione professionale di una durata minima di tre anni"⁽⁶⁾, che esporta il principio del "mutuo riconoscimento", previsto per la libera circolazione delle merci, al settore delle "attività professionali regolamentate" (che sono definite dalla direttiva come quelle "attività professionali per le quali l'accesso alle medesime od il loro esercizio in uno Stato membro siano subordinati, direttamente o indirettamente, mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di un diploma o di un'abilitazione professionale"). In particolare, secondo la direttiva 89/48/CEE se un cittadino comunitario è in possesso di un diploma abilitante all'esercizio di una professione in un paese della UE, ha possibilità di svolgere la medesima attività, in via occasionale (come libera prestazione di servizi) o permanente (in regime di libero stabilimento), in un qualsiasi Stato membro. Nel caso in cui la corrispondenza tra la formazione professionale acquisita dal soggetto nel proprio paese di origine rispetto alle condizioni previste nello Stato ospitante sia solo parziale, il regime di riconoscimento del

⁽⁵⁾ È interessante in merito la sentenza della Corte di Giustizia, 13 novembre 2003, c - 313/01 (*Morgenbesser*), commentata da C. FIORAVANTI, nell'articolo *Libera prestazione di servizi degli avvocati comunitari e rimborso delle spese della parte soccombente*, in *Studium iuris*, 2004, 476 ss, che si è espressa sul punto dell'entità delle spese ripetibili dalla parte vittoriosa che si sia avvalsa della rappresentanza di un avvocato comunitario che abbia agito di concerto con un avvocato patrocinante dinanzi al giudice adito.

⁽⁶⁾ Consultabile in Guce L-19 del 24 gennaio 1989. Tale direttiva, *ex plurimis*, è stata commentata da V. SCORDAMAGLIA, *La direttiva Cee sul riconoscimento dei diplomi*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 391 ss.

diploma è subordinato a specifici meccanismi di compensazione: se ad es. nel paese ospitante è previsto un diverso contenuto delle materie oggetto delle prove di abilitazione per l'esercizio di una professione, ciascuno Stato membro potrà imporre al professionista di un altro paese della CE l'espletamento di una prova attitudinale, a seguito della quale il professionista potrà esercitare l'attività professionale fregiandosi del corrispondente titolo professionale del paese ospitante.

La direttiva 89/48 sarà abrogata a far data dal 20 ottobre 2007, in quanto la nuova direttiva generale relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, la 2005/36/CE del 7 settembre 2005⁽⁷⁾ prevede che gli Stati membri adottino le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a tale direttiva entro tale data.

Mentre la direttiva 89/48/CEE riguarda in generale tutte le attività professionali, per l'esercizio della professione forense la direttiva più importante e specifica è sicuramente la 98/5/CE del 16 febbraio 1998⁽⁸⁾, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui si è acquistata la qualifica. Tale direttiva sarà oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo, quando verrà analizzato nei dettagli il D.lgs n. 96 del 2001, che ha recepito tale direttiva nel nostro ordinamento.

2. Per quanto riguarda la normativa italiana, le condizioni per l'esercizio della professione di avvocato sono contenute nel risalente Regio d.l. 27 novembre 1933 n.1578, convertito in legge n. 36 del 1934, normativa integrata successivamente, tra le altre norme, dalla legge 22 febbraio 1994 n.146, che ha disposto, ai fini dell'iscrizione all'Albo degli Avvocati, l'equiparazione tra cittadini italiani e comunitari.

Oltre alla legge n. 36 del 1934, il quadro normativo italiano è costituito anche dalle norme, di cui abbiamo accennato, che hanno recepito nel nostro ordinamento le direttive comunitarie in materia di esercizio nell'Unione europea delle professioni regolamentate, ed in particolare di quella forense⁽⁹⁾.

Per quanto riguarda l'esercizio temporaneo ed occasionale della profes-

⁽⁷⁾ In Guce L 255 del 30 settembre 2005. In dottrina cfr. G. VICICONE, *Il sistema generale di riconoscimento dei titoli professionali*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. ASANI e G.A. BENOCCHIO. L'autore, oltre ad esaminare le varie direttive vigenti in materia prima della Dir. 36/2005, effettua anche delle considerazioni sulle prospettive aperte dall'adozione di quest'ultima.

⁽⁸⁾ In Guce L 77 del 14 marzo 1998.

⁽⁹⁾ Per un quadro generale delle norme che regolano l'esercizio della professione forense all'interno dell'Unione europea, con particolare riferimento all'attuazione delle direttive comunitarie nel nostro paese, vedi C. FIORAVANTI, *L'esercizio delle professioni legali in Italia nell'ottica delle direttive comunitarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1-2, 35 ss.

sione in Italia da parte di un avvocato di un altro Stato della CE, bisognerà come già accennato, far riferimento alla legge n. 31 del 1982, che ha recepito in modo fedele la direttiva 77/249/CEE in materia di libera prestazione di servizi, specificando in dettaglio l'attuazione nel nostro ordinamento delle prescrizioni generali contenute dalla direttiva. In particolare viene precisato che per lo svolgimento in via temporanea dell'attività giudiziale l'avvocato di un altro paese comunitario dovrà agire d'intesa con un avvocato italiano abilitato all'esercizio della professione dinanzi all'autorità giudiziale adita, mentre per l'attività di consulenza legale e quella stragiudiziale in genere tale intesa non sarà necessaria. Inoltre, sempre secondo la legge 31/82, prima dell'inizio delle attività professionali nel nostro territorio gli avvocati di un altro paese della UE sono tenuti a comunicare per iscritto al Presidente dell'ordine degli avvocati nella cui circoscrizione di Tribunale l'attività deve essere svolta i dati anagrafici e professionali, oltre al recapito in Italia nel periodo di permanenza. In merito a tale aspetto è da segnalare la legge del 3 febbraio 2003 n.14, comunitaria per il 2002⁽¹⁰⁾, che ha disposto, in attuazione di una sentenza della Corte di giustizia del 2002⁽¹¹⁾, l'abrogazione dell'art. 2, 2° comma, della legge n. 31 del 1982. Tale norma vietava agli avvocati di un diverso Stato comunitario esercitanti la professione in via temporanea nel nostro paese, di disporre *in loco* di un'infrastruttura necessaria al compimento dell'attività: quindi mentre prima gli stessi dovevano appoggiarsi ad uno studio di un legale italiano, oggi possono legittimamente disporre in Italia di un proprio ufficio, anche in via permanente, per seguire le proprie pratiche. Inoltre la stessa legge n.14 del 2003 ha aggiunto la facoltà per l'avvocato di un altro paese dell'Unione europea (come per quello italiano) di iscriversi presso il foro nel quale lo stesso ha il domicilio, che non deve necessariamente corrispondere a quello della propria residenza.

Per quanto riguarda invece la direttiva generale sul riconoscimento dei diplomi di formazione professionale 89/48/CEE, la stessa è stata recepita in Italia con il D.lgs n. 115 del 27 gennaio 1992⁽¹²⁾. Specificamente ai fini del riconoscimento del titolo per esercitare la professione di avvocato nel nostro paese, secondo tale decreto, oltre che ai sensi dell'apposito regolamento, definito nel decreto del Ministero di grazia e giustizia n. 191 del 2003⁽¹³⁾, il cittadino comunitario dovrà sostenere una prova attitudinale, che viene

⁽¹⁰⁾ In G.U. 7 febbraio 2003 S.O. n.19, commentata da M. RICCIO, *Avvocati: abolito anche l'obbligo di residenza*, in *Guida dir.*, 2003, 8, 66 ss.

⁽¹¹⁾ Corte giust., 7 marzo 2002, c- 145/99, *Gebbard contro Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano*, consultabile in www.curia.europa.eu.int

⁽¹²⁾ Per un approfondimento su tale normativa, cfr. T. BIANCONCINI, *Il sistema comunitario di riconoscimento dei titoli di studio e l'accesso agli impieghi pubblici in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 3 ss.

⁽¹³⁾ In G.U. 25 luglio 2003 n. 171.

svolta almeno due volte all'anno dinanzi ad una apposita Commissione costituita presso il Consiglio nazionale forense. Tale prova consiste in un esame volto ad accertare le conoscenze professionali e deontologiche dell'avvocato comunitario, tenendo conto anche della sua preparazione conseguita nello Stato d'origine⁽¹⁴⁾. Una volta superata la prova, il professionista potrà iscriversi all'Albo degli avvocati di una circoscrizione di Tribunale in Italia.

Con il D.lgs n. 96 del 2 febbraio 2001, emanato a seguito della legge comunitaria per il 1999 (legge 21 dicembre 1999 n. 599), si è infine provveduto a recepire nel nostro ordinamento la direttiva 98/5/CE in materia di libertà di stabilimento degli avvocati comunitari⁽¹⁵⁾.

In sintesi tale decreto prevede che l'avvocato di un altro paese membro che intende esercitare in via permanente la professione legale in Italia deve innanzitutto iscriversi in una sezione speciale dell'Albo nella circoscrizione del Tribunale in cui ha fissato la propria residenza o domicilio, diventando così "avvocato stabilito". Dopo tre anni di esercizio effettivo e continuato della professione forense nel nostro paese, l'avvocato stabilito diventerà "avvocato integrato", cioè potrà a tutti gli effetti utilizzare il titolo di avvocato italiano.

Il D.lgs 96/2001 prevede inoltre - e ciò costituisce un'assoluta novità del nostro ordinamento- che l'attività professionale possa essere esercitata in modo collettivo, oltre che nella forma dell'associazione professionale, già regolata dalla legge n. 1815 del 1939, anche in quella di "società tra professionisti", dando la possibilità anche agli avvocati comunitari stabiliti di essere soci; inoltre il decreto del 2001 garantisce alle società tra avvocati costituite in un altro paese della UE il diritto di svolgere l'attività professionale in Italia nel rispetto delle condizioni fissate dallo stesso decreto.

Entrando più nel dettaglio delle norme del D.lgs 96/2001, abbiamo già osservato che in una prima fase l'avvocato di un altro paese della CE può stabilirsi in Italia e chiedere di esercitare la professione utilizzando il proprio titolo professionale d'origine⁽¹⁶⁾, iscrivendosi in una sezione speciale dell'Albo presso la circoscrizione del Tribunale in cui ha fissato la propria residenza o domicilio. L'avvocato che intende stabilirsi nel nostro paese dovrà rispettare le norme legislative, professionali e deontologiche che disciplinano l'esercizio della professione legale in Italia, ha diritto di elettorato attivo (può quindi nominare i membri dei Consigli dell'ordine), ma non passivo (non può essere quindi eletto), è tenuto a frequentare i corsi di formazione

⁽¹⁴⁾ Le materie su cui verte la prova attitudinale sono contenute nell'apposito allegato al D.M. del 2003 citato.

⁽¹⁵⁾ Tra i numerosi riferimenti bibliografici in materia, vedi l'insero di *Guida al diritto* n.15 del 21 aprile 2001 e l'articolo di C. FIORAVANTI, *L'attuazione in Italia della direttiva sull'esercizio permanente della professione di avvocato*, in *Studium iuris*, 2002, 1, 25 ss.

⁽¹⁶⁾ Es. in Spagna: *abogado*; in Francia: *avocat*, ecc. ...

previsti per gli avvocati italiani e deve sottostare al potere disciplinare del Consiglio dell'ordine competente.

Per quanto riguarda l'esercizio concreto dell'attività professionale, come in caso di libera prestazione di servizi, l'avvocato "stabilito" ha diritto di esercitare l'attività di rappresentanza, di assistenza e difesa nei giudizi civili, penali, amministrativi e disciplinari, ma in tal caso dovrà agire "d'intesa con un professionista abilitato ad esercitare la professione dinanzi alle autorità adite", che deve risultare da scrittura privata autenticata o da dichiarazione scritta resa da entrambi gli avvocati dinanzi al giudice o all'autorità competente anteriormente alla costituzione della parte rappresentata, ovvero al primo atto di difesa dell'assistito (nei giudizi penali). L'obbligo di agire "di concerto" non implica che l'avvocato italiano abbia egli stesso ricevuto un mandato alle liti o che sia stato nominato difensore di fiducia nell'ambito della causa. L'avvocato italiano cui si appoggia il legale di un altro paese membro "stabilito" serve ad assicurare i rapporti con l'autorità adita e nei confronti della medesima tale avvocato è responsabile dei doveri imposti dalla legge ai difensori. Secondo la direttiva 98/5/CE la finalità della concertazione dell'avvocato di un altro Stato membro con quello italiano è infatti quella di fornire all'avvocato stabilito un supporto tecnico necessario per agire in un sistema giurisdizionale diverso da quello che gli è familiare e di garantire al giudice adito che l'avvocato stabilito disponga effettivamente e sia quindi in grado di rispettare pienamente le norme procedurali e deontologiche previste dal nostro ordinamento.

Per quanto riguarda il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori (es. la Corte di Cassazione) l'avvocato stabilito può assumerlo se dimostra, presentando idonea documentazione al Consiglio nazionale forense, di aver esercitato la professione di avvocato per almeno 12 anni in uno o più Stati della UE: in tal caso verrà iscritto in una sezione speciale dell'Albo degli avvocati.

Per quanto riguarda invece l'attività stragiudiziale (analogamente all'esercizio solo temporaneo dell'attività) non sono previste dal Dlgs 96/2001 tali limitazioni, potendo l'avvocato stabilito in particolare fornire, senza necessità d'intesa con un avvocato italiano, consulenza legale sul diritto del suo Stato d'origine, sul diritto comunitario, internazionale, ed anche sul diritto italiano.

Dopo tre anni di attività effettiva e regolare (effettuata cioè senza interruzioni) in Italia, l'avvocato stabilito potrà iscriversi nella sezione ordinaria dell'Albo degli avvocati ed esercitare la professione con il titolo di avvocato italiano, al quale ha il diritto di aggiungere quello professionale d'origine. Da tale momento l'avvocato comunitario (che da "stabilito", diventa avvocato "integrato") è equiparato a tutti gli effetti ad un professionista del nostro paese.

Nel caso in cui l'avvocato stabilito abbia esercitato in Italia la professione continuativamente per tre anni, ma abbia trattato pratiche attinenti al diritto italiano per un periodo di tempo inferiore (si parla in tal caso di

avvocato “semi- integrato”), può diventare avvocato integrato solo a seguito del superamento di un colloquio presso il Consiglio dell’ordine competente, teso a verificare la preparazione e l’esperienza del legale in materia di diritto italiano.

È necessario coordinare la disciplina prevista dal D.lgs 96/2001 con quella del D.lgs 115/1992 in materia di riconoscimento del titolo professionale del paese di origine. Un avvocato di un altro paese della UE ai sensi di tale legge abbiamo visto possa chiedere, per poter esercitare l’attività professionale in via temporanea o in forma stabile in Italia, il riconoscimento del proprio titolo abilitante alla professione, ottenuto nel proprio paese d’origine, sottoponendosi ad un’apposita prova attitudinale presso il Consiglio nazionale forense. Converrà procedere al riconoscimento del titolo solo quando l’avvocato di un altro Stato comunitario intende svolgere stabilmente in Italia l’attività professionale senza attendere i tre anni di tirocinio, previsti dal D.lgs 96/2001 per ottenere la dispensa dalla prova attitudinale imposta dal D.lgs 115/1992.

Qualora, infatti, l’avvocato comunitario intenda svolgere l’attività professionale solo in via temporanea, non avrà interesse ad ottenere il riconoscimento del titolo ai sensi del D.lgs 115/92, essendo in tale caso sufficiente rispettare le condizioni di cui alla legge n. 31/1982, attuativa della direttiva 77/249/CEE in materia di libera prestazione di servizi.

3. La professione forense, oltre che in forma individuale, secondo la normativa italiana può essere esercitata anche in forma collettiva.

Gli avvocati già ai sensi dell’art.1 della risalente legge n. 1815 del 1939 possono esercitare la professione in comune costituendo un’associazione professionale. La stessa non è soggetta all’iscrizione all’Albo, ma si iscriveranno a quest’ultimo gli avvocati associati, in forma individuale; inoltre l’associazione non può assumere incarichi in proprio, ma gli stessi sono conferiti ai singoli professionisti membri dell’associazione, che rispondono personalmente e illimitatamente per la loro esecuzione. Il D.lgs 96/2001 prevede inoltre espressamente che anche gli avvocati di un altro paese comunitario possano associarsi tra di loro o partecipare ad un’associazione professionale tra legali italiani.

Il D.lgs 96/2001 ha inoltre consentito per la prima volta agli avvocati, a seguito della rimozione, effettuata dalla legge 7 agosto 1997 n. 266, del precedente divieto previsto dall’art. 2 della legge n.1815 del 1939, di esercitare la professione in forma societaria, la c.d. *Stp* (Società tra professionisti), secondo le specifiche disposizioni del decreto o, in mancanza, delle norme previste per le società in nome collettivo (salvo quelle fallimentari, essendo la *Stp* esclusa da tale procedura concorsuale, visto che non esercita attività imprenditoriale, ma professionale) ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Per un approfondimento in merito, cfr. A. SESSA, *Via libera all’esercizio della professione di avvocato in forma societaria*, in *Dir. prat. società*, 2001, n. 5, 7 ss.

La società tra professionisti deve iscriversi in una sezione speciale dell'Albo degli avvocati, può essere costituita da soli legali abilitati ed ha per oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione forense. La ragione sociale è costituita dal nome e dal titolo professionale di tutti i soci, o di uno di loro con la locuzione "e altri" e l'amministrazione spetta esclusivamente ai soci, non potendo essere conferita a soggetti terzi. L'incarico professionale è conferito alla società, ma viene svolto personalmente da uno o più soci, e di ciò deve essere espressamente informato il cliente. Il socio o i soci incaricati sono personalmente e illimitatamente responsabili per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico.

Mentre la società tra professionisti è la forma societaria obbligatoria per svolgere attività di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio, la sola attività di consulenza legale può essere anche esercitata costituendo altri tipi di società, ad esempio società in nome collettivo o in accomandita semplice.

Anche gli avvocati di un altro paese comunitario stabiliti in Italia possono essere soci a pieno titolo in una società tra professionisti, ma per l'attività di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio dovranno agire di concerto con un socio della *Stp* italiana abilitato ad esercitare la professione dinanzi all'autorità adita, restando invece gli stessi avvocati stabiliti liberi di dare consulenze legali e di espletare attività stragiudiziale.

L'intesa con avvocati italiani per svolgere attività giudiziale è necessaria anche se si stabilisce nel nostro paese una sede secondaria con rappresentanza stabile o un'agenzia di una società tra professionisti costituita in un altro Stato dell'Unione europea; inoltre la suddetta società deve iscriversi in una sezione speciale dell'Albo avvocati della circoscrizione del Tribunale dove ha fissato la propria sede legale.

4. A seguito delle direttive comunitarie, gli Stati membri dell'Unione europea hanno adottato proprie normative interne regolanti l'esercizio della professione forense. Non entreremo nel dettaglio delle varie leggi nazionali, ma ritengo interessante segnalare due recenti sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, grande sezione, del 19 settembre 2006, che hanno esaminato la compatibilità con la direttiva 98/5/CE della normativa disciplinante la professione di avvocato vigente nel Granducato di Lussemburgo⁽¹⁸⁾.

Nella prima sentenza⁽¹⁹⁾ la Corte di giustizia ha deciso su una questione

⁽¹⁸⁾ Si tratta delle sentenze c-506/04, *Wilson*, e c- 193/05, *Commissione delle Comunità europee contro il Granducato di Lussemburgo*, entrambe reperibili in www.curia.europa.eu.int e in *Dir. giust.*, 2006, rispettivamente a p. 94 e 103, commentate da L. Rossi, *Avvocati, la professione è libera. Giudici UE in campo per l'integrazione*, nella stessa rivista., 91 ss.

⁽¹⁹⁾ La causa c- 506/04.

nell'ambito di una controversia sorta in seguito al rifiuto, da parte del Consiglio dell'ordine degli avvocati del Foro di Lussemburgo, di iscrivere all'albo un cittadino del Regno unito, il signor Wilson. In particolare il diniego di iscrizione è stato effettuato in quanto tra i requisiti necessari per l'iscrizione all'Albo degli avvocati la legge nazionale lussemburghese del 2002, che ha recepito la direttiva CE 98/5, prevede che l'avvocato straniero abbia padronanza di almeno una delle lingue utilizzate in Lussemburgo, che sono francese, tedesco o lussemburghese. Il cittadino britannico, presentatosi al colloquio per l'ammissione all'ordine degli avvocati nel Granducato di Lussemburgo, ha rifiutato di sostenere il colloquio senza essere assistito da un avvocato lussemburghese che lo avrebbe aiutato a comprendere la lingua straniera. La Corte di giustizia, considerando che uno degli obiettivi della direttiva 98/5 è quello di dare possibilità agli avvocati di un altro Stato dell'Unione europea di esercitare stabilmente la professione in un altro paese membro con il loro titolo professionale di origine, ha dichiarato che la normativa regolante l'accesso alla professione di avvocato vigente nel Granducato di Lussemburgo osta con l'art. 3 della direttiva stessa, nella parte in cui subordina l'esercizio della professione ad un previo controllo della padronanza delle lingue dello Stato ospitante.

Con la seconda sentenza ⁽²⁰⁾ la Grande sezione della Corte di Giustizia ha accolto il ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee contro il Granducato di Lussemburgo, volto ad evidenziare l'illegittimità delle previsioni della legge nazionale lussemburghese del 2002, già citata nella precedente questione, laddove essa impone all'avvocato di un altro paese CE, in aggiunta al colloquio per ottenere l'iscrizione all'albo in una delle lingue utilizzate nello Stato, anche di presentare ogni anno il certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato di origine.

Su tale punto anche il legislatore italiano risulta in difetto: infatti l'art. 10 del D.lgs 96/2001 prevede che l'avvocato stabilito sia tenuto a presentare annualmente al Consiglio dell'Ordine un attestato di iscrizione all'organizzazione professionale di appartenenza.

5. Ultimo argomento che tratteremo riguarda le condizioni richieste ad un praticante avvocato per ottenere l'iscrizione negli appositi registri presso gli ordini professionali di un diverso paese dell'Unione europea rispetto a quello di origine.

La questione è stata oggetto di una sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003, causa 313/01 ⁽²¹⁾. Il caso riguarda specificamente l'iscri-

⁽²⁰⁾ Procedimento c-193/05.

⁽²¹⁾ Già citata in nota 5, e consultabile anche in *Corriere giuridico*, 2004, 6, 741 ss., con commento di S. BASTIANONI, *La Corte di Giustizia e il riconoscimento dei diplomi, recenti sviluppi*, e in *Il dir. comun. e degli scambi internaz.*, 2006, 2, 265 ss., con nota di E. BERGAMINI, *La posizione del praticante legale nel diritto comunitario tra riconoscimento accademico e riconoscimento legale*.

zione nel Registro dei praticanti presso l'ordine degli avvocati di Genova di una cittadina francese, laureatasi nel proprio paese, e che li aveva anche esercitato per un certo periodo attività di collaborazione presso uno studio legale, come praticante patrocinatore. Il diniego di iscrizione dell'Ordine di Genova, confermato dall'Ordine nazionale, si è fondato sull'art. 17 del R.d.l. n. 1578 del 1933, che subordina l'iscrizione nel Registro dei praticanti avvocati al possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un'università italiana. La Corte di giustizia - adita in via pregiudiziale dalla Corte di Cassazione, cui si era rivolta in ultima istanza la cittadina francese - dopo aver accertato che a né a livello comunitario, né italiano, siano state adottate specifiche norme per quanto riguarda l'esercizio dell'attività di "praticante avvocato" nei paesi dell'Unione europea, ha ritenuto che alla stessa non possano nemmeno ritenersi applicabili per analogia le direttive 89/48/CEE in materia di mutuo riconoscimento dei diplomi e 98/5/CE, concernente il diritto di stabilimento in un altro Stato comunitario di avvocati completamente qualificati e non di persone, come i praticanti, che sono ancora in fase di formazione.

Secondo la Corte di giustizia pertanto per quanto riguarda l'attività di praticantato legale potrà ritenersi applicabile l'art. 43 del TCE, in materia di libertà di stabilimento, in quanto il periodo di tirocinio professionale comporta l'esercizio di un'attività, che normalmente dovrebbe essere retribuita o dal cliente o dallo studio dove il praticante lavora, e che è finalizzata ad accedere ad una professione regolamentata, quella di avvocato appunto, cui si applica l'art. 43 del Trattato CE. Se invece la retribuzione del praticante avvocato assume i contorni di un salario vero e proprio, secondo la Corte di Lussemburgo si dovrebbero applicare gli artt. 39 ss del Trattato CE, in materia di libera circolazione dei lavoratori ⁽²²⁾.

Richiamandosi ad una sua precedente giurisprudenza ⁽²³⁾, la Corte di giustizia della CE ha riconosciuto che il diritto di stabilimento di un cittadino in un altro paese comunitario è ostacolato da norme nazionali che si limitino a prevedere l'accertamento da parte delle autorità dello Stato ospitante solo di requisiti formali, come quelli richiesti dal nostro R.d.l n. 1578 del 1933, che prevede per l'iscrizione al Registro dei praticanti avvocati, oltre alla cittadinanza italiana o di un paese comunitario, anche il possesso di una laurea in giurisprudenza conseguita o confermata in un'università italiana. Secondo la Corte di Lussemburgo l'autorità competente dello Stato cui è diretta domanda di iscrizione in un suo registro - nel caso di specie il Consiglio dell'ordine degli avvocati locale - dovrà invece effettuare una valutazione non solo formale della documentazione presentata (es. il diplo-

⁽²²⁾ In merito vedi anche la sentenza della Corte di giustizia CE 17 marzo 2005, c-109/94, in www.curia.europa.eu/int

⁽²³⁾ In particolare, alle sentenze del 7 maggio 1991, c-340/89, *Vlassopoulou* e del 30 novembre 1995, c-55/94, *Gebbard*.

ma conseguito in un altro Stato membro), ma dovrà verificare in concreto quali siano le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro paese comunitario, oltre l'esperienza professionale effettuata in quest'ultimo, per determinare se, nel complesso, il richiedente possieda sostanzialmente i requisiti previsti per accedere all'attività di cui trattasi. Se emergerà una corrispondenza solo parziale rispetto alle condizioni previste dall'ordinamento nazionale, le autorità competenti non dovranno rifiutare l'iscrizione, ma potranno pretendere che l'interessato dimostri di avere comunque maturato le conoscenze e le qualifiche mancanti.

Per effetto della sentenza della Corte di giustizia del 2003 citata, gli Ordini italiani saranno tenuti ad applicare il R.d.l. n. 1578 del 1933 in senso conforme al diritto comunitario (che, come sappiamo, prevale su quello nazionale), anche in mancanza di norme statali che fissino nuove regole per la procedura di valutazione: gli Ordini dovranno cioè esaminare le domande di cittadini di altri paesi membri dirette ad ottenere l'iscrizione nel Registro dei praticanti avvocati, verificando caso per caso il *curriculum* del candidato non solo dal punto di vista della formazione (ad es. il possesso della laurea in giurisprudenza o equiparate), ma anche dell'esperienza professionale maturata nel paese di origine.

VALENTINA FORTI

NOTE A MARGINE DEL LIBRO VERDE SUL DIRITTO DI ACCESSO:
STANDARD DI VALUTAZIONE E INTERROGATIVI SUL TAPPETO:
IL DIRITTO DI ACCESSO È UN DIRITTO FONDAMENTALE?

SOMMARIO: 1. *Attualità del Libro Verde sul diritto di accesso della Commissione Europea: persistenza degli aspetti problematici.* – 2. *I termini del problema: a) il principio della trasparenza e la sua positivizzazione.* – 3. *Spinte evolutive ad una configurazione più completa del diritto di accesso: b) la Convenzione di Aarhus* 4. *La Convenzione di Aarhus in Italia.* – 5. *I tre pilastri della Convenzione di Aarhus.* – 6. *Il diritto di accesso come diritto fondamentale?*

Il diritto di accesso⁽¹⁾ è al centro del dibattito politico-giuridico in Europa: l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa lo hanno posto in evidenza nella loro agenda : l'Unione Europea con il Libro Verde⁽²⁾ e il Consiglio d'Europa con il suo impegno per una Convenzione, che si pone in linea di continuità con la Raccomandazione 2(2002)⁽³⁾ che rappresenta il principale benchmark di valutazione a livello europeo per la valutazione delle normative nazionali in materia di accesso⁽⁴⁾.

In ragione di ciò sembra opportuno cogliere qualche spunto critico a margine del Libro Verde dell'Unione sul diritto di accesso. A tal fine si farà ampio riferimento a strumenti di diritto internazionale, soprattutto la Con-

⁽¹⁾ Sul diritto di accesso: G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1991; CORSO-TERESI, *Procedimento amministrativo*, Rimini, 1991; ROMANO-TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso*, in *Dir. Amm.*, 1995,315 e ss.

⁽²⁾ Libro Verde della Commissione Europea, Com (2007) 185, 18 aprile 2007

⁽³⁾ Disponibile sul sito del Consiglio d'Europa www.coe.int

⁽⁴⁾ V. anche M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e documenti amministrativi*, *Enc. Diritto*, Aggiornamento IV, Milano 2001, p.1; F. TERESI, *Il diritto di accedere agli atti della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Padova, 1996, 1656 e ss.

venzione di Aarhus in quanto funge da parametro di valutazione del Libro Verde, e soprattutto poiché rappresenta uno degli standard fondamentali nel ragionamento sulla sussunzione del diritto di accesso nel novero dei diritti fondamentali, e quindi sulla valenza effettiva del Libro Verde.

Il libro Verde rappresenta senza dubbio uno spunto di riflessioni, tra le quali, secondo noi, le più rilevanti riguardano la “coesistenza” di due “sistemi giuridici” in materia di informazione: quello riguardante l’informazione amministrativa e quello riguardante l’informazione ambientale, quindi il rapporto tra il regolamento 1049/2001 e il Regolamento 1367/2006 del 6 settembre 2006 sull’applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus.

Come si legge nel testo: Il regolamento 1049/2001 stabilisce un regime generale per l’accesso ai documenti. Dato che la base giuridica è l’articolo 255 del trattato CE, esso si applica solo al Parlamento, al Consiglio e alla Commissione nonché, per estensione, alle agenzie comunitarie. D’altro canto, le disposizioni del regolamento 1367/2006, relativo all’accesso alle informazioni in materia ambientale, si applicano a tutte le istituzioni e a tutti gli organi della Comunità. Il regolamento 1049/2001, il nuovo regolamento 1307/2006 e le norme volontarie in materia di accesso adottate dalle altre istituzioni e dagli altri organi in parte si sovrappongono. Vale inoltre la pena di osservare che le eccezioni al diritto d’accesso fissate dai due regolamenti *non sono del tutto identiche*. La coesistenza del regolamento 1049/2001 e del regolamento 1367/2006 porta a due regimi ampiamente convergenti e coerenti, *seppure sussistono differenze che possano dar adito a interpretazioni divergenti*.

Per togliere queste differenze si potrebbe instaurare un regime specifico che disciplini il diritto d’accesso alle informazioni in materia ambientale, oppure *modificare le disposizioni del regolamento 1049/2001, per renderle pienamente e integralmente compatibili con quelle del regolamento 1307/2006, il che permetterebbe di mantenere un regime unico per l’accesso alle informazioni in materia ambientale e a quelle detenute dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione*. La seconda ipotesi permetterebbe di offrire al cittadino una maggiore chiarezza giuridica, seppure regimi diversi continuerebbero a esistere per altre istituzioni e altri organi comunitari ⁽⁵⁾.

2. I termini del problema: a) il principio della trasparenza e la sua positivizzazione

Giova preliminarmente soffermarci sul concetto di trasparenza per fornire parametri adeguati di valutazione del Libro Verde giacché il lettore, in generale, si limita a leggere il testo soffermandosi sulle considerazioni che depongono per un contesto soddisfacente e positivo, senza mettere in luce

⁽⁵⁾ Libro Verde p. 15 e ss.

le reali problematiche e attardandosi in materia di rapporto tra accesso all'informazione e accesso all'informazione ambientale.

Sembra opportuno, al fine di contestualizzare adeguatamente il tema della trasparenza in ambito comunitario ⁽⁶⁾, riprendere la definizione proposta dalla dottrina in relazione al contesto comunitario: Il termine "trasparenza" non è, dunque, solo una espressione "alla moda" a volte anche "astratto" bensì un concetto eterogeneo, "pentagonale" le cui cinque facce sono rappresentate dai seguenti principi-cardine: 1) la chiarezza del sistema istituzionale, grazie alla semplicità e comprensibilità dei Trattati istitutivi, che sono la "carta costituzionale" dell'Unione europea; 2) l'accesso alla legislazione e sua qualità redazionale, in termini di motivazione, pubblicità e facilità di accesso; 3) la trasparenza del processo decisionale, che riguarda la possibilità per i cittadini di conoscere le varie fasi dell'iter decisionale; 4) la politica generale d'informazione e di apertura; 5) l'accesso del pubblico ai documenti comunitari ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Secondo, l'articolo II-102 del Progetto Costituzionale "Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto".

⁽⁷⁾ C. ALBERTI, *La disciplina del diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione e limitazione*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 1/2003 p. 55 e ss.

⁽⁸⁾ Cfr. J. SCHWARZE, *The Convergence of the administrative laws of the EU members?* Public law, 4/1998, 191 e ss. : Diritto amministrativo costituiva originariamente una questione di diritto meramente nazionale, adesso ha una dimensione europea. È possibile aspettarsi in diritto amministrativo nazionale non perda né le sue particolarità nazionali né il suo ruolo predominante riguardo alla regolamentazioni processi interni nei membri dell'Unione Europea nondimeno l'integrazione europea e la concomitante necessità di sviluppo o di principi comuni giuridici dell'esecuzione del diritto comunitario fornirà in futuro per la permeabilità negli ordinamenti nazionali [...].

⁽⁹⁾ "Anche il diritto comunitario, dopo un iniziale disinteresse per il tema del procedimento, ha risentito dell'influenza esercitata dagli ordinamenti nazionali e con una profonda integrazione tra amministrazione e società europea, quindi per colmare questa sorta di deficit amministrativo. Una politica della trasparenza amministrativa emerge dall'esame comparato dei singoli ordinamenti nazionali, da cui si vince come quasi i paesi membri abbiano riconosciuto il diritto ad accedere ai documenti amministrativi, inteso come una forma di vigilanza dei singoli, [...] crescente rilevanza che la politica alla trasparenza su ordinamento della loro rappresenta il frutto di dinamiche di interazioni ascendenti discendenti tra diritti amministrativi nazionali e diritto comunitario, i quali si sono trovati in una situazione di convivenza voluta ma sofferta si può affermare che anche del soggetto ambito si sia verificato questo processo di osmosi a doppio senso, cioè ascendente discendente: dai paesi membri verso la comunità, dove principi nazionali sono stati, in un certo senso, adattati alla struttura comunitaria, per poi essere esportati nei singoli ordinamenti per la gestione di questioni rilevanza europea, C. ALBERTI, *La disciplina il diritto di accesso nel post Amsterdam tra consacrazione limitazione*, Riv. It. Dir. pubbl. com. 1-2003, pag. 56 e ss.

Solo di recente, si è, in ambito comunitario ⁽⁸⁾, profilato un terzo aspetto, quello della trasparenza ⁽⁹⁾, come strumento di comprensione e accessibilità sia dal punto di vista strutturale che del processo decisionale ⁽¹⁰⁾.

Particolarmente significativa è la ricostruzione proposta dalla dottrina riguardo la “dimensione europea ⁽¹¹⁾”: “la trasparenza dell’azione di governo, dunque la sua comprensibilità e la possibilità di identificazione delle responsabilità, è collegata soltanto in modo marginale, all’interno dei singoli stati, al principio democratico.

Di notevole importanza ai fini dell’attuazione del principio di trasparenza è inoltre l’accesso ai documenti amministrativi, che ha ottenuto dignità di diritto primario nell’articolo 255 ⁽¹²⁾ TCE grazie al Trattato di Amsterdam ⁽¹³⁾.

Va osservato che la pluralità delle formule utilizzate (*openness, Government in the Sunshine*) per fare riferimento al medesimo concetto, la trasparenza, ha contribuito non poco all’indeterminatezza del concetto. La conseguenza di ciò è stata la costruzione di un istituto di tipo amministrativistico, a fronte di un “*constitutional right*” ⁽¹⁴⁾ che secondo parte della dottrina sarebbe stata una figura più appropriata. Alla qualificazione della

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. TOMKINS, *op.cit.* p. 220. L’autore come ultimo aspetto della trasparenza, analizza l’obbligo di motivazione in prospettiva comunitaria (art. 253).

⁽¹¹⁾ Cfr. M. CHITI, *Are there universal principles of good governance? European public law*, 1/1995, p. 258 : Per questa nuova è possibile nuova amministrazione, caratterizzata da un continuo interscambio tra regole nazionali ed europee, il principio di devono ancora in larga parte essere definiti. Questo è lo scopo che aspetta da di esperti diritto amministrativo europeo alla fine di già nel prossimo millennio. Ciò così di dare il nostro principale contributo alla costituzione di un’Europa incentrata sui cittadini e sulle loro libertà fondamentali. Secondo me molti dei principi possono essere significativamente costruiti partendo dall’idea della cittadinanza europea, una cittadinanza europea che è diventata meno simbolica e giuridicamente più concreta e politicamente rilevante [...].

⁽¹²⁾ *Articolo 255 (ex articolo 191 A) : 1. Qualsiasi cittadino dell’Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3. 2. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all’articolo 251 entro due anni dall’entrata in vigore del trattato di Amsterdam. 3. Ciascuna delle suddette istituzioni definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l’accesso ai propri documenti.*

⁽¹³⁾ A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell’Unione Europea*, in *Federalismi.it*, n.6/2005, p. 27-30, trad. C. PANARA.

⁽¹⁴⁾ Cfr. C. HARLOW, *Freedom of information and transparency as administrative and constitutional rights*, in *The Cambridge Yearbook European Legal Studies*, Vol. 2, 1999, p. 285.

trasparenza in termini meramente amministrativi è conseguito un impoverimento dell'istituto a livelli comunitario. Appare convincente la ricostruzione proposta da Harlow: l'autrice definisce la trasparenza come concetto costituzionale che dovrebbe essere riservato per una "*bundle of constitutional rights*". A fronte della connotazione tradizionale, l'autrice sostiene che, nonostante si tratti di un istituto plurimo che comprende diversi tipi di diritti, individuali e collettivi, si tratterebbe in realtà di un "*collective right, democratic right*" di accesso alle informazioni che tutti gli individui, in quanto cittadini condividono. Il più fondamentale dei nostri "*civic and political rights*"¹⁵. Secondariamente, si tratta di un diritto individuale all'informazione verso l'amministrazione⁽¹⁶⁾.

L'articolo 255 comma 1 TCE tratta espressamente di un diritto di accesso ai documenti. Con ciò garantisce la norma un diritto di accesso individuale e "giustiziabile" davanti all'Ue e quindi un diritto soggettivo. Il richiedente non deve addurre nessun motivo per la sua richiesta di informazioni. Segue...

Lo scopo primario del diritto non è il procurarsi un'informazione, ma il rafforzamento del controllo democratico e della fiducia del pubblico nell'amministrazione. Questo accesso diventa quindi in linea di massima libero e garantito incondizionatamente e soprattutto non dipende da un interesse fondato o dalla concreta partecipazione al procedimento⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Il diritto di accesso riconosciuto dal Trattato di Amsterdam è un "diritto civile fondamentale", "trae la propria forza dalla sua natura di diritto fondamentale", e inoltre, ha trovato posto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, una sorta di Bill of Rights comunitario, all'art. 42. Certamente non si deve ignorare la volontà, espressa dagli autori della Carta, di non dotarla di forza giuridica obbligatoria, [...] Resta da affrontare la questione della giustiziabilità dei diritti elencati nella Carta, la quale non ha previsto un sistema autonomo di garanzia dei diritti in essa proclamati, ma potrebbe essere utilizzata dalla Corte di giustizia "come strumento ermeneutico nell'elaborazione della sua giurisprudenza sui diritti fondamentali". [...] Significativi sono stati i primi approcci giurisprudenziali alla Carta dei diritti fondamentali, utilizzata come valido supporto dagli Avvocati Generali in due recenti cause nell'affrontare problematiche legate alla materia dei diritti fondamentali. L'Avvocato Generale A. Tizzano, nelle Conclusioni presentate nella Causa C-173/99 ha affermato che "in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori - Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche - della scena comunitaria". [...] D'ALBERTI, *op. cit.* Questo punto, appare ai fini della ricerca determinante: si tratta di riconfigurare, i limiti e la fisionomia di un diritto in base alla sua "natura," e ciò, come sottolinea l'Autore, pone in primissimo piano l' "interpretazione dei limiti".

⁽¹⁶⁾ C. HARLOW, *op. cit.* p. 285-286.

⁽¹⁷⁾ BROEMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Mohr, p. 340.

Vi sono stati diversi fattori di pressione esterni ⁽¹⁸⁾ ed interni riguardo l'approvazione di leggi sul diritto di informazione. In molti paesi la società civile e i gruppi ambientalisti hanno giocato un ruolo forte. Anche alcune organizzazioni internazionali hanno fatto pressione per l'approvazione di strumenti normativi in materia di diritto all'informazione. I fattori di pressione vengono distinti in: fattori internazionali, fattori di modernizzazione in relazione alla società dell'informazione e fattori attinenti al riconoscimento del diritto all'informazione come diritto costituzionale. Alcune organizzazioni internazionali hanno svolto un ruolo forte come il Fondo Monetario Internazionale e soprattutto il Consiglio d'Europa che nel settembre del 2003 ha sviluppato il primo accordo sull'accesso. La Convenzione di Aarhus rappresenta un altro fattore importante di pressione. Il terzo fattore è dato dal riconoscimento a livello costituzionale del diritto all'informazione come diritto fondamentale. La maggior parte delle "nuove costituzioni" includono il diritto di informazione tra i diritti fondamentali. Spesso prevedono altresì il diritto all'informazione ambientale.

*La più importante caratteristica di una legge sul diritto di informazione è la possibilità per i singoli di richiedere materiale detenuto dall'autorità pubblica o da organismi governativi. Il "materiale" può essere costituito da records, documenti o informazioni. Generalmente hanno diritto di accesso i cittadini, i residenti, le imprese senza che sia necessario dimostrare un interesse giuridico. Ai fini della presente indagine, per poi valutare adeguatamente la rilevanza e l'efficacia del Libro Verde, il dato più significativo è quello del collegamento tra diritto di accesso e visibilità del potere pubblico che rappresenta il referente privilegiato per l'inclusione del diritto di accesso nei c.d. administrative human rights. Sembra significativo ricercare elementi che consentano di configurare l'istituto come strumento di massima apertura dell'amministrazione ai cittadini, come strumento di realizzazione della c.d. "casa di vetro", a prescindere dall'*animus* che muove il soggetto che interloquisce con l'amministrazione inscrivendolo nell'area dei diritti fondamentali, come arricchimento del patrimonio dei diritti fondamentali della persona, coerentemente alle tendenze più recenti manifestatesi in Europa ⁽¹⁹⁾ con la Carta di Nizza e la Costituzione europea.*

⁽¹⁸⁾ Cfr. in generale FOIA Report 2005, il contenuto del paragrafo rappresenta una sintesi dei contenuti della parte introduttiva del FOIA report

⁽¹⁹⁾ Affrontano il tema del procedimento amministrativo in prospettiva comparata: R. CARANTA, *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, p. 606-609; M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1-34. In generale, sulla riforma della p.a. a livello comparato, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2001; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo in Europa*. Atti del Convegno di Milano, Milano, 2000; Y. MENY-WRIGHT (a cura di), *La*

3. *Spinte evolutive ad una configurazione più completa del diritto di accesso:*
b) *la Convenzione di Aarhus*

La definizione di informazione ambientale contenuta nella Convenzione⁽²⁰⁾ è intenzionalmente di ampia portata ed è suddivisa in tre parti (c.d. pilastri).

Un primo elemento di riflessione è dato dall'estensione del concetto dell' "oggetto" che comprende quindi qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva sonora o contenuta in banche dati circa lo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio e degli spazi naturali, degli organismi geneticamente modificati, nonché quelle riguardanti sostanze, energie, rumori o radiazioni, accordi ambientali, pratiche, legislazioni, piani, programmi che influenzano o potrebbero influenzare l'ambiente.

4. *La Convenzione di Aarhus in Italia*

Il quadro di riferimento fin qui delineato si arricchisce di due elementi significativi ai fini della rappresentazione del valore dell'informazione ambientale. Il primo è dato, a livello internazionale, dalla Convenzione di Aarhus⁽²¹⁾ sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico e sul ricorso alla giustizia in materia ambientale, ratificata dalla Repubblica italiana con L. 16 marzo 2001 n. 108 e vigente dal mese di ottobre 2001, data in cui è stato raggiunto il numero minimo di ratifiche previsto dall'accordo.

La "Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale", firmata nella cittadina danese di Aarhus nel 1998 è entrata in vigore nel 2001. Rappresenta uno strumento internazionale di fondamentale rilevanza per la sensibilizzazione e il coinvolgimento della società civile sulle tematiche

riforma amministrativa in Europa, Bologna 1994. La prospettiva è quella delineata da M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; per una sintesi efficace, completa, accompagnata da una bibliografia completa ed esaustiva: L. VANDELLI, *L'attenzione per il diritto pubblico straniero*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 4/2001, 1597 e ss.; per una completa bibliografia sull'amministrazione in diritto comparato, G. MORBIDELLI-L.PEGORARO-A.REPOSO-M. VOLPI, *Diritto costituzionale italiano comparato*, Monduzzi, Bologna, 1997.

⁽²⁰⁾ Il testo della Convenzione è disponibile sul sito della UNECE – United Nations Economic Commission for Europe <http://www.unece.org/env/pp/>.

⁽²¹⁾ sulla Convenzione di Aarhus, v. J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, Riv. Giur. amb. 2000, p. 1-27; RECCHIA, *Accesso alla giustizia in materia ambientale: progressi verso l'attuazione della Convenzione di Aarhus*, Riv. Giur.amb. 2004, 5, 787.

ambientali. Vi aderiscono 39 Stati membri della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) e l'Unione Europea.

Rappresenta il più importante esempio di democrazia ambientale e di attuazione del Principio 10 della Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo, la Convenzione di Aarhus è un nuovo modello di trattato internazionale in cui diritti umani e tutela ambientale trovano affermazione e sostegno reciproco⁽²²⁾. Secondo la Dichiarazione di Lucca, *la Convenzione di Aarhus è "un nuovo tipo di accordo ambientale. Prende atto degli obblighi che abbiamo nei confronti delle generazioni sia presenti che future. Conferisce diritti agli individui, a prescindere dalla loro nazionalità, cittadinanza o domicilio. Essa riconosce il ruolo chiave di un pubblico attivo e ben informato nell'assicurare uno sviluppo sostenibile dal punto di vista ambientale. Attraverso il tentativo di garantire il diritto pubblico all'informazione, alla partecipazione e alla giustizia in ambito ambientale, essa riguarda, in modo concreto e tangibile, la relazione tra il governo e gli individui. Si tratta, pertanto, di un qualcosa di più di un accordo ambientale: è un accordo che riguarda gli aspetti fondamentali dei diritti umani e della democrazia, inclusi governi trasparenti, responsabili e attenti alle richieste dei governati, [...]Le autorità pubbliche e coloro che adottano le decisioni a qualsiasi livello ed in tutti i settori, così come la magistratura e i legislatori, devono essere perfettamente consapevoli degli obblighi che discendono dalla Convenzione"*.

5. I tre pilastri della Convenzione di Aarhus

I tre pilastri della democrazia ambientale costituiscono non solo gli obiettivi della Convenzione ma anche e soprattutto gli strumenti per il raggiungimento dello scopo ultimo di contribuire alla tutela del diritto, spettante a ciascun individuo delle generazioni attuali e future, di vivere in un ambiente adeguato per la propria salute ed il proprio benessere. A tal fine la Convenzione richiede ai governi di intervenire in tre settori:

1. Garantire ai cittadini l'accesso alle informazioni ambientali. In questo caso, l'obiettivo si sostanzia nell'accrescimento della conoscenza del pubblico sui temi ambientali al fine di promuovere comportamenti che rispecchino una forte coscienza ambientale e garantiscano la trasparenza.

La Convenzione *distingue* tra il *diritto dei cittadini di accedere alle informazioni* di cui fanno richiesta e il *dovere delle autorità pubbliche di divulgare tali informazioni*.

Ciò implica che: le autorità siano effettivamente in possesso dei documenti; le informazioni siano aggiornate ed affidabili, rilasciate in termini ragionevoli e senza costi onerosi.

Il rifiuto è ammissibile solo in alcuni casi (richiesta abusiva, generica, relativa a un documento in corso di elaborazione o non posseduto) o per

⁽²²⁾ Testo disponibile sul sito del Ministero dell'ambiente: www.minambiente.it

alcuni motivi (tutela del segreto delle deliberazioni delle pubbliche autorità, della difesa nazionale, della pubblica sicurezza, del buon funzionamento della giustizia, del segreto commerciale/industriale, dei diritti di proprietà, del carattere confidenziale dei documenti). *La divulgazione delle informazioni richiede un ruolo attivo e comunicativo delle istituzioni: deve essere effettuata nel rispetto del principio dell'immediatezza e tradursi nella creazione di reti automatizzate delle informazioni.*

Il secondo pilastro intende favorire la partecipazione dei cittadini alle attività decisionali che possano avere effetti sull'ambiente. In questo caso, il target è accrescere l'efficacia dei processi di *decision making* ambientale, dando la possibilità al pubblico di offrire il proprio punto di vista, rafforzando così gli strumenti della democrazia partecipativa.

Il terzo pilastro mira a estendere le condizioni per l'accesso alla giustizia, al fine di rendere effettivi i diritti contenuti nella Convenzione.

I cittadini potranno ricorrere a procedure di revisione amministrativa e giurisdizionale qualora essi ritengano violati i propri diritti in materia di accesso all'informazione o di partecipazione o anche per denunciare la violazione della normativa ambientale da parte di soggetti pubblici e privati.

I diritti del "pubblico interessato" all'interno del primo e terzo pilastro della Convenzione

Il "pubblico interessato"⁽²³⁾ ha diritto all'informazione ambientale, secondo due modalità: mediante un ruolo passivo della pubblica amministrazione che consiste nel rispondere alle richieste dei cittadini; mediante un ruolo attivo della pubblica amministrazione, consistente nel raccogliere e divulgare l'informazione ambientale. Una richiesta potrà essere disattesa se l'autorità cui si è inoltrata la domanda non possiede l'informazione; la richiesta è obiettivamente irragionevole o è formulata in modo troppo generico; la richiesta riguarda materiale in elaborazione o comunicazioni interne dell'autorità pubblica. Il "pubblico interessato" dovrà ricevere l'informazione entro un mese (massimo due) dalla presentazione della richiesta.

6. Il diritto di accesso come diritto fondamentale?

Le informazioni sulla convenzione di Aarhus ingenerano una serie di interrogativi a cui occorre rispondere: il primo riguarda in generale gli

⁽²³⁾ (art 2) Il termine "pubblico" indica una o più persone fisiche o morali e, conformemente alla legislazione o al costume del paese, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da queste persone. L'espressione "pubblico interessato" indica il pubblico che è coinvolto, o rischia di essere coinvolto, dalle decisioni prese in ambito ambientale oppure che ha un interesse da far valere nei confronti del processo decisionale; ai fini della presente definizione, le organizzazioni non governative che operano a favore della tutela dell'ambiente, e che soddisfano le condizioni che possono essere richieste nel diritto interno, sono considerate come aventi un interesse.

standards di trasparenza a livello comunitario: tali standards possono essere ritenuti coerenti con la Convenzione? La risposta è no, al di là delle risposte e dei dati contenuti nel Libro Verde, duramente censurato a livello internazionale soprattutto da Statewatch. Se è vero che gli ambiti di applicazione come spiegato in sede introduttiva sono diversi, la persistenza di questo doppio binario appare sostanzialmente retaggio di una concezione ormai desueta, vetusta, ma soprattutto difficilmente comprensibile se contestualizzata in ambito internazionale. Le "alternative" proposte nel libro tra la modifica del regolamento 1049/2001 ed unificazione del regime giuridico consolidano le notazioni da noi proposte in sede introduttive: la costruzione di un istituto di diritto amministrativo, dalla silhouette normativa esigua e ristretta, piuttosto che un "constitutional right" come correttamente proposto da Harlow. Resta fuori, inevitabilmente, il "quadro giuridico internazionale" che ha visto di recente il riconoscimento del diritto di accesso come diritto fondamentale da parte della Corte interamericana dei diritti umani. A livello internazionale, si fa strada ormai l'idea della non-differenziazione tra accesso all'informazione amministrativa e accesso all'informazione ambientale, facendo leva sull'inclusione del diritto di accesso nel novero dei diritti fondamentali.

Il diritto di accesso all'informazione è un diritto fondamentale. Ciò risulta in modo sempre più evidente dal diritto comparato e dalla giurisprudenza. Per di più, le leggi sulla libertà di informazioni delle moderne democrazie sono basate sul principio che le informazioni devono essere accessibili ed escluse dall'accesso solo in un numero limitato di casi e solo dopo verifiche certe, come l'harm test⁽²⁴⁾.

L'approccio seguito indebolisce di molto la valenza del Libro verde, che, non volendo aderire alle censure pesantissime di Statewatch che lo ha definito "autocelebrativo" di certo è conservativo, piuttosto che innovativo. Il tema viene prospettato in modo "sommesso", ma in realtà si tratta del profilo che tende a rimodellare realmente il livello di trasparenza e soprattutto a riportare il contesto comunitario in armonia con i più elevati standard internazionali. Sul punto, ci si aspettava maggiore decisione. A livello internazionale vi è un radicato consenso che investe trasversalmente, organismi internazionali, dottrina, corti sulla natura del diritto di accesso come diritto fondamentale, e in quanto tale insofferente a limitazioni di qualsiasi genere che non siano ragionevoli e giustificabili in una democrazia moderna e avanzata.

In conclusione, non ci possiamo esimere dal rilevare che la percezione

⁽²⁴⁾ ... *It is noted that many participants stressed that access to government-held information both is and should be regarded as a fundamental human right, a right of importance in itself and a right which is a necessary precondition for the enjoyment of other rights Appendix II- General Report H. Darbishine*, disponibile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa.

del diritto di accesso come “administrative right” a fronte di un “constitutional right”, determina un suo criticabile confinamento nella dimensione amministrativa a fronte di un largo consenso internazionale per la sua inclusione nel novero dei diritti fondamentali, dove si collocherebbe più propriamente.

Il regime unico modellato sui parametri dell'informazione ambientale rappresenterebbe una tappa fondamentale nel percorso per il riconoscimento del diritto di accesso nel novero dei diritti fondamentali, che ha visto di recente un importante sentenza della Corte Interamericana dei diritti ⁽²⁵⁾ umani. Nel Libro Verde, purtroppo, non si coglie traccia delle riflessioni suscitate a livello internazionale dalla sentenza cui invece le ONG vicine al Consiglio d'Europa hanno prestato grande importanza.

Il dato che colpisce, alla luce di ciò, è la persistenza di un *habitus* mentale che sembra ormai logoro che tende ancora a distinguere tra informazione ambientale e informazione *tout court* perdendo di vista quello che è il dato fondamentale: la costruzione di un meccanismo di circolazione di informazioni libero e fluido che consenta a “chiunque” di ottenere (nei limiti necessari) un'informazione che gli appartiene e che le autorità hanno solo la funzione di detenere, come sostenuto nella sentenza citata.

La consapevolezza del detenere implicherebbe avere contezza dell'altruità dell'informazione. Ciò forse intaccherebbe il sentimento “proprietario” dell'autorità e le darebbe modo di rendersi conto che essa svolge forse in modo parziale la sua funzione non attivandosi per la creazione di informazioni (riguardo ciò la Convenzione di Aarhus rappresenta un validissimo spunto di riflessione che però sembra non essere percepito) e per il passaggio all'accessibilità piuttosto che mantenere un regime di accesso. Il punto fondamentale, è la non curanza del fatto che l'informazione appartiene ai cittadini e che quindi l'impostazione che si intende seguire rappresenta l'ennesima occasione perduta.

SERENA VERZERA

⁽²⁵⁾ Caso Reyes e altri c. Cile del 19 settembre 2006, disponibile sul sito della Corte Interamericana dei diritti umani <http://www.corteidh.or.cr/>

“INDENNIZZO DIRETTO” TRA OBIETTIVI CONDIVISI, PROFILI DI CRITICITÀ E PROPOSTE DI RIFORMA ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. *Indennizzo diretto: obiettivi condivisi, profili di criticità, proposte di riforma.* – 2. *L'esordio contrastato del nuovo sistema: il primo caso di indennizzo diretto, il ricorso al Tar del Lazio, la questione di legittimità costituzionale, i primi “disegni di legge” di riforma.* – 3. *La questione dell'«eccesso di delega».* – 4. *Il sistema dell'indennizzo diretto tra lo schema dell'«obbligatorietà» e gli spazi lasciati all'«autonomia negoziale».* – 5. *Problemi di coesistenza e di correlazione tra il “nuovo sistema speciale”, il “sistema fondato sui principi del codice civile” e altre “normative di settore”.* – 6. *Il problema dell'armonizzazione con i principi costituzionali e comunitari; in specie con la normativa a tutela del consumatore.* – 7. *Il possibile ricorso “facoltativo” all'indennizzo diretto tra proposte “ermeneutiche” e proposte “legislative”.* – 8. *Indennizzo diretto e suo coordinamento con la disciplina sulla “concorrenza”.* – 9. *Le “discrasie” rilevate tra “normativa primaria” (artt. 149 e 150 cod. ass.) e “normativa secondaria” (d.p.r. 254/06).* – 10. *Equilibrio (o squilibrio) tra le posizioni delle parti. Il problema del possibile “conflitto di interessi”. L'«assistenza informativa e tecnica» fornita dall'assicuratore.* – 11. *Esclusione del rimborso dei compensi per la consulenza o assistenza professionale diversa da quella medico-legale.* – 12. *Ampia discrezionalità dell'impresa assicuratrice nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto.* – 13. *Ulteriore possibile discrezionalità rispetto ai “tempi” del risarcimento.* – 14. *Considerazioni conclusive.*

⁽¹⁾ Questo scritto riproduce, con talune modifiche le relazioni introduttiva e conclusiva debitamente coordinate, tenute al Convegno “Assicurazione R.C.A. e risarcimento diretto: quale equilibrio tra i benefici per gli assicurati e le tutele per i danneggiati”, Milano 20 febbraio 2007 ed organizzato dalla Confconsumatori nazionale e dal Centro di Studi Giuridici sui diritti dei consumatori dell'Università degli Studi di Perugia - Polo di Terni.

1. – *Indennizzo diretto: obiettivi condivisi, profili di criticità, proposte di riforma.* La normativa recentemente introdotta con il “Codice delle assicurazioni” (d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209), nell’ambito della quale sono inclusi gli artt. 149 e 150 che disegnano, indicandone le linee guida, il sistema dell’«indennizzo diretto» che è stato, poi, più puntualmente disciplinato e definito dal Regolamento di attuazione (d.p.r. 18 luglio 2006, n. 254, emanato sulla base della previsione contenuta nell’art. 150), sistema sul quale si è chiamati a riflettere e a dibattere oggi, rientra nel più vasto disegno di “semplificazione legislativa” nel cui contesto hanno visto la luce vari “codici” di settore (oltre al “codice delle assicurazioni” si possono richiamare il “codice del consumo” - d. lgs. 206/05 -, il “codice in materia di protezione dei dati personali” - d.lgs. 196/03 -, il “codice delle comunicazioni elettroniche” - d.lgs. 259/03 -, il “codice dei beni culturali e del paesaggio” - d. lgs. 42/04 -, il “codice della proprietà industriale” - d.lgs. 30/05 -, il “codice dell’amministrazione digitale” - d.lgs. 82/05).

Di là da una valutazione globale del codice delle assicurazioni che non rientra certo nelle finalità dell’odierno dibattito, anche il sistema di indennizzo diretto è rivolto, più specificamente, a semplificare i rapporti tra assicuratore ed assicurato, soprattutto nella fase in cui questi si presenta nella veste (solo eventuale) di “danneggiato”. Esso, infatti, rinviene le ragioni della sua introduzione ed è volto a perseguire finalità diffusamente condivise. Da più parti e con varia accentuazione dei toni e dei profili si pone vivacemente in risalto che attraverso questo sistema si verrebbe ad instaurare un rapporto diretto e chiaro tra l’impresa di assicurazione ed il proprio cliente che agevolerebbe il superamento di quel circolo vizioso di sfiducia reciproca che, invece, sovente si ingenera nei loro rapporti, specie nel momento dell’infortunio con il coinvolgimento di un altro soggetto e di un’altra assicurazione. Si verrebbe, così, a favorire e a promuovere un possibile circolo virtuoso di reciproca collaborazione con la eliminazione di intermediari e con l’abbattimento della litigiosità.

Si auspica, inoltre, che ciò comporti il venir meno di condotte opportunistiche, l’abbattimento delle spese legali, la possibilità di provvedere più agevolmente a risarcimenti in forma specifica con la riparazione dell’autoveicolo da parte di autoriparatori di fiducia delle compagnie di assicurazione. Verrebbero così gettate le basi per una serie di condizioni che consentirebbero, da un lato, un contenimento dei costi dei risarcimenti, da altro lato, un più ampio confronto competitivo [oggi agevolato anche dal divieto di impiego da parte delle compagnie assicuratrici di agenti monomandatari previsto dall’art. 8 d.l. 3 luglio 2006, n. 223 come convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e sulla possibilità di accesso ai dati del sistema tariffario che consente al consumatore di comparare le tariffe applicate dalle diverse imprese di assicurazione disciplinato dall’art. 6, comma 3 d.l. 25, gennaio 2007, che aggiunge un quarto comma all’art. 136 codice delle assicurazioni - c.dd. decreti Bersani -] tra gli operatori del settore con effetti positivi non soltanto nei confronti delle compagnie di

assicurazione ma anche rispetto ai consumatori assicurati con una possibile riduzione dei premi di polizza.

Oltre ai benefici che ne deriverebbero, così, agli “assicurati”, che costituiscono un’ampia e numerosa compagine, dovrebbe anche essere garantita una più diretta, immediata ed adeguata tutela nei confronti dei “danneggiati” che rappresentano un più ridotto gruppo rispetto agli assicurati. Rispetto a questa non sempre coincidente forma di tutela (assicurato-danneggiato) si è, anzi, osservato che comparate con l’originario sistema dell’assicurazione obbligatoria della r.c. auto (introdotto dalla l. 990 del 1969) che si proponeva la primaria finalità di tutelare il “danneggiato”, le più recenti normative si sono mosse non tanto su questa linea quanto lungo un itinerario che privilegia piuttosto il profilo della protezione degli interessi degli “assicurati”.

Questo appare essere il quadro ideale che sembra aver ispirato il legislatore e che è ampiamente condiviso da più parti. Si pone però immediata la necessità della verifica della corrispondenza di questo quadro ideale e delle ragioni e finalità che lo hanno ispirato con la disciplina introdotta e con i meccanismi di tutela apprestati. Emergono, allora, non pochi momenti di criticità che si esprimono ora in forti perplessità e riserve, ora in aspri rilievi critici se non addirittura in proposte di modifica ritenute, fin d’ora, necessarie fino a giungere alle proposte di abbandono del sistema e di immediata abrogazione delle norme che lo hanno introdotto (in quest’ultima direzione va la proposta di legge “Belisario”, nel senso della parziale modifica la proposta “Ciocchetti”).

Particolarmente vivace è stata in ogni caso la partecipazione al dibattito che si è acceso sia nella fase dell’*iter* di approvazione, sia nella fase successiva del commento a cui hanno partecipato sedi istituzionali (di particolare interesse sono i pareri espressi dal Consiglio di Stato e dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato sullo schema del regolamento di attuazione), associazioni varie, in particolare rappresentative delle compagnie assicuratrici, da un lato e dei consumatori e cittadini, dall’altro, ed operatori di settore con variegate posizioni in merito agli obiettivi programmati in specie rispetto ad un miglioramento dei rapporti tra assicuratori e assicurati, ad un accrescimento della concorrenza, ad un sano equilibrio tra ottimizzazione della gestione, controllo dei costi delle compagnie di assicurazione, benefici per gli assicurati e tutele per i danneggiati.

Su questi aspetti sono già stati dati significativi contributi a cui si aggiungono quelli dati, in maniera veramente efficace e incisiva nell’odierno incontro di studi.

2. – *L’esordio contrastato del nuovo sistema: il primo caso di indennizzo diretto, il ricorso al Tar del Lazio, la questione di legittimità costituzionale, i primi “disegni di legge” di riforma.* Certo l’esordio del sistema dell’indennizzo diretto e della corrispondente normativa non è stato dei più tranquilli. A fronte dell’enfasi con cui è stato pubblicizzato il primo caso di indenniz-

zo diretto in occasione di un incidente avvenuto alle prime luci del 1° febbraio 2007, giorno in cui il sistema è divenuto operante [il caso, che si mostra particolarmente significativo perché riflette e richiama taluni interessanti aspetti della disciplina introdotta, è riportato in questi termini: Roma, 1° febbraio.- Si chiama C.F., di Argenta in provincia di Ferrara il primo automobilista che ha beneficiato della nuova procedura del risarcimento diretto. C.F., cliente del L.A. Assicurazioni, alle 7,30 della mattina di oggi è stato urtato da un veicolo che, in sorpasso, ha anticipato il rientro nella corsia di marcia. Come indicato dalla legge, e fortemente raccomandato dall'Ania, si legge in una nota del L.A. Ass., ha provveduto a compilare il modulo blu, il modello di constatazione amichevole facendolo firmare anche al conducente dell'altro veicolo rimasto coinvolto nell'incidente. Si è quindi recato presso la sua agenzia del L.A. Ass. di Bologna a denunciare il sinistro, e per la compagnia è stato sufficiente verificare la regolarità nella compilazione del modulo blu e controllare *on line* la copertura assicurativa dell'altro veicolo. La vettura danneggiata -per la cronaca una Toyota Yaris- è stata portata in una carrozzeria fiduciaria del L.A. Ass., dove il perito ha provveduto a quantificare il danno e -dopo sole otto ore dall'avvenimento del sinistro- è stato staccato l'assegno per l'importo di 1.238 euro con buona soddisfazione per il cliente], si contrappongono il ricorso presentato al Tar Lazio da parte di una serie di associazioni, comitati e di un singolo cittadino, con richiesta di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità, per eccesso di delega, degli artt. 149 e 150 cod. ass., e comunque di dichiarare nullo il d.p.r. 18 agosto 2006, n. 254 in quanto se il legislatore delegato non aveva il potere di emanare gli artt. 149 e 150, "a maggior ragione il Governo non aveva il potere di emanare il regolamento attuativo per un istituto giuridico privo di base normativa primaria", e di annullare, in ogni caso, alcuni articoli del regolamento stesso (in specie gli artt. 1, lett. d, e; 5; 9 e 11) che si porrebbero in contrasto o comunque travalicherebbero i confini dell'attuazione degli artt. 149 e 150, con istanza di sospensiva. Questione di incostituzionalità che non è stata ritenuta manifestamente infondata da parte del Giudice di Pace di Montepulciano il quale ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale con ordinanza del 19 dicembre 2006 nei confronti dell'art. 141 cod. ass. cui si collega strettamente, nelle argomentazioni addotte, l'art. 149, prevedendosi, da più parti, che a questo primo incidente di costituzionalità se ne aggiungeranno numerosi altri. Si è, infine, accennato che sono state presentate proposte di legge rivolte ad introdurre rilevanti modifiche se non a chiedere, addirittura, di eliminare completamente il sistema introdotto.

3. - *La questione dell'«eccesso di delega»*. In questo ampio contesto, al quale si è fatto cenno, veramente numerose sono state le questioni sollevate. In questa sede non è pensabile affrontarle nella loro integralità ma è possibile, soltanto, fare riferimento a talune fra le più rilevanti e che hanno trovato un significativo riscontro nell'odierno dibattito.

In primo piano si è posta la questione dell'eccesso di delega che assume rilievo veramente preminente perché essa sarebbe assolutamente *tranchant* ove venisse accolto il ricorso su di essa fondato. Si è parlato in proposito di "incostituzionalità preannunciata" dell'indennizzo diretto prevedendo il primo comma dell'art. 4 della l. 229/2003 (tramite anche i suoi rinvii) (si tratta della legge con la quale è stata conferita al Governo delega legislativa per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni assumendo così il codice delle assicurazioni la veste della legge delegata) l'obbligatorietà della preventiva richiesta di parere al Consiglio di Stato. Pare che è stato emesso in data 14 febbraio 2005, n. 11603, ma rispetto ad uno schema di codice in cui non erano ancora state incluse le norme relative all'indennizzo diretto che, sopraggiunte in un secondo momento, non sono state risottoposte, prima dell'approvazione, ad un ulteriore parere del Consiglio di Stato (che si è pronunciato, invece, poi, rispetto allo schema di decreto con parere espresso in data 19 dicembre 2005, n. 5074) e, quindi, sono rimaste scoperte rispetto a questo adempimento obbligatorio in virtù degli artt. 4 e 1 della l. 229/2003 ed in applicazione dell'art. 76 Cost. Di qui la prospettata incostituzionalità per il mancato rispetto del dettato della legge delega.

Ma anche sotto altro profilo si sarebbe realizzato l'eccesso di delega essendosi travalicato anche il "contenuto" della delega stessa ed i suoi "principi e criteri direttivi". Si è osservato al riguardo che la delega in nessun punto entra specificamente nel merito del risarcimento dei danni e della liquidazione dei sinistri se non, appunto, all'art. 4 lett. b, ove impone al Governo di rispettare i principi e i criteri direttivi a "tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio".

Si è, al riguardo osservato che il legislatore intendeva, così, con chiarezza fare riferimento a due soggetti ben precisi, il consumatore ed il contraente più debole, e non modificare certamente i principi generali di risarcimento dei danni. La tutela doveva, quindi, concernere i "rapporti contrattuali" e non "extracontrattuali"; non sembra, cioè, che si adombri alla possibilità di introdurre un sistema di indennizzo che trasferisca l'obbligo di indennizzare la vittima di un sinistro stradale dal danneggiante, in solido con la sua assicurazione, alla assicurazione del danneggiato. La delega sembra permanere nell'ambito dei rapporti contrattuali tra assicurato e compagnia assicuratrice e non già consentire la creazione di un meccanismo di mandato *ex lege* dall'assicurazione del responsabile del sinistro alla assicurazione del danneggiato. E non sembra sostenibile affermare che il riferimento contenuto nell'art. 4, lett. b, agli "aspetti strutturali di tale servizio" possa costituire il fondamento su cui poggiare il nuovo istituto perché tali espressioni appaiono pur sempre correlate "alla tutela dei consumatori e,

più in generale, dei contraenti più deboli” nell’ambito dei rapporti contrattuali tra assicurato e compagnia assicuratrice, in particolare per quanto attiene alle modalità di prestazione del servizio e non già al trasferimento degli obblighi risarcitori da un soggetto all’altro.

I soggetti di riferimento dell’art. 149 appaiono, invece, essere piuttosto i “danneggiati” che non assumono tanto la veste di “contraenti” ma di controparti di un soggetto, col quale non vi è alcun rapporto contrattuale, che commettendo un fatto illecito ha causato dei danni ingiusti da risarcire ai sensi degli artt. 2043 e 2054 cod. civ. Con l’introduzione del “nuovo” sistema i danneggiati, ove ricorrano le condizioni da esso contemplate, sono “obbligati” a chiedere il “risarcimento” del danno non a chi lo ha causato e ne è responsabile secondo i dettami del codice civile, bensì ad un altro soggetto, ossia alla propria compagnia assicuratrice, con l’applicazione, inoltre, di specifici criteri in merito alla individuazione dei diversi gradi di responsabilità e dei diversi limiti di risarcibilità che si differenziano rispetto ai principi generali dettati dal codice civile. La nuova normativa avrebbe così introdotto fondamentali modifiche sia di natura procedurale sia di natura sostanziale venendo così a mutare profondamente i diritti dei danneggiati senza che questa facoltà fosse ricompresa nella legge delega.

4. – *Il sistema dell’indennizzo diretto tra lo schema dell’«obbligatorietà» e gli spazi lasciati all’«autonomia negoziale».* Un altro fondamentale profilo, nel procedere nell’esame della normativa nei suoi tratti generali e caratterizzanti, va ravvisato nel fatto che il meccanismo dell’indennizzo diretto viene reso “obbligatorio” e non è rimesso alla scelta facoltativa delle parti ed alla discrezionale esplicazione della loro autonomia privata.

Sotto questo punto di vista si è rilevato che nel parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto si è troppo e forse impropriamente accentuato il margine delle possibili scelte rimesse alle parti, facendo intravedere che lo schema della obbligatorietà lascia pur sempre ampi spazi all’autonomia negoziale. Rileva, infatti, il Consiglio di Stato che “nel sistema delineato dagli artt. 149 e 150 del Codice, il danneggiato resta comunque libero di non accettare l’offerta dell’impresa e di procedere in via giudiziale, dove il criterio della risarcibilità del danno si espande secondo i principi generali. Infatti il danneggiato ove ritenga di non aderire all’offerta di risarcimento diretto fatta dalla sua impresa di assicurazione, resta titolare dell’azione diretta di risarcimento di cui all’art. 145, comma 2, sempre nei confronti della propria impresa di assicurazione”. L’impresa di assicurazione del veicolo responsabile, può, in questo caso, “chiedere di intervenire nel giudizio e può estromettere l’altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato, ferma restando, in ogni caso, la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese secondo quanto previsto nell’ambito del sistema del risarcimento diretto (art. 149, comma 6 del Codice)”. Si reputa, quindi, da parte del Consiglio che un “valore cruciale” verrebbero ad assumere i benefici, anche patrimoniali, che il danneggiato può ottenere a

fronte di una indubbia restrizione preventiva (liberamente accettata) dell'area dei danni risarcibili. Si ritiene che seguendo questa procedura non vi siano «difficoltà sistematiche a collocare questo meccanismo di risarcimento «semplificato» nell'area dell'autonomia negoziale delle parti che stipulano il contratto di assicurazione».

Si replica, tuttavia, nei confronti di questa chiave interpretativa proposta dal Consiglio di Stato che in realtà al già sussistente obbligo, previsto per legge (l. 990/69), a stipulare una polizza assicurativa, cui si connette, in sostanza, un ulteriore «obbligo» ad accettare delle condizioni generali di assicurazione senza avere, di fatto, la possibilità di alcuna incidenza nella loro formulazione, si viene ad aggiungere un «obbligo», ancora ulteriore, nei confronti dell'assicurato-danneggiato, di un sistema di indennizzo che non può costituire oggetto di negoziazione perché imposto per legge, nell'ambito del quale non può negoziare l'entità del risarcimento con la propria compagnia in quanto sono previsti dei *baremes* per il grado di responsabilità (art. 12 e Tabella A del decreto 254/06), né può avvalersi di un consulente legale o di un perito (se non di un medico legale) (art. 9 stesso decreto) che negozi per lui se non a proprie spese che non possono entrare nel computo del risarcimento.

Una vera autonomia negoziale sarebbe stata riconosciuta soltanto in presenza del carattere facoltativo della procedura di indennizzo diretto con il riconoscimento della possibilità per il danneggiato di scegliere, al momento del sinistro, se attivare la procedura prevista dall'art. 149 oppure attivare la procedura ordinaria. D'altra parte una forma di indennizzo diretto era già operante in Italia in presenza di una constatazione amichevole di incidente sottoscritta da entrambi i conducenti, nell'ambito di un sinistro in cui non siano coinvolti più di due veicoli; in questo caso la compagnia del danneggiato, e non del danneggiante, provvede direttamente al risarcimento a prescindere dall'entità del danno a cose e fino a 15.000 euro per danneggiato in caso di lesioni. Ora con l'introduzione dell'attuale normativa il sistema dell'indennizzo diretto diviene «generale» e «obbligatorio».

5. – *Problemi di coesistenza e di correlazione tra il «nuovo sistema speciale», il «sistema fondato sui principi del codice civile» e altre «normative di settore».* Ciò pone delicati problemi di coesistenza e di correlazione di questo nuovo «sistema speciale» con il sistema fondato sui principi del codice civile ed anche con altre «normative di settore» che con esso possono interferire e, in qualche modo, sovrapporsi e intersecarsi, facendo sorgere problemi ermeneutici di particolare rilievo. Questi aspetti hanno rappresentato oggetto di interessanti relazioni nell'ambito dell'odierno dibattito. Come si è osservato in apertura il sistema di indennizzo diretto è stato inserito, e proprio nella fase terminale della sua elaborazione, in un «codice di settore» quale si presenta il codice delle assicurazioni. L'emanazione di questo «codice», rientra a sua volta, nell'ambito del fenomeno più generale di semplificazione legislativa che ha portato anche all'emanazione di una serie di

altri codici di settore che sono stati in precedenza richiamati. La soluzione dei problemi interpretativi legati al codice delle assicurazioni rientra, dunque, nell'ambito di un più ampio e generale dibattito che coinvolge i rapporti tra "codici" di settore, codici tradizionali e altri fondamentali testi normativi in specie di natura costituzionale o comunitaria che involgono delicati e fondamentali problemi di teoria dell'interpretazione che concernono, poi, l'individuazione degli adeguati strumenti ermeneutici da impiegare. Si tratta cioè di verificare, risentendosi in ciò l'influenza dei fondamentali indirizzi che sottolineano ora i fenomeni di "decodificazione" ora quelli di "ricodificazione", se ogni sistema va considerato come autoreferenziale, come mondo a sé, come monade isolata e staccata rispetto alle altre, dovendosi risolvere all'interno del monosistema tutti i problemi interpretativi e autointegrativi, oppure se i vari sistemi vanno necessariamente inseriti nell'unitarietà e complessità dell'ordinamento e interpretati, anche nei loro aspetti più particolari, alla luce dei principi generali che possono essere propri del codice civile ma in primo luogo costituzionali ed ora anche comunitari. Quest'ultima appare essere la soluzione assolutamente da privilegiare anche al fine di prospettare soluzioni in merito ai più specifici problemi legati al codice delle assicurazioni ed al sistema dell'indennizzo diretto.

Va allora osservato che l'art. 149 che impone di rivolgere la richiesta di risarcimento e l'eventuale azione diretta, con l'applicazione di peculiari criteri di procedura e di natura sostanziale, nei confronti della propria impresa assicuratrice, non provvede ad abrogare gli artt. 2043, 2054, 1917 cod. civ. ed i principi in essi espressi che permangono quindi vigenti anche per le ulteriori potenzialità applicative di cui essi sono suscettibili. Certo potrebbe essere invocato il principio della *lex specialis* (che per di più è successiva nel tempo) che deroga alla *lex generalis* dovendosi quindi concludere per un innegabile privilegio e prevalenza della prima. Ma non va mai dimenticato che pur potendo la qualità di consumatore o di produttore, di assicurato o di assicuratore (e queste qualità o "*status*" potrebbero aumentare e arricchirsi a seconda del "codice di settore" che via via può essere direttamente coinvolto) rappresentare l'occasione per l'applicazione di specifici regimi giuridici, queste qualità rappresentano soltanto "un aspetto della persona" e che non si può isolare, ad es., il ruolo di consumatore, di assicurato etc., dal ruolo di persona e di cittadino anche perché le varie tutele non si escludono ma devono tra loro armonizzarsi e devono anzi essere collocate sistematicamente e interpretate alla luce dei principi generali.

In tale logica, con riguardo al più specifico problema che ora interessa, si potrebbe ritenere che le disposizioni del "sistema speciale" si debbono affiancare a quelle concernenti la procedura e, quindi, l'azione ordinaria, senza escluderle precludendone l'applicazione. In questo contesto si potrebbe pur sempre ricorrere all'azione contro il responsabile, il quale, a sua volta, utilizzando l'art. 1917 cod. civ. potrebbe chiamare in causa il proprio assicuratore. Questi, in questa prospettiva, potrebbe incontrare difficoltà nel sol-

levare eventuali eccezioni fondate, ad es., su un difetto di legittimazione passiva, o eventuali altre eccezioni di natura contrattuale. Per far risaltare l'enorme rilevanza pratica connessa a questa scelta va, ancora una volta, ribadito che la normativa sull'indennizzo diretto non si limita a stabilire diversità di natura procedurale, non si limita ad individuare il soggetto nei cui confronti chiedere il risarcimento dei danni subiti ma detta anche peculiari criteri rivolti a determinare i diversi gradi di responsabilità e i diversi limiti di risarcibilità (artt. 9, 12, d.p.r. 254).

Altrimenti nel delicato settore della r.c. auto si verrebbe ad introdurre un sistema dualistico con una palese distinzione tra fattispecie che "obbligano" a seguire il sistema di indennizzo diretto, contemplato dagli artt. 149 e 150, e altre fattispecie che in esso non rientrano, non essendosi verificate le condizioni in esso previste, per le quali si deve seguire la procedura ordinaria che consente di chiedere il risarcimento anche ad altri soggetti (il danneggiante e il suo assicuratore) seguendo, inoltre, criteri di determinazione del danno che consentono il suo integrale "risarcimento" senza permanere imbrigliati nei criteri di accertamento della responsabilità prefissati e nei diversi limiti di risarcibilità introdotti con la nuova normativa (che emergono oltre che dagli artt. 9, 12, dalla tabella allegata al d.p.r. 254).

Si paventa, così, una possibile violazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. apparendo difficile trovare una giustificazione, nella sua prospettiva, al fatto che viene privato, in sostanza, colui che agisce, del diritto di convenire il responsabile del danno, con effetti rilevanti sul piano processuale (si richiama, ad es., l'impossibilità di deferire l'interrogatorio formale) con una conseguente limitazione dei diritti alla difesa del danneggiato, ed al fatto che, come si è visto, si verificherebbe una significativa diversità di applicazione dello stesso diritto sostanziale.

Viene paventato, inoltre, un ulteriore effetto perverso, in quanto si profila la possibilità che in caso di concorso di colpa (l'art. 5 del regolamento ammette alla richiesta di indennizzo diretto il danneggiato che si ritiene non responsabile "in tutto o in parte", in ciò riscontrandosi un momento di discrasia con l'art. 149, comma 2, che, con riferimento ai danni alla persona, lo ammette soltanto da parte del conducente "non responsabile") siano attivate due procedure distinte da parte dei due soggetti coinvolti nel sinistro, ognuno dei quali potrà rivolgersi alla propria impresa assicuratrice per ottenere l'indennizzo, con l'eliminazione della possibilità di operare in contraddittorio ed in un unico contesto per dare soluzione alle questioni originate da uno stesso sinistro, con un possibile incremento, fino alla duplicazione, del numero dei sinistri aperti dalle compagnie di assicurazione. Potrebbe da ciò derivare, paradossalmente, un effetto opposto rispetto a quelli perseguiti con la riforma con "l'aumento bilaterale delle classi di merito e dei relativi premi di polizza assicurativa".

6. – *Il problema dell'armonizzazione con i principi costituzionali e comunitari; in specie con la normativa a tutela del consumatore.* Oltre al pe-

ricolo della non armonizzazione, se non del contrasto, con i principi costituzionali (in particolare di uguaglianza e della difesa) si è anche cercato di esaminare, nell'attuale fase di integrazione europea che ha reso l'ordinamento giuridico maggiormente complesso per l'operare delle fonti e dei principi comunitari, se il nuovo modello introdotto in Italia ci avvicina o ci allontana dall'Europa, osservandosi che il risarcimento diretto non c'è in Europa (come non è previsto il divieto di monomandato). Anzi questo modello si porrebbe in contrasto con le indicazioni che ci provengono dalla Direttiva CE 14/05 che prevede un indennizzo diretto ma nei confronti dell'impresa assicuratrice del danneggiante.

Su altro fronte si è cercato di verificare il necessario coordinamento, al fine di evitare che altrimenti si dia vita ad un ordinamento "schizofrenico", con altre "discipline di settore" ed in particolare quelle relative alla "tutela del consumatore" e "della concorrenza", facendo emergere principi e parametri che non soltanto debbono ritenersi operanti in questi contesti ma che non possono non informare e non influenzare, pur nella salvezza del criterio della "specialità", la normativa che si sta esaminando.

Va operata, allora, in questa prospettiva una necessaria saldatura ed un inevitabile confronto con la normativa sulle tutela del consumatore. Ciò a partire dalle norme contenute al riguardo nel Trattato CE, e, in particolare, nell'art. 153 (a ulteriore riprova dell'influenza dei principi comunitari) che nel garantire un "livello elevato di protezione dei consumatori" tende a configurarsi come clausola trasversale, idonea ad influenzare anche altri ambiti normativi, sino a prospettarsi l'esigenza di un raffronto con i principi di tutela del consumatore ampiamente diffusi nel sistema. Più specificamente essa non può non misurarsi, ad es., con quella sulle clausole vessatorie ispirata al principio dell'equilibrio o, quanto meno, del non significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti, dovendosi verificare se la normativa sull'indennizzo diretto (in specie quella contenuta nel regolamento di attuazione) garantisce tale equilibrio o sia idonea a legittimare posizioni di squilibrio tra compagnia di assicurazione (-professionista), da un lato, e assicurato-danneggiato (-consumatore), da altro lato. Né va dimenticato, in proposito, quell'indirizzo giurisprudenziale che ammette il *test* di vessatorietà anche nei confronti di quelle clausole che siano riprodotte di norme regolamentari.

La prospettiva di fondo su cui si è indugiato, che potrebbe trovare significativi riscontri sui quali non appare, in questa sede, opportuno soffermarsi ulteriormente, ha fatto emergere ulteriori elementi che inducono a interpretare e ricostruire un singolo "microsistema" o un "sistema speciale" non isolatamente ma inserendolo nell'unitarietà dell'ordinamento e dei suoi principi. Acquisisce allora fondamento e valore quel suggerimento che (in attesa del pronunciamento della Corte costituzionale investita, come visto, di recente della questione di costituzionalità) invita il giudice chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di applicare l'art. 2054 cod. civ. o l'art. 149 cod. ass., in applicazione del precetto costituzionale e, in particolare dell'art.

3, vista la disparità di trattamento che potrebbe sorgere tra danneggiati, ad affermare la possibilità di agire nei confronti del proprietario e del conducente danneggiante, nonché della compagnia di assicurazione di quest'ultimo, *ex art.* 1917 cod. civ. Non solo si garantirebbe, così, la possibilità di agire nei confronti di una pluralità di soggetti, solidalmente responsabili, ma si salvaguarderebbe anche la funzione preventiva e non semplicemente riparatoria del risarcimento del danno che andrebbe altrimenti perduta.

A favore della preservata possibilità di ricorrere all'applicazione dei principi generali indurrebbero anche altre disposizioni, inserite in alcune discipline di settore che introducono specifiche forme di tutela, le quali non escludono né limitano i diritti attribuiti da altre disposizioni di legge (in questo senso, l'art. 127 del codice del consumo in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi e l'art. 135 dello stesso codice in materia di vendita e di garanzia dei beni di consumo); rinvii alle disposizioni del codice civile, della cui necessità tuttavia si dubita in quanto si ritiene che i principi del codice si dovrebbero ritenere applicabili pur in assenza del rinvio e della formula impiegata lasciandosi intravedere la loro possibile superfluità, si rinvencono anche nell'art. 38 cod. cons. in materia di contratti del consumatore e nell'art. 165 dello stesso codice delle assicurazioni).

7. – *Il possibile ricorso "facoltativo" all'indennizzo diretto tra proposte "ermeneutiche" e proposte "legislative".* Se in sede interpretativa si prospettano chiavi di lettura che consentono, già fin d'ora, di affermare che il nuovo sistema di indennizzo diretto si affianca ma non elimina la procedura ordinaria attribuendo al danneggiato la facoltà di scegliere l'una o l'altra via a seconda di come reputi che i suoi interessi siano meglio tutelati, non si nasconde, tuttavia, l'ostacolo affinché questa possibilità di scelta sia riconosciuta rappresentato dal carattere "obbligatorio" assegnato dalla legge all'indennizzo diretto. Da più parti si auspica quindi che tale sistema assuma in maniera più chiara ed espressa carattere "facoltativo" al fine di poter fruire dei benefici che si reputa da esso possano discendere lasciando però salva la possibilità di attivare la procedura ordinaria ove essa venga reputata da parte del danneggiato più rispondente ai propri interessi. In questa direzione va la proposta di legge Ciocchetti ("Nuove disposizioni in materia di procedura di risarcimento diretto del danno": XV Legislatura. Atto parlamentare 1886) che, in particolare, propone di modificare la formula contenuta nell'art. 149, comma 1, cod. ass., "i danneggiati *devono* rivolgere la richiesta di risarcimento...", con la formula "i danneggiati *possono*...". Appare invece troppo *tranchant* la Proposta di legge Belisario ("Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e alla legge 21 febbraio 2006, n. 102, in materia di risarcimento dei danni per le vittime di incidenti stradali" presentata il 25 ottobre 2006: Camera dei deputati n. 1853) che, al fine di preservare l'antico sistema ripudia *in toto* il nuovo (con i suoi possibili benefici) proponendone l'eliminazione e chiedendo l'abrogazione degli artt. 149 e 150.

8. - *Indennizzo diretto e suo coordinamento con la disciplina sulla "concorrenza"*. Come si è visto la disciplina sull'indennizzo diretto deve trovare poi, nel contesto unitario dell'ordinamento, anche una sua forma di coordinamento con la disciplina concernente la "concorrenza". Anzi il legislatore sembra confidare in un sano operare della concorrenza, in questo settore, proprio al fine di perseguire taluni degli obiettivi che permetterebbero di garantire importanti benefici sia all'assicurato (in particolare in termini di abbassamento dei premi di polizza), sia al danneggiato (in termini di un più spedito, immediato e sicuro risarcimento del danno). Non a caso questa normativa ha costituito oggetto privilegiato di attenzione da parte dell'Autorità garante delle concorrenza e del mercato che ha espresso, al riguardo, un suo parere in data 1° febbraio 2006 ed ha risentito i riflessi, anche per quanto concerne i tempi della sua attuazione, dei recenti decreti sulle "liberalizzazioni" (c. dd. decreti Bersani).

L'Autorità garante, pur avendo "auspicato" e poi "salutato con favore" l'introduzione di una procedura di indennizzo diretto nel mercato dell'assicurazione r.c. auto, in quanto "stimolo adeguato verso un assetto maggiormente concorrenziale di tale importante mercato assicurativo", pronunciandosi sullo "schema" di decreto da adottare in attuazione dell'art. 150 cod. ass., ha espresso, comunque, una serie di osservazioni e di suggerimenti oltre a talune rilevanti perplessità. Si rileva certo che un sistema di indennizzo diretto "permette l'instaurazione di un rapporto diretto tra l'impresa di assicurazione ed il proprio cliente con l'auspicabile conseguente riduzione delle spese legali e di condotte opportunistiche; ciò crea le condizioni per un più ampio confronto competitivo tra gli operatori del settore che dovrebbe consentire un contenimento dei costi dei risarcimenti, con effetti positivi sulla riduzione dei premi di polizza a beneficio dei consumatori". Si reputa, cioè, che un siffatto sistema fondato su "regole semplici incentrato sui principi di efficienza e concorrenza delle condotte" sia in grado di "stimolare un più ampio grado di concorrenza fra le imprese assicurative e soprattutto la riduzione del costo delle polizze". Proprio per questo motivo l'Autorità in una sua precedente segnalazione inviata il 28 luglio 2005 aveva espresso "le proprie perplessità circa un intervento regolatorio di portata eccessivamente ampia, idoneo ad ostacolare l'individuazione del migliore assetto di mercato, nel rispetto dei principi di efficienza, concorrenza e proporzionalità più volte richiamati".

In questa prospettiva in cui si colgono le potenzialità positive insite nel sistema di indennizzo diretto trovano, però, anche spiegazione e puntuali motivi di chiarimento le "forti perplessità" espresse dal garante in particolare nei confronti dell'art. 13 dello schema di decreto, in specie nella sua originaria formulazione, ove era prevista la costituzione di uno o più consorzi fra le imprese cui veniva affidata "*l'organizzazione e gestione del sistema del risarcimento diretto*", anche con riferimento alla definizione di "*regole di cooperazione tecnica*" per il funzionamento del sistema, nonché all'individuazione di "*parametri tecnici ed economici*" per la regolazione dei

rapporti economici". In particolare si esprimono forti riserve nei confronti dell'impiego, in questo contesto, della figura del "consorzio" che avrebbe comportato il rischio di dare vita ad una "sede nella quale è facile condividere ed assumere decisioni comuni, le quali possono orientare e finanche vincolare le imprese consorziate, su aspetti non strettamente necessari al funzionamento del risarcimento diretto". Si esprimono, in sostanza, forti timori che, in queste sedi, possa avvenire uno scambio di informazioni sui costi medi, sulle modalità di gestione dei sinistri e sulla liquidazione dei danni che non solo impediscono l'efficiente funzionamento della concorrenza ma che possano dare vita a vere e proprie "intese" o "cartelli" con una conseguente "standardizzazione" nelle liquidazioni dei danni.

Queste osservazioni sono state sicuramente tenute in conto in quanto la figura del consorzio scompare nella formulazione definitiva dell'art. 13 ove è introdotta, più semplicemente la figura della "convenzione" tra le imprese di assicurazione "ai fini della regolazione dei rapporti organizzativi ed economici per la gestione del risarcimento diretto" la quale deve prevedere per la "regolazione contabile dei rapporti economici" una "stanza di compensazione dei risarcimenti effettuati" precisandosi che le compensazioni, per i danni a cose, avvengono sulla base dei "costi medi" (che possono essere differenziati per macroaree territorialmente omogenee in numero non superiori a tre) e, per i danni alle persone, con la previsione di eventuali "franchigie" a carico dell'impresa che ha risarcito il danno. Costi medi e franchigie da calcolare annualmente "sulla base dei risarcimenti effettivamente corrisposti nell'esercizio precedente". Per siffatto calcolo annuale viene istituito un apposito Comitato la cui composizione viene puntualmente indicata nell'art. 13, comma 4.

Nel sistema delle compensazioni introdotto, cioè, la compagnia assicuratrice che ha risarcito il danno può rivalersi su quella del danneggiante ottenendo però non quanto ha pagato ma una cifra standard che corrisponde al costo medio dei sinistri risarciti nell'anno precedente, il cui calcolo viene differenziato per macroaree geografiche. E' dato supporre, quindi, che se l'assicuratore riuscirà a mantenere, in media, i risarcimenti al di sotto della cifra standard, ciò potendo dipendere da una maggiore efficienza liquidativa ma anche dal fatto che si sono assicurati autoveicoli di non elevato valore, potrà realizzare un guadagno. Altrimenti la compensazione sarà per lui sfavorevole con il possibile conseguente riflesso di dover provvedere, eventualmente, anche ad aumenti tariffari. Viene a cambiare profondamente, quindi, la mutualità assicurativa. Mentre infatti attualmente il sistema si basa su un computo del costo delle assicurazioni destinato a coprire i potenziali danni che un automobilista può provocare, con il nuovo sistema tale computo concernerà, piuttosto, i danni che lo stesso automobilista può subire, anche se, per ipotesi, mantiene sempre parcheggiato per strada il suo autoveicolo.

Si tratterà di verificare se il funzionamento del sistema approntato sarà in grado di fugare i timori espressi in precedenza dall'Autorità garante e, in

particolare, se esso darà vita a forme di cooperazione ammissibili e non distorsive della concorrenza, riferendosi esclusivamente, da una parte, all'applicazione di "meccanismi procedurali e di accertamento della responsabilità" e, dall'altra, alla "definizione dei meccanismi di regolazione dei rapporti economici fra le imprese" non andando ad incidere sulla "fase della liquidazione dei danni" che "deve essere lasciata alla completa autonomia delle imprese". Dovrebbero essere evitate, cioè, "forme di cooperazione fra le imprese che, da una parte, non appaiono necessarie per il funzionamento di un sistema di indennizzo diretto, dall'altra, comportando il coordinamento e la conoscenza reciproca di rilevanti variabili concorrenziali appaiono idonee ad attenuare o ridurre il processo competitivo che tale sistema di risarcimento diretto dovrebbe invece stimolare e assicurare". Andrebbe, in definitiva, escluso che possano essere definiti o condivisi dalle imprese parametri tecnici o economici relativi all'attività di risarcimento dei danni o individuati meccanismi di regolazione economica che non stimolino adeguatamente le imprese a contenere i costi di riparazione.

Il passaggio da un sistema "obbligatorio" ad un sistema "facoltativo" di indennizzo diretto, come è stato sottolineato e da più parti auspicato, aprirebbe una più ampia possibilità di offrire una serie di polizze tra loro differenziate e, con tutta probabilità, aumenterebbe la possibilità dell'operare della concorrenza in questo settore consentendo, nel contempo, una più ampia possibilità di scelte da parte degli assicurati maggiormente conformi alle proprie esigenze, ai propri interessi, in definitiva alla loro situazione da assicurare. Tra le possibili varianti si potrebbe, così, ad es., pensare ad una situazione in cui le proprie esigenze potrebbero ritenersi soddisfatte con una polizza con la presenza di una clausola di risarcimento del danno in forma specifica (che consente alla compagnia di assicurazione di provvedere direttamente alla riparazione dell'autoveicolo utilizzando autoriparatori di propria fiducia, con un conseguente abbattimento dei costi e con una contestuale riduzione del premio per l'assicurato: possibilità già prevista dall'art. 14 d.p.r. 254; si potrebbe pensare al proprietario di un'auto ormai vecchia o di limitato valore), oppure con una polizza che obbliga a seguire la procedura dell'indennizzo diretto; oppure con una polizza che lascia aperta la possibilità di seguire la procedura ordinaria. Le varie polizze potrebbero essere offerte con la previsione di premi tra loro diversi ampliando, così, la gamma delle possibili scelte, agevolando effettivamente la concorrenza che sicuramente avrebbe una più ampia possibilità di operare rispetto ad un mercato in qualche modo ingessato da una procedura obbligatoria con sistemi risarcitori e di regolazione dei rapporti tra imprese predefiniti e prerogolati che lasciano sorgere dubbi se, in questo modo, si sia dato vita a sistemi veramente liberalizzati o che siano invece improntati a principi di natura dirigistica.

9. – *Le "discrasie" rilevate tra "normativa primaria" (artt. 149 e 150 cod. ass.) e "normativa secondaria" (d.p.r. 254/06).* Venendo ad assumere, in

ogni caso, la procedura di indennizzo diretto prevista dall'art. 149 cod. ass. valenza obbligatoria, "da assolvere puntualmente prima di proporre l'azione civile" essa impone "specifici oneri procedurali", sia sui danneggiati sia sulle imprese di assicurazione, introducendo, altresì, una specifica disciplina in merito alla soluzione delle questioni che concernono i loro diritti ed i loro obblighi e che coinvolgono, quindi, problemi di diritto sostanziale.

Di particolare delicatezza è apparso l'esame della disciplina introdotta, emergendo in questa prospettiva non soltanto la regolamentazione espressa dagli artt. 149 e 150 cod. ass. ma soprattutto quella più puntuale ed articolata contenuta nel d.p.r. 254 emanato in attuazione dell'art. 150, al fine di verificare se i loro reciproci rapporti siano stati instaurati nel modo più corretto e se essa è in grado di garantire una situazione di equilibrio fra le parti ovvero ridondi maggiormente a vantaggio dell'una o dell'altra con la possibile collisione con altri principi ed altre regole.

Pare opportuno, in proposito, ricordare che il codice delle assicurazioni, emanato sulla base della "legge delega" 29/7/2003, n. 229, assume natura di "legge delegata"; pur presentandosi dunque come una forma di legislazione che contiene norme aventi natura "primaria", al pari della legge delega, deve essere emanata nel rispetto, in particolare, dei principi e dei criteri direttivi in questa prefissati. A sua volta il codice delle assicurazioni, nella parte che in questa sede interessa più direttamente, prevede all'art. 150, stabilendone i principi cardine, l'emanazione di un regolamento di attuazione, mediante decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro delle attività produttive, rivolto a precisare la disciplina del sistema di risarcimento diretto, che si viene gerarchicamente a collocare in una posizione di subordinazione rispetto alle predette regole del codice delle assicurazioni.

Il sistema delineato nel regolamento, che rappresenta la "cornice normativa secondaria", prende le mosse da una serie di definizioni (art. 1), delimita il suo oggetto (art. 2) ed il suo ambito di applicazione (artt. 3, 4), contiene una serie di regole (artt. 5, 6, 7) che disciplinano le modalità con cui il danneggiato deve presentare la richiesta di risarcimento a cui seguono una serie di altri articoli (8, 9, 10, 11) che disciplinano le modalità con cui l'impresa deve corrispondere (positivamente o negativamente) alla richiesta del danneggiato. L'art. 12, poi, che fa rinvio ad una apposita tabella allegata, tipizza alcuni criteri standardizzati di accertamento della responsabilità dei sinistri, in conformità alla disciplina legislativa e regolamentare in materia di circolazione stradale, mentre l'art. 13 ha riguardo alla organizzazione e gestione del sistema di risarcimento diretto e l'art. 14 ai benefici che dovrebbero derivarne agli assicurati.

Dall'esame di questa normativa secondaria sono state già rilevate alcune importanti discrasie rispetto alla normativa primaria denunciandosi, quindi, alcune sue possibili censure.

Si è osservato, in particolare, che l'art. 5 del regolamento consente al danneggiato che si ritiene non responsabile, in tutto o in parte, del sinistro,

quindi anche in caso di “concorso di colpa”, di rivolgere alla propria impresa assicuratrice richiesta di risarcimento mentre l’art. 149, comma 2, cod. ass., fa esplicito e più restrittivo riferimento, in caso di danno alla persona, soltanto al “conducente non responsabile”.

Mentre, poi, l’art. 149, comma 1, prevede come fondamentale presupposto per l’avvio di una procedura di indennizzo diretto il verificarsi di un “sinistro” tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, dal quale siano derivati danni ..., il regolamento al suo art. 1, lett. d, nel dare una definizione di “sinistro” precisa, ma anche restringe la nozione, che si deve trattare di “collisione” avvenuta nel territorio della Repubblica tra due veicoli a motore Con l’introduzione del requisito della “collisione”, che nella norma primaria non c’è, verrebbero esclusi tutti quei sinistri in cui pur essendovi stati danni a persone o a cose non vi è stato urto tra i veicoli. Si fa l’ipotesi di Tizio che immettendosi nel flusso della circolazione stradale omette di concedere la prescritta precedenza a Caio, il quale per evitare l’impatto frena sbandando ed esce di strada.

Ma attraverso il sistema delle definizioni date dal regolamento non verrebbe soltanto ristretto l’«ambito oggettivo» di applicazione della normativa ma anche l’«ambito soggettivo» laddove si provvede ad una definizione di “danneggiato” (art. 1, lett. e). Mentre, infatti, l’art. 149, comma 2, estende l’accesso alla procedura anche all’«assicurato», l’art. 1, lett. e, del decreto definisce il “danneggiato”, il «proprietario» o il «conducente» del veicolo che abbia subito danni a séguito del sinistro. Ora anche se è da constatare che, di regola, l’assicurato si identifica con il proprietario o il conducente del veicolo, possono verificarsi casi in cui tale coincidenza non sussista per cui, paradossalmente, l’assicurato potrebbe vedersi escluso dalla possibilità di rivolgersi alla “sua” compagnia assicuratrice ove egli non si identifichi con il “proprietario” e non sia, al momento del sinistro, il “conducente” dello stesso. Si possono fare le ipotesi dell’utilizzatore in *leasing*, dell’usufruttuario, dell’acquirente con patto di riservato dominio. Non a caso il richiamato ricorso al Tar del Lazio vede tra i suoi proponenti anche una signora utilizzatrice di un’autovettura concessa in *leasing* che aveva provveduto a stipulare il relativo contratto di assicurazione. Con questa definizione restrittiva di danneggiato sembrerebbero poter essere esclusi anche i danni alle cose trasportate patiti dagli assicurati diversi dal proprietario o dal conducente che sono, invece, chiaramente ricompresi nella formulazione dell’art. 149, comma 2.

10. – *Equilibrio (o squilibrio) tra le posizioni delle parti. Il problema del possibile “conflitto di interessi”. L’«assistenza informativa e tecnica» fornita dall’assicuratore.* Nella ulteriore verifica, poi, se la normativa sia primaria ma soprattutto secondaria sia in grado di garantire una situazione di equilibrio tra le parti (compagnie assicuratrici, da un lato, e danneggiati-assicurati-consumatori, dall’altro) per assicurare sia la piena efficacia della procedura che la più ampia tutela dei danneggiati, si avanzano numerose

perplexità sul fatto che alcune disposizioni (in specie del regolamento) “non appaiono del tutto rispettose di tale equilibrio, ponendo i danneggiati in una posizione di debolezza nei riguardi delle imprese assicurative”.

Si osserva, così, complessivamente, che gli artt. 5, 6, 7 del regolamento, i quali disciplinano le modalità con cui il danneggiato deve presentare la richiesta di risarcimento, sembrano aver “notevolmente complicato questo adempimento” rispetto alla precedente esperienza della “Convenzione di indennizzo diretto” nell’ambito della quale era sufficiente presentare la “Constatazione amichevole d’incidente” al proprio assicuratore per essere risarcito mentre ora si dovrà provvedere ad inviare anche una “richiesta di risarcimento” che dovrà essere fatta in conformità di determinate formalità e dovrà contenere tutta una serie di elementi nel rispetto di taluni termini che potrebbero addirittura prolungare i tempi del risarcimento.

Gli artt. 8, 9, 10, 11, invece, che disciplinano le modalità con cui l’impresa deve corrispondere alla richiesta del danneggiato appaiono attribuire all’impresa stessa oltre a taluni doveri, una serie di poteri e facoltà che nel loro reciproco bilanciamento lasciano intravedere sicuri margini di discrezionalità che vengono riconosciuti all’agire dell’impresa; è avvertita allora la necessità di una loro valutazione al fine di verificare se possono sussistere consistenti rischi di una loro utilizzazione senza che venga garantita quella situazione di equilibrio tra le parti cui sopra si adombrava.

Tra i più rilevanti timori che vengono posti in risalto si sottolinea il fatto che la normativa possa dar luogo ad un vero e proprio “conflitto di interessi”. L’art. 9, comma 1, del regolamento, infatti, prevede che l’impresa assicuratrice debba fornire al danneggiato “ogni assistenza informativa e tecnica utile per consentire la miglior prestazione del servizio e la piena realizzazione del diritto al risarcimento del danno”. Vi è, dunque, con certezza la incisiva riaffermazione del diritto del danneggiato alla piena realizzazione del risarcimento del danno subito, richiedendosi, a tal proposito, la collaborazione e l’assistenza dell’impresa, forte della sua esperienza e delle sue conoscenze del settore nella cornice dell’adempimento dei suoi “obblighi contrattuali di correttezza e buona fede”. Questa norma certo appare idonea nella sua formulazione a rientrare nello “spirito” della riforma e negli “obiettivi” che essa persegue riecheggiando l’indispensabile rapporto di collaborazione che si deve instaurare, anche nella fase del risarcimento, tra assicurato-danneggiato e assicuratore ispirato a canoni di correttezza e buona fede. Non possono essere sottaciuti, però, i rischi connessi all’impiego di siffatta norma con riferimento al piano della sua applicazione pratica. Anche l’art. 1341, ad es., fu introdotto nel codice civile al fine di garantire una forma di “controllo” delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie ed una forma di protezione dell’aderente, prevedendo, rispettivamente la loro “inefficacia”, ove esse non fossero conosciute o conoscibili secondo l’ordinaria diligenza o ove non fossero specificamente approvate per iscritto. Di là dalle apprezzabili finalità perseguite da questa disposizione si è, tuttavia, constatato, sul piano delle applicazioni concrete,

che in definitiva essa ha permesso che condizioni generali di contratto pur non conosciute ma rese soltanto conoscibili dovessero veder preservata la loro efficacia, e clausole vessatorie (pur fortemente sperequate) una volta adempiuto il "rito formale" della specifica sottoscrizione (che non ha neanche, di fatto, resa effettiva la conoscenza del contenuto, ma, sovente, neanche l'esistenza delle stesse) divenissero inattaccabili, con una paradossale forma di "legittimazione" di questa pratica e con un inevitabile aggravio della posizione dell'aderente rispetto ai principi comuni pur se in difformità rispetto agli obiettivi originariamente perseguiti dal legislatore.

Non può, perciò, anche con riferimento all'art 9, comma 1, d.p.r. 254, non rilevarsi che, di là dall'affermazione di principio, la norma rimette, poi, al consiglio e all'assistenza, di natura informativa e tecnica, della compagnia assicuratrice la realizzazione di un diritto del danneggiato nei confronti di "sé stessa". Emerge la possibile situazione di conflitto che la norma può ingenerare soprattutto, come è stato sottolineato, in tema di infortunistica stradale ove sussistono sovente margini di incertezza sulla responsabilità del sinistro e sulla entità del risarcimento, rispetto ai quali il danneggiato dovrebbe affidarsi per la tutela del suo diritto alla sua "controparte". Da altro lato si getterebbero così le premesse per attribuire al debitore ampi poteri per determinare, in via unilaterale, la propria prestazione; con forti dubbi che ove questa regola divenisse contenuto di una clausola contrattuale questa possa superare il *test* di vessatorietà.

11. – *Esclusione del rimborso dei compensi per la consulenza o assistenza professionale diversa da quella medico-legale.* L'art. 9 anche in un'altra sua parte potrebbe prestarsi ad accentuare questa posizione di conflitto e di supremazia dell'impresa assicuratrice. Dopo essersi previsto, infatti, che ogni assistenza informativa e tecnica viene fornita dall'impresa (comma 1) viene disposto, nel secondo comma, che "Nel caso in cui la somma offerta dall'impresa di assicurazione sia accettata dal danneggiato, sugli importi corrisposti non sono dovuti compensi per la consulenza o assistenza professionale di cui si sia avvalso il danneggiato diversa da quella medico-legale per i danni alla persona". Certo anche questa previsione trova una sua giustificazione e un suo fondamento nella esigenza della eliminazione degli intermediari, dell'abbassamento dei livelli di litigiosità, dell'abbattimento dei costi e della possibile riduzione delle tariffe. Ma anche a questo riguardo non possono non essere messi in evidenza i possibili effetti perversi della sua applicazione in quanto il danneggiato affidato alla assistenza ed alla consulenza della controparte non ha più diritto, se non a proprie spese e senza che questi oneri possano qualificarsi come oneri accessori che non rientrano nel computo dell'importo da liquidare, ad una consulenza o assistenza professionale a meno che si tratti di consulenza o assistenza medico-legale.

Si sono ravvisati, allora, una serie di profili di illegittimità della norma che in primo luogo rappresenterebbe una forma di compressione del diritto alla difesa, impedendo al danneggiato di tutelare adeguatamente i

propri diritti, precludendogli il diritto di avvalersi di avvocati e tecnici, in palese contrasto con l'art. 24 Cost. che non può essere derogato da una norma regolamentare. Da altra parte tale diritto è stato riaffermato con forza di recente dalla Corte di cassazione (Cass., 31 maggio 2005, n. 11606) secondo la quale "In tema di assicurazione obbligatoria per la rca, per il risarcimento del danno il danneggiato ha diritto, in ragione del suo diritto di difesa costituzionalmente garantito, di farsi assistere da un legale di fiducia e, in ipotesi della composizione bonaria della vertenza, di ottenere il rimborso delle relative spese legali". Sotto altro profilo è apparsa palese la illegittimità della norma che si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. attesa la diversità di trattamento rispetto alla procedura tradizionale che consente, appunto, il rimborso delle spese per consulenza. Art. 3 Cost. che potrebbe ritenersi violato anche sotto il punto di vista della parità di trattamento tra vari consulenti dubitandosi della esistenza di un fondamento giuridico e logico della diversità di trattamento tra le prestazioni legali e di assistenza tecnica, da un lato, e quelle medico-legali, dall'altro. Ci si chiede perché il cittadino-danneggiato si deve fidare dei pareri legali dell'agente, dei funzionari della propria assicurazione e non del parere medico-legale della medesima. Si dubita, in particolare, che il diritto alla salute possa trovare effettiva tutela solo con un'assistenza ed una consulenza medico-legale, in assenza di un'assistenza legale e professionale. Ciò anche in considerazione del continuo evolversi del pensiero giuridico e degli indirizzi giurisprudenziali in riferimento alle diverse tipologie di danni risarcibili quali il danno patrimoniale, morale, biologico, esistenziale.

L'art. 9, comma 2, infine, potrebbe, in qualche modo, collidere con gli artt. 2043 e 2054 cod. civ., non accantonati dal codice delle assicurazioni, che riaffermano il diritto all'integrale risarcimento del danno.

Numerose perplessità sono state, quindi, complessivamente espresse nei confronti dell'art. 9; critiche veramente aspre, in particolare, sono state manifestate, come appare naturale, da parte di esponenti del mondo forense e di appartenenti alla cerchia di esperti di infortunistica stradale. Una espressa richiesta di integrale abrogazione dell'art. 9 è stata avanzata nella Proposta di legge Ciocchetti all'art. 2.

12. - *Ampia discrezionalità dell'impresa assicuratrice nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto.* Un altro significativo profilo della nuova normativa, idoneo a porre a rischio la situazione di equilibrio tra le parti, viene ravvisato nel fatto che il d.p.r. 254 lascia ampi margini di discrezionalità alle imprese assicuratrici nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto (art. 11, comma 1) o dei motivi che possono impedire di formulare l'offerta di risarcimento del danno (art. 8, comma 1, lett. b), né sono previste adeguate sanzioni nel caso di diniego di offerta non adeguatamente motivato. Se nell'ambito di questo quadro si

inserisce la facoltà, rimessa all'impresa, di formulare una "congrua offerta" di risarcimento del danno (art. 8, comma 1, lett.a) emergono con evidenza gli ampi spazi lasciati alla stessa non potendosi escludere l'adozione di comportamenti opportunistici in merito alla selezione dei sinistri, ad es. "attraverso la formulazione di offerte di risarcimento non congrue per alcune tipologie di sinistri quando ciò comporti uno svantaggio economico nella fase della compensazione con l'impresa responsabile". A fronte della obbligatorietà della procedura, e quindi degli "oneri e del ritardo che essa comporta per la proponibilità dell'azione di risarcimento da parte dei danneggiati" sembra assolutamente "opportuno circoscrivere in modo puntuale e preciso le ipotesi in cui il sinistro non ricada nella procedura diretta", come appare altrettanto opportuno vigilare sulla "corretta e tempestiva applicazione della procedura da parte delle imprese" e prevedere "specifiche misure che penalizzino" le condotte opportunistiche "rendendole non convenienti sotto il profilo economico".

13. – *Ulteriore possibile discrezionalità rispetto ai "tempi" del risarcimento.* Ulteriori margini di discrezionalità lasciati alle imprese assicuratrici, idonei a turbare la situazione di equilibrio tra le parti, vengono ravvisati nel fatto che l'art. 11, comma 3 del d.p.r. 254 prescrive che i termini previsti dagli artt. 145 e 148 cod. ass. decorrano dal momento del ricevimento della richiesta di risarcimento trasmessa da parte dell'impresa del danneggiato all'impresa del responsabile. In tale modo appare evidente, secondo i termini espressi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che "si possano dilatare significativamente i tempi della procedura stragiudiziale", da attivare nel caso di inapplicabilità della procedura di risarcimento diretti, "per inerzia o inefficienza non attribuibile al consumatore danneggiato". Andrebbe, invece, individuato, secondo gli auspici dell'Autorità, "un termine complessivo certo di attivazione dell'impresa del danneggiante entro il quale il danneggiato potrà comunque adire il giudice ordinario, ad esempio sommando un termine di 15 giorni ai termini previsti dagli artt. 145 e 148".

Una situazione analoga è creata dall'art. 7, comma 2, d.p.r. 254, secondo il quale in caso di richiesta di risarcimento incompleta (rispetto al contenuto che la stessa deve presentare secondo quanto previsto, in particolare, dall'art. 6) da parte degli assicurati danneggiati, è prevista una sospensione dei termini per la formulazione dell'offerta da parte dell'impresa assicuratrice (termini che sono prescritti dall'art. 8, comma 2: novanta giorni nel caso di lesioni; sessanta giorni nel caso di danni riguardanti solo i veicoli o le cose; questi ultimi ridotti a trenta qualora il modulo di denuncia del sinistro sia sottoscritto da entrambi i conducenti coinvolti nel sinistro). Tale sospensione, che può essere influenzata, ancora una volta, da eventuali comportamenti opportunistici dell'impresa e che, in qualche modo, dipende da sue scelte e da sue richieste, può provocare "un ingiustificato allungamento del termine per proporre l'azione di risarcimento del danno da parte dei danneggiati, creando per le imprese assicurative un incentivo ad un

utilizzo improprio di tale strumento interruttivo”. Anche a tale riguardo l’Autorità ha avvertito l’opportunità di prevedere soltanto “un allungamento dei termini (pari ad esempio a quindici giorni) in modo da indurre le imprese stesse ad attivarsi tempestivamente in caso di dati mancanti e comunque ad adoperarsi per assicurare la velocità della citata procedura”.

14. – *Considerazioni conclusive.* In conclusione le riflessioni operate, le varie osservazioni, i contributi dati prima e dopo l’emanazione del codice delle assicurazioni e del d.p.r. 254, i pareri espressi in importanti sedi istituzionali, lasciano intravedere le potenzialità positive insite in un sistema di indennizzo diretto che, come si è visto, possono trovare esplicazione su vari fronti e che, in definitiva, inducono ad accogliere con favore tale sistema. Sono stati posti, tuttavia, anche in risalto i consistenti rischi che sono connessi al funzionamento di tale sistema nella sua attuale regolamentazione, soprattutto rispetto ai possibili benefici per gli assicurati e rispetto ad un’adeguata tutela dei danneggiati. A breve, di là da indifferibili interrogativi già sollevati che attendono risposta, ci si renderà conto dove penderà l’ago della bilancia e se si renderanno necessarie, come il Ministro dello sviluppo economico Bersani ha, in qualche modo, eventualmente preannunciato, adeguate correzioni o se, secondo le critiche più feroci ed aspre, dovranno esser apportate modifiche o più radicali abrogazioni con nuovi provvedimenti alcuni dei quali, come visto, già predisposti e presentati.

VITO RIZZO

RISARCIMENTO DIRETTO E RAPPORTI CON L'ART. 2054 DEL CODICE CIVILE⁽¹⁾.

Gli ultimi anni sono stati caratterizzati da un ampio processo “ricodificatorio”⁽²⁾, riguardante numerosi settori, che ha portato all’emanazione di alcuni “Codici”, tra cui spicca l’assai noto Codice di consumo⁽³⁾, ma che ricomprende anche il Codice delle assicurazioni private⁽⁴⁾.

L’entrata in vigore di quest’ultimo, nonché del successivo regolamento di attuazione, di cui al d. P.R. n. 254 del 18 luglio 2006, secondo i dettami dell’art. 150 dello stesso Codice, genera numerosi problemi di coordinamento con la normativa già esistente nel nostro ordinamento e volta a disciplinare tale specifica materia.

In particolare, l’introduzione nel caso di danni scaturenti dalla circolazione stradale della c.d. procedura di risarcimento diretto del danneggiato (artt. 145, 149 e 150) o, meglio, di indennizzo diretto⁽⁵⁾, pone significative questioni di compatibilità con la disciplina codicistica della responsabilità civile (artt. 2043-2059) ed, in special modo, con l’art. 2054 del Codice civile del 1942.

⁽¹⁾ Relazione tenuta al Convegno “Assicurazione RCA e risarcimento diretto: quale equilibrio tra i benefici per gli assicurati e le tutele per i danneggiati”, svoltosi a Milano il 20 febbraio 2007 ed organizzato dalla Confconsumatori nazionale e dal Centro di Studi Giuridici sui diritti dei consumatori dell’Università degli Studi di Perugia – Polo di Terni.

⁽²⁾ Il riferimento è ai provvedimenti emanati nella passata legislatura e, cioè: il Codice in materia di protezione dei dati personali (decr. legisl., 30 giugno 2003, n. 196); il Codice delle comunicazioni elettroniche (decr. legisl., 1° agosto 2003, n. 259); il Codice dei beni culturali e del paesaggio (decr. legisl., 22 gennaio 2004, n. 42); il Codice dei diritti di proprietà industriale (decr. legisl., 10 febbraio 2005, n. 30); il Codice dell’Amministrazione digitale (decr. legisl., 7 marzo 2005, n. 82); il Codice della nautica da diporto (decr. legisl., 18 luglio 2005, n. 171); il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture (decr. legisl., 12 aprile 2006, n. 163).

⁽³⁾ Decr. legisl., 6 settembre 2005, n. 206.

⁽⁴⁾ Decr. legisl., 7 settembre 2005, n. 209.

Infatti, mentre con riguardo alla legge n. 990 del 24 dicembre 1969 -la quale aveva introdotto sia l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile nella circolazione di veicoli, con la finalità di tutelare adeguatamente il danneggiato ed anche il danneggiante, sia la possibilità, in deroga al principio esistente in materia di contratto di assicurazione, di agire direttamente nei confronti dell'assicurazione del danneggiante, che lo avrebbe risarcito come mandatario in *rem propriam* dell'assicurato - tali problemi di coordinamento non si pongono, essendo intervenuta, ex art. 354 del Codice delle assicurazioni private, un'integrale ed espressa abrogazione della stessa e dei successivi provvedimenti che l'avevano modificata, la recente normativa nulla prevede circa i rapporti tra di essa e la disciplina dell'illecito aquiliano contenuta nel nostro Codice civile. Rapporti particolarmente problematici visto che il Codice delle assicurazioni non si colloca nella linea della continuità, ma si pone in sicuro contrasto con l'impianto codicistico sia con riferimento ai soggetti chiamati a risarcire il danno, che con riguardo all'entità dei danni risarcibili -anche se non in tutte le fattispecie di danni cagionati dalla circolazione di veicoli-, di guisa che, al di là delle espressioni generali, rinvenibili sia nel Codice che nel Decreto attuativo, le quali affermano il venire in essere di "effetti benefici per gli assicurati" che giustificerebbero le nuove scelte legislative, va verificato se, effettivamente, gli artt. 145, 149 e 150 del Codice delle assicurazioni private abbiano agevolato o, invece, aggravato, la posizione del soggetto danneggiato. Non quindi, e tengo a precisarlo, una indagine ed una valutazione sull'intero Codice, bensì unicamente sullo specifico profilo dell'indennizzo diretto da parte della compagnia che assicura il danneggiato.

In tale contesto, non può essere sottaciuto che l'art. 2054 del Codice civile del 1942 -il quale rappresenta una novità di significativo rilievo rispetto sia alla disciplina del fatto illecito di cui al nostro Codice civile del 1865 (artt. 1153 ss.), che a quella di cui al *Code Napoleòn* (artt. 1384 ss.)- è il frutto di un lunghissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, svoltosi in Italia, in Francia ed in Spagna, sull'inadeguatezza di un sistema di responsabilità fondato sulla condotta colposa del danneggiante e sulla prova di essa, di fronte all'avvento dei "nuovi" tempi ed all'esponentiale moltiplicarsi degli accadimenti dannosi ad essi correlati. Un dibattito che, mentre in Francia

⁽⁵⁾ Il fatto che il Codice delle assicurazioni private ed il suo regolamento di attuazione abbiano limitato, in alcune fattispecie, l'entità del danno alla persona ritenuto risarcibile, nonché affermato l'impossibilità di ottenere la restituzione delle spese intraprese dal danneggiato per consulenza ed assistenza professionale, nel caso di accettazione da parte di questi di quanto offertegli dalla propria compagnia di assicurazione (art. 9, comma 2, d.P.R. n. 254 del 2006), evidenzia come, effettivamente, la finalità delle disposizioni in commento sia stata quella di indennizzare e non di risarcire la vittima dell'evento dannoso. Il tutto in difformità con il principio generale vigente nell'illecito civile che afferma il diritto ad ottenere il risarcimento dell'intero danno subito.

e Spagna ha imposto una innovativa interpretazione da parte della giurisprudenza delle regole esistenti nel caso di sinistri derivanti da veicoli a motore, nel nostro ordinamento ha portato, con riferimento specifico alla circolazione di veicoli⁽⁶⁾, alla introduzione di una fattispecie speciale di responsabilità civile che, al fine di tutelare adeguatamente il danneggiato, aggrava in maniera significativa la posizione del conducente del veicolo danneggiante ed afferma, pure, la responsabilità solidale del proprietario del veicolo stesso se soggetto diverso dal conducente.

Nell'art. 2054 del Codice civile, infatti, da un lato, prevedendo per il conducente la sola prova liberatoria di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, si introduce una inversione dell'onere della prova della sua colpevolezza e si sancisce il passaggio dalla diligenza media, che è quella normalmente richiesta nell'illecito civile, alla diligenza massima, così come nelle fattispecie di responsabilità per attività pericolose (art. 2050 C.c.); dall'altro si canalizza la responsabilità sul proprietario del veicolo che sarà solidalmente responsabile con il conducente dello stesso a meno che non provi che il veicolo sia circolato contro la sua volontà. Una disposizione, quindi, di notevole significato che, al fine di tutelare effettivamente i danneggiati di fronte al moltiplicarsi dei danni cagionati dai "nuovi" veicoli a motore, introduce una fattispecie che, di fatto, rende quasi impossibile il liberarsi dalla responsabilità e che, non a caso, è stata qualificata dai più come una fattispecie di responsabilità oggettiva. E negli stessi lavori preparatori al Codice del 1942 si legge, nella relazione dell'On. Tumedei, "si tratta non tanto di determinare i rapporti interni fra proprietario e conducente ma di tutelare il danneggiato o l'investito. (...) È giusto che il terzo investito possa chiamare entrambi (conducente e proprietario), e che non si possa opporre a lui la irresponsabilità del conducente".

Su questo sistema della responsabilità civile per la circolazione di veicoli si innesta l'art. 149 del Codice delle assicurazioni il quale prevede che 'alcuni' danneggiati devono chiedere il risarcimento del danno non a chi è responsabile dello stesso, in virtù ed in ottemperanza alle disposizioni codicistiche (artt. 2043-2054 C.c.), ma ad un altro soggetto e cioè alla propria compagnia assicuratrice. In particolare, l'indennizzo diretto si applicherà, in via obbligatoria e non facoltativa e discrezionale, ai fatti illeciti causati dallo scontro fra due veicoli a motore, entrambi regolarmente assicurati ed immatricolati in Italia e salvo che il conducente non responsabile abbia lesioni con conseguenze non superiori al 9% di invalidità permanente. Quindi, l'art. 149 del Codice delle assicurazioni non si potrà applicare in caso

⁽⁶⁾ Per i veicoli che cagionano un danno in un momento diverso da quello della loro circolazione si applicherà un'altra "nuova" disposizione che introduce, anch'essa, una fattispecie di responsabilità aggravata non prevista nel Codice civile del 1865: l'art. 2051 c. c., sul danno cagionato da cose in custodia, in cui l'unica prova liberatoria ammessa è quella del caso fortuito.

collisione fra più di due veicoli a motore, quanto sia coinvolto un veicolo a motore immatricolato all'estero, quando il conducente del veicolo non responsabile abbia subito lesioni superiori al 9% d'invalidità permanente, quando siano coinvolti pedoni, ciclisti, beni immobili, terzi trasportati.

Da ciò scaturiscono importanti conseguenze:

A) si genera una notevole diversità di trattamento fra i danneggiati da fatto illecito derivante dalla circolazione stradale di veicoli a motore nei casi ove risulti applicabile il meccanismo dell'indennizzo diretto e danneggiati da fatto illecito non derivante dalla circolazione stradale, a cui tale meccanismo rimane estraneo. Il medesimo danno ingiusto, infatti, verrebbe ad essere risarcito in modo completamente differente a seconda che si applichi o meno tale procedura.

La normativa sull'indennizzo diretto non si limita a stabilire a chi chiedere il risarcimento dei danni subiti –alla propria compagnia assicuratrice anziché al vero responsabile civile- e non si limita a stabilire diverse norme procedurali –e, cioè, che il convenuto, ovvero la propria compagnia assicuratrice, è un soggetto non responsabile del fatto che viene chiamato a risarcire- ma detta diversi criteri di risarcimento e, quindi, una diversa applicazione del diritto sostanziale.

Ciò trova conferma anche nel regolamento di attuazione – d.P.R. n. 254 del 2006- il quale, in applicazione dell'art. 150 del Codice delle assicurazioni, prevede, nei casi di indennizzo diretto, specifici criteri di risarcimento, diversi gradi di responsabilità, limitazioni alla risarcibilità dei danni accessori. Così, ad esempio, l'art. 9, comma 2, del suindicato regolamento afferma che nel caso di accettazione da parte del danneggiato delle somme offertegli dalla propria compagnia di assicurazione in seguito a procedura di indennizzo diretto non possono essere riconosciuti compensi "... per la consulenza o assistenza professionale di cui si sia avvalso il danneggiato, diversa da quella medico legale ..." ⁽⁷⁾. Di conseguenza, si potrebbe verificare che qualora un medesimo accadimento dannoso cagionato da un veicolo a motore determini lesioni della stessa entità ad un ciclista o ad un altro automobilista, il primo

⁽⁷⁾ La limitazione della possibilità di ottenere il rimborso delle spese incontrate dal danneggiato al fine di avvalersi dell'assistenza di professionisti, quali avvocati e medici legali, appare essere una forte compressione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Carta costituzionale. E, poi, in senso diverso il più recente orientamento della Corte di Cassazione (Cass., 31 maggio 2006, n. 11606), ha affermato il diritto del danneggiato a vedersi restituite le spese sostenute in tema di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per danni cagionati da autoveicoli, anche in ipotesi di composizione della controversia in sede stragiudiziale.

Nel contempo, tale limitazione appare essere non in linea anche con il contenuto dell'art. 1917 del Codice civile il quale pone a carico dell'assicuratore, nel limite del quarto della somma assicurata, le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato.

potrebbe ottenere un risarcimento superiore rispetto a quello del secondo. In sostanza, siamo in presenza di una normativa la quale afferma che per un fatto illecito dello stesso tipo vi possono essere dei danneggiati i quali, obbligatoriamente, si trovano a sottostare ad un trattamento giuridico distinto.

Ma la realtà è che il Codice delle assicurazioni private emanato nella XIV legislatura e, poi, il Regolamento di attuazione emanato, “in perfetta armonia” con il primo, nella XV legislatura, hanno perseguito la finalità di introdurre, a livello generale, “benefici per gli assicurati”, senza tenere in considerazione che una cosa sono gli assicurati, altra cosa sono i danneggiati. Così, mentre l’art. 2054 del Codice civile ed il sistema di responsabilità civile obbligatorio di cui alla oggi abrogata legge n. 990 del 1969 avevano come obiettivo primario quello di tutelare i danneggiati dai sinistri stradali, assicurandogli (finalmente) un sicuro ed integrale risarcimento dei danni subiti, le disposizioni in commento, con diversi profili, si prefiggono di tutelare gli interessi degli assicurati contraenti, dimenticandosi che finalità primaria della stessa assicurazione obbligatoria è proprio quella di garantire l’integrale risarcimento dei danni cagionati da un fatto illecito altrui.

Ma, al di là dei presunti effetti benefici per il consumatore connessi alla auspicata futura diminuzione dei premi di polizza, va con fermezza ribadito, come ha fatto autorevole dottrina, che la tutela del consumatore non può essere resa indipendente dalla tutela della persona: “la protezione del consumatore non sempre si realizza mediante la tutela del consumo: talvolta il soggetto è tutelato in quanto cittadino, talvolta in quanto persona”⁽⁸⁾. D’altronde, ed anche a livello comunitario⁽⁹⁾, il primato della persona sul mercato è definitivo e, con certezza, si può affermare che esso stesso è divenuto uno degli strumenti proprio per la realizzazione degli interessi dei consumatori (quali persone e cittadini). Necessariamente, in tale contesto, emerge la necessità di distinguere diritti che attengono al consumatore quale persona ed interessi economici che riguardano i consumatori in quanto tali⁽¹⁰⁾: diverse saranno le gradazioni della tutela, proprio a seconda delle esigenze che l’atto di consumo mira a soddisfare; se essenziali e, quindi

⁽⁸⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 510 ss.

⁽⁹⁾ Da ultimo, lo stesso Trattato Costituzionale dell’Unione Europea del 2004 eleva a rango costituzionale europeo i diritti della persona - di guisa che si può affermare che la disciplina comunitaria tiene oramai in piena considerazione profili di personalismo e solidarismo - e dedica un’apposita sezione alla protezione dei consumatori, specificando all’art. II-98 che “nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”.

⁽¹⁰⁾ P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 76.

rientranti tra quelle primarie per l'individuo, oppure effimere e, quindi, al di fuori di esse e della conseguente specifica tutela dettata per la persona in quanto tale.

Ed allora la scelta legislativa dell'obbligatorietà del ricorso all'indennizzo diretto verso la compagnia assicuratrice del danneggiato risulta per più profili criticabile ed inadeguata: l'interesse alla probabile "riduzione dei premi di polizza" appare oggi prevalere sia sul diritto ad essere risarciti integralmente dei danni subiti, diritto che, necessariamente, va ricondotto a profili di tutela della persona *ex art. 2* della Costituzione; sia sul principio di uguaglianza (dei danneggiati), anch'esso garantito, all'articolo 3, dalla nostra Carta costituzionale.

In realtà, la soluzione corretta ed equilibrata in tema di indennizzo diretto era già esistente nel nostro sistema della responsabilità civile per danni cagionati da veicoli a motore ed era rappresentata dalla c.d. constatazione amichevole di incidente la quale ammetteva, in via facoltativa e non obbligatoria, nei casi in cui erano coinvolti non più di due veicoli ed il danno a persone era contenuto in un massimo di 15.000 euro per danneggiato, la possibilità di rivolgersi per ottenere il risarcimento alla stessa compagnia assicuratrice di chi aveva subito il danno. Se ne poteva, quindi, ampliare la sfera di operatività senza, però, affermarne la obbligatorietà.

B) Il Codice delle assicurazioni private ha anche ridotto i doveri che gravano sui danneggianti. Si ritiene che questi non dovranno più essere convenuti in giudizio e non saranno più tenuti a rispondere, neppure in solido, del danno da loro stessi cagionato. Ciò in quanto l'art. 149, comma primo, del Codice delle assicurazioni prevede che il danneggiato possa proporre l'azione diretta di cui all'art. 145, comma secondo, dello stesso Codice, nei soli confronti della propria impresa di assicurazione senza far menzione alcuna circa il responsabile del sinistro; specificando, al comma sesto, che è solamente una facoltà concessa alla impresa di assicurazione del veicolo a motore del responsabile quella di chiedere l'intervento in giudizio e l'estromissione dell'altra impresa assicuratrice, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato. Ma tale disposto appare in palese contrasto sia con quanto previsto dall'art. 144, comma terzo, dello stesso Codice delle assicurazioni, il quale espressamente prevede che "nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione è chiamato anche il responsabile del danno"⁽¹¹⁾, sia e, soprattutto, con i principi fondamentali dell'ordinamento

⁽¹¹⁾ Potrebbe affermarsi, al fine di rendere compatibili le due disposizioni in questione - le quali nella loro lettera appaiono essere in netto contrasto tra di loro - che l'art. 144 del Codice delle assicurazioni abbia una portata generale riguardante tutte le fattispecie che non sono state specificatamente disciplinate dall'art. 149 dello stesso Codice, quale disposizione speciale riguardante l'indennizzo diretto da parte della compagnia di assicurazione del danneggiato.

giuridico ed, in particolare, con il principio del *neminem laedere*, nonché con la funzione preventiva svolta, unitamente a quella riparatoria, dalla responsabilità civile. La nuova scelta legislativa, poi, scardina il principio della responsabilità solidale di cui al terzo comma dell'art. 2054 C.c., principio introdotto per una maggiore salvaguardia, sotto il profilo risarcitorio, delle vittime dell'illecito.

Infine, contrasta con tale disposizione anche l'art. 1917 del Codice civile il quale ruota attorno al dovere che ha l'assicuratore di tenere indenne il proprio assicurato "in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" di quanto da lui dovuto ad un terzo in "dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto" e che non afferma, invece, l'obbligo della compagnia di assicurazione del danneggiato di tenere indenne il danneggiante, con il quale, salvo casi eccezionali, non ricorre alcun rapporto contrattuale.

Ancora una volta la via della facoltatività, che avrebbe permesso alla procedura speciale sull'indennizzo diretto di affiancarsi a quella generale senza precludere il ricorso a quest'ultima, avrebbe rappresentato la scelta corretta e compatibile con il sistema.

C) Non può essere sottaciuto, poi, che l'art. 149, comma sesto, del Codice delle assicurazioni, il quale afferma che "l'impresa di assicurazione del veicolo responsabile può chiedere di intervenire nel giudizio e può estromettere l'altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato...", avrebbe dovuto far riferimento a colui che ha cagionato l'evento dannoso e che era alla guida del veicolo assicurato e non all'assicurato, tenuto conto che ad assicurare un veicolo a volte sono soggetti diversi dai loro conducenti o proprietari. E, poi, non si può attribuire a chi non riveste un ruolo nel sistema che gli permette di farlo (autorità giudiziaria) la possibilità di affermare la responsabilità di terzi.

D) La situazione anomala ora prospettata si ripropone, con termini analoghi, con riguardo alle fattispecie in cui il danneggiato è il terzo trasportato. Anche qui, infatti, si prevede che il danneggiato, terzo trasportato, debba essere risarcito solamente dalla compagnia di assicurazione del veicolo nel quale era a bordo al momento del verificarsi dell'evento dannoso, indipendentemente dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli a motore coinvolti nel sinistro. Situazione ancor più pregiudizievole tenuto conto che di fronte a più terzi trasportati danneggiati, "massimali" di garanzia non particolarmente elevati potrebbero determinare una non risarcibilità degli interi danni subiti, in aperta violazione dell'art. 32 della Costituzione, ma di ciò si occuperà chi mi succederà nelle relazioni.

Tutto ciò appare in netto contrasto con la stessa legge delega che aveva come obiettivo quello di tutelare consumatori e contraenti deboli e non certo agevolare i responsabili dei sinistri o modificare i diritti dei danneggiati.

E) Per alcuni profili il Regolamento attuativo si pone in contrasto con lo

stesso art. 149 del Codice delle assicurazioni. Infatti mentre il 2° comma di detta disposizione limita il ricorso alla suddetta procedura nei soli casi di danni alla persona del conducente non responsabile, l'art. 5 del d.P.R. 254 del 2006 lo estende anche ai casi in cui vi sia un concorso di colpa del danneggiato, facendo riferimento al danneggiato che si ritiene non responsabile "in tutto o in parte", con la conseguenza che potrebbero essere attivate due procedure di indennizzo diretto, ognuna nei confronti della propria compagnia di assicurazione da parte di ciascuno dei due danneggiati "parzialmente" responsabili.

Ma la nuova normativa prevede ulteriori profili di incostituzionalità. In particolare, con specifico riguardo all'introduzione del nuovo meccanismo obbligatorio dell'indennizzo diretto risultano non rispettati i limiti della delega legislativa, con conseguente violazione dell'art. 76 della Costituzione.

Nel caso del Codice delle assicurazioni la legge delega è la n. 229 del 29 luglio 2003 che, con l'art. 4, ha specificato sul riassetto del settore assicurativo⁽¹²⁾. Il primo comma dell'art. 4 della l. n. 229 del 2003 rinvia ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n.

⁽¹²⁾ "1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) adeguamento della normativa alle disposizioni comunitarie e agli accordi internazionali;

b) tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio;

c) salvaguardia dell'effettiva concorrenza tra le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa in Italia o operanti in regime di libertà di prestazioni di servizi;

d) previsione di specifici requisiti di accesso e di esercizio per le società di mutua assicurazione esonerate dal pieno rispetto delle norme comunitarie, nonché per le imprese di riassicurazione;

e) garanzia di una corretta gestione patrimoniale e finanziaria delle imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa, anche nell'ipotesi di una loro appartenenza ad un gruppo assicurativo, nonché con riferimento alle partecipazioni di imprese assicurative in soggetti esercenti attività connesse a quella assicurativa e di partecipazione di questi ultimi in imprese assicurative;

f) armonizzazione della disciplina delle diverse figure di intermediari nell'attività di distribuzione dei servizi assicurativi, compresi i soggetti che, per conto di intermediari, svolgono questa attività nei confronti del pubblico;

g) armonizzazione della disciplina sull'esercizio e sulla vigilanza delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi alla normativa comunitaria;

59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi prevede l'obbligatorietà della preventiva richiesta di parere al Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato in data 14 febbraio 2005 ha emesso il parere n. 11603 su di uno schema di Codice che era parzialmente diverso da quello poi emanato ed assolutamente privo delle norme relative all'indennizzo diretto.

Chiaro è che il Governo in sede di modifica del Codice delle assicurazioni con l'inserimento, appunto, dei nuovi artt. 149 e 150, proprio in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 4 della legge delega avrebbe dovuto sottoporre di nuovo al Consiglio di Stato l'intero Codice, ma ciò non è avvenuto. Appare, così, che gli articoli relativi all'indennizzo diretto sono da ritenersi incostituzionali essendo stati inseriti all'ultimo momento senza il rigoroso rispetto del dettato della legge delega la quale richiedeva l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato. In particolare, mentre l'art. 144, comma terzo, sul quale si era pronunciato il Consiglio di Stato, ammette la chiamata in giudizio del responsabile del danno, l'art. 149, comma sesto, non passato al vaglio del Consiglio di Stato, sembra escludere tale possibilità⁽¹³⁾. Inoltre, il citato art. 4 della legge delega in alcuna maniera ha previsto l'introduzione di tale meccanismo di risarcimento, specificando solamente in generale che l'oggetto della delega riguardava anche "il processo di liquidazione dei sinistri": un'altra violazione dell'art. 76 della Costituzione. La violazione dell'art. 76 della Costituzione da parte del legislatore delegato ovviamente si riflette anche sul regolamento attuativo per difetto assoluto di attribuzione, ex art. 21 *septies* della l. n. 241 del 1990, così come modificata dalla l. n. 15 del 2005.

L'art. 149 del Codice delle assicurazioni si pone in contrasto anche con la normativa comunitaria in materia.

Infatti, la Direttiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo afferma, all'art.

h) riformulazione dell'apparato sanzionatorio alla luce dei principi generali in materia:

1) affiancando alle ipotesi di ricorso alla sanzione amministrativa pecuniaria nei riguardi di imprese e operatori del settore, la previsione di specifiche sanzioni penali, modulate tra limiti minimi e massimi, nei casi di abusivo esercizio di attività assicurativa, agenziale, mediatizia e peritale da parte di imprese e soggetti non autorizzati o non iscritti ai previsti albi e ruoli ovvero di rifiuto di accesso, opposto ai funzionari dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP), agli uffici o alla documentazione relativa alle anzidette attività, anche esercitate in via di fatto o, infine, di truffa assicurativa;

2) prevedendo la facoltà di difesa in giudizio da parte dell'ISVAP, a mezzo dei suoi funzionari, nei ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori di cui all'articolo 6 della legge 5 marzo 2001, n. 57;

i) riassetto della disciplina dei rapporti tra l'ISVAP e il Governo, in ordine alle procedure di crisi cui sono assoggettate le imprese di assicurazione."

⁽¹³⁾ V., in proposito, nota n. 11.

4 *quinques*, che gli Stati membri debbano provvedere affinché le persone lese da un sinistro causato da un veicolo assicurato possano avvalersi di azione diretta nei confronti dell'impresa che assicura contro la responsabilità civile colui che è responsabile del sinistro. In buona sostanza si prevede una forma di risarcimento diretto verso la compagnia assicuratrice del danneggiante e non, come oggi accade in Italia, verso quella del danneggiato. A tale previsione si è conformato l'art. 144 dello stesso Codice delle assicurazioni, affermando, al comma primo, che il danneggiato "dalla circolazione di un veicolo o di un natante, per i quali vi è l'obbligo di assicurazione, ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa di assicurazione del responsabile civile, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione". L'inserimento, avvenuto in sede di successiva modifica (e senza l'obbligatorio parere del Consiglio di Stato), degli artt. 149 e 150 sull'indennizzo diretto da parte della compagnia di assicurazione del danneggiato ha stravolto tale disposizione; ma il sistema italiano era molto più in linea con la normativa comunitaria prima dell'aggiunta dell'art. 149 al Codice delle assicurazioni che dopo la sua introduzione.

Una situazione che ci porta a differenziarci anche da altri Paesi europei, come la Spagna, ove il Real Decreto Legislativo n. 8 del 29 ottobre del 2004⁽¹⁴⁾, di riforma del sistema di responsabilità civile e di assicurazione nella circolazione dei veicoli a motore, nulla dispone in tema di indennizzo diretto da parte della compagnia di assicurazione del danneggiato, limitandosi a prevedere che debba essere agevolata nel caso di danni materiali la dichiarazione amichevole di incidente (art. 8).

In questa situazione di netto contrasto tra indennizzo diretto da parte della compagnia di assicurazione del danneggiato e disciplina generale della responsabilità civile (art. 149 Cod. ass. ed art. 2054 C.c.) la dottrina ha affermato come appaia inverosimile che possa ritenersi superato quanto contenuto nel Codice civile in materia di responsabilità per illecito connesso alla circolazione di veicoli. Tuttavia, non può essere sottaciuto che si è in presenza di due disposizioni gerarchicamente sullo stesso piano e che appare difficile non tenere conto della disposizione emanata, sotto il profilo temporale, per seconda, con le conseguenze che ne derivano. E, poi, *lex specialis* (art. 149 Cod. ass.) deroga *lex generalis* (art. 2054 C.c.). In realtà il problema è molto più ampio e riguarda il rapporto tra il Codice civile ed i

⁽¹⁴⁾ Non muta la situazione con il *Proyecto de Ley* n. 121/000125 del 16 febbraio 2007 (convertito, senza variazioni per ciò che concerne il profilo di nostro interesse, nella *Ley* n. 21 dell'11 luglio 2007), di modifica del *Real Decreto Legislativo* n. 8 del 29 ottobre 2004 al fine di adeguare la Spagna alla normativa comunitaria con il recepimento della Direttiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo, il quale afferma il diritto del danneggiato ad esercitare azione diretta verso l'assicuratore del danneggiante (art. 7).

“codici di settore”, rapporto che deve spingere l’interprete ad applicare gli ultimi alla luce dei principi generali dell’ordinamento ed, in primo luogo, di quelli costituzionali nonché di quelli comunitari.

Ed allora, l’unica strada percorribile potrebbe essere quella che, in attesa del pronunciamento della Corte costituzionale investita di recente (19 dicembre 2006) della questione dal Giudice di Pace di Montepulciano, porti l’interprete chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di decidere *ex art.* 2054 C. c. o *ex art.* 149 del Codice delle assicurazioni -in applicazione diretta del precetto costituzionale ed, in particolare, degli artt. 2 e 3 della Costituzione, sia al fine garantire adeguata tutela alla persona lesa che al fine di evitare disparità di trattamento tra coloro che vengono danneggiati da veicoli a motore- ad affermare, in via generale, la possibilità di agire nei confronti del proprietario del veicolo danneggiante e conducente dello stesso, nonché della compagnia di assicurazioni di quest’ultimo, *ex art.* 1917 C.c. (che non appare essere stato abrogato), secondo le regole tradizionali e con la possibilità di ammettere il risarcimento dell’intero danno effettivamente subito. Il tutto anche con la conseguente salvaguardia sia della funzione preventiva e non solo riparatoria della responsabilità civile, sia del principio della solidarietà passiva che caratterizza, oramai da tempo, il sistema del danno cagionato dalla circolazione di veicoli.

A conclusione del discorso, de *iure condendo*, va detto che la soluzione della questione, la quale impone un sicuro intervento legislativo che in primo luogo risolva i problemi di costituzionalità inerenti la violazione dell’art. 76 della Carta costituzionale, non dovrebbe però spingersi, a mio avviso, sino alla totale eliminazione delle disposizioni sull’indennizzo diretto – così come ipotizzato nella proposta di legge dell’On. Bellisario (C.1853) –, bensì dovrebbe limitarsi ad introdurre una soluzione analoga a quelle già previste in tante altre normative di tutela del consumatore, tra cui spicca quella sulla vendita di beni di consumo (art. 135 Cod. cons.) e quella sulla responsabilità del produttore di beni difettosi (art. 127 Cod. cons.), le quali, espressamente, sulla scia del legislatore comunitario, non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre disposizioni di legge. Il tutto nella consapevolezza che una cosa è il rapporto contrattuale tra l’assicurato e la propria compagnia di assicurazione, altra cosa è il rapporto tra il danneggiato ed il danneggiante alla luce delle regole sull’illecito civile.

Infatti, solo lasciando la più ampia possibilità di scelta circa la via da seguire risulterà effettivamente tutelata la posizione del danneggiato e, quindi, anche realizzato l’obiettivo specificamente perseguito nell’art. 4, lett. b) della stessa legge delega dalla quale è scaturito il Codice delle assicurazioni che è quello di garantire maggiore tutela al consumatore, contraente debole. L’elemento della facoltatività, che contraddistingue anche il sistema francese, non a caso, caratterizza il Parere del Consiglio di Stato n. 746 del 2006 sullo Schema di d.P.R. attuativo del Codice delle assicurazioni, il quale espressamente critica il carattere obbligatorio del meccanismo di cui all’art. 149 del Codice in questione. E tale esigenza che appare, correttamente,

particolarmente sentita nei casi in cui vi siano danni alla persona, dovrebbe, a mio avviso, essere rispettata anche nel caso di danno a cose. In buona sostanza, emerge una certa attualità di quella particolare forma di indennizzo diretto operante in Italia in via facoltativa e costituita dalla constatazione amichevole di incidente alla quale, però, andrebbe assicurata una applicabilità molto più ampia.

Comunque sia, ciò che importa è che deve essere assolutamente impedito che una normativa pensata a favore di chi viene danneggiato dalla circolazione di veicoli a motore si trasformi in una normativa a sfavore dello stesso ed a favore delle compagnie assicuratrici le quali, senza ombra di dubbio, rivestono la posizione di contraente forte nel rapporto con l'assicurato. Il tutto sempre nel rispetto dei principi della Costituzione repubblicana, nonché di quelli comunitari ed anche, seppur di rango inferiore, del nostro sistema dell'illecito civile (art. 2054 C.c.)⁽¹⁵⁾, che non può essere, da un giorno all'altro, stravolto con interventi che appaiono essere "del tutto improvvisati".

LORENZO MEZZASOMA

⁽¹⁵⁾ Va segnalato che nelle situazioni di guida *prohibente domino* nelle quali si registrava una discrepanza tra il contenuto dell'art. 2054 C.c. e l'art. 1, comma 3, della legge n. 990 del 1969, si è andati verso l'uniformità con una soluzione che, guarda caso, risulta essere meno onerosa per le compagnie di assicurazione. Sono state così ampliate, ai sensi dell'art. 122, comma terzo, del Codice delle assicurazioni, le ipotesi di non copertura, da parte della assicurazione Rca, dei danni subiti dai terzi trasportati (consenzienti e non), facendovi ricadere tutte le situazioni di circolazione "contro la volontà del proprietario, dell'usufruttuario, dell'acquirente con patto di riservato dominio o del locatario nel caso di locazione finanziaria" ed a partire dal giorno successivo alla denuncia presentata all'autorità di pubblica sicurezza; fattispecie che sono state conseguentemente fatte rientrare, ex art. 283, comma 1°, lettera d), dello stesso Codice, nella sfera di operatività del fondo di garanzia per le vittime della strada.

L'AMBITO APPLICATIVO DELL'INTERDIZIONE E
DELL'INABILITAZIONE A SEGUITO DELL'INTRODUZIONE
DEL NUOVO ISTITUTO DELL'AMMINISTRAZIONE
DI SOSTEGNO

SOMMARIO: *1 – Presupposti dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. 2 – La riformulazione dei tradizionali istituti di protezione dei soggetti incapaci dell'interdizione e dell'inabilitazione. 3 – La “perimetrazione” dei tre istituti secondo le indicazioni della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale porta all'affermazione del c.d. principio “finalistico” o “funzionale”. 4– L'interpretazione giurisprudenziale di merito che valorizza la natura ed il grado dell'infermità (cd. criterio “quantitativo”). 5 – Conclusioni.*

1) Presupposti dell'istituto dell'amministrazione di sostegno.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno è stato introdotto dalla legge 09/01/2004 n. 6 che ha significativamente modificato la struttura del codice civile, relativamente agli istituti relativi alla protezione dei soggetti inidonei alla cura dei propri interessi, dividendo il titolo XII del libro I del codice civile in due capi, il primo dei quali intitolato “Dell'amministrazione di sostegno” (artt. 404 – 413), il secondo intitolato “Dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'incapacità naturale” (artt. 414 – 432).

Gli scopi perseguiti dal legislatore mediante la nuova normativa sono indicati nell'art. 1 della medesima e consistono nella “finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente”.

Ai sensi dell'art. 404 c.c., “la persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio”.

Presupposto necessario per l'apertura dell'amministrazione di sostegno è, quindi, la presenza di un'infermità o di una menomazione in conseguenza

della quale il soggetto si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi.

La infermità o menomazione può essere non solo psichica ma anche fisica e, quindi, in tali casi, l'istituto può essere applicato anche a soggetti pienamente capaci di intendere e volere.

Al riguardo, appare significativo l'uso della congiunzione "o" nella formulazione della norma ("menomazione fisica o psichica"), il quale lascia intendere che le due possibili menomazioni sono previste dal legislatore in via alternativa, ancorché non vi sono dubbi, in via interpretativa, che il procedimento possa riguardare anche soggetti che abbiano entrambe le menomazioni.

Inoltre, l'amministratore di sostegno può essere nominato non soltanto per il compimento di attività negoziali, ma anche per agevolare "l'espletamento delle funzioni della vita quotidiana" e per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione (ad esempio percepire la pensione, pagare la retta dell'istituto), attività per le quali si coglie l'opportunità e l'utilità di una persona che assista la persona affetta da una menomazione soltanto fisica che ostacoli il compimento di tali attività meramente fisiche, ferma restando, in capo al beneficiario, la conservazione della piena capacità di agire per il compimento degli atti negoziali.

Al riguardo appare significativo, anche per comprendere pienamente il fondamento del nuovo istituto e la sua principale differenza rispetto ai tradizionali istituti di protezione degli incapaci, che comportano la generale incapacitazione del soggetto (limitata agli atti di straordinaria amministrazione per l'inabilitazione ed estesa anche agli atti di ordinaria amministrazione per l'interdizione), il combinato disposto degli artt. 405 comma 5° n° 3, che impone al giudice tutelare di indicare puntualmente "l'oggetto dell'incarico e gli atti che l'amministratore di sostegno può compiere in nome e per conto del beneficiario" e dell'art. 409 comma 1°, che prevede la conservazione, in capo al beneficiario, della "capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno" (incapacità relativa).

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi, che legittima la nomina di un amministratore di sostegno, può essere anche "parziale o temporanea".

L'impossibilità di provvedere ai propri interessi "parziale" si risolve in una non radicale inettitudine della persona alla cura dei propri interessi; quella "temporanea" è, invece, quell'inettitudine che costituisce l'effetto di una malattia o di una menomazione di cui si può diagnosticare la guarigione o il superamento e che appaia non avere carattere duraturo.

Ciò non esclude, tuttavia, dall'ambito della disciplina dell'amministrazione di sostegno, le incapacità permanenti.

Ciò si desume, innanzitutto, "a contrario", dall'uso della congiunzione "anche" che precede le locuzioni "parziale o temporanea", che significa come non possano escludersi dall'ambito dell'istituto le situazioni di impossibilità "permanente" di provvedere ai propri interessi.

Peraltro, l'art. 405 comma 5° n° 2 c.c. prevede che la durata dell'incarico può essere anche a tempo indeterminato, situazione che presuppone indubbiamente un'impossibilità di provvedere ai propri interessi di tipo "permanente".

Inoltre, risulta decisivo al riguardo il dettato dell'art. 1 della legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno, già riportata, il quale fa espresso riferimento alla finalità di tutelare le "persone prive in tutto o in parte di autonomia" prevedendo "interventi di sostegno temporaneo o permanente".

A questo punto, però, in presenza di situazioni di incapacità permanenti, si corre il rischio di una sovrapposizione tra la disciplina dell'amministrazione di sostegno con quella dei tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, non abrogati ma riformulati a seguito della novella legislativa, onde è necessario innanzitutto analizzare le caratteristiche di questi ultimi istituti a seguito della intervenuta riformulazione.

2) La riformulazione dei tradizionali istituti di protezione dei soggetti incapaci dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Il nuovo testo dell'art. 414 c.c., intitolato "Persone che possono essere interdette", prevede che "Il maggiore d'età ed il minore emancipato, i quali si trovino in situazione di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione".

Rispetto al vecchio testo dell'articolo in esame appare innanzitutto eliminata la doverosità della pronuncia di interdizione come si evince non solo dalla rubrica dell'articolo, ma anche dalla locuzione finale "quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione", che sembra riservare al giudice un certo margine di discrezionalità nella scelta del rimedio di adottare, da correlare non soltanto alla gravità dello stato di incapacità, ma anche al grado di protezione necessaria per l'incapace.

L'art. 415 c.c., rimasto immutato a seguito dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, prevede che "Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato. Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono, infine, essere inabilitati il sordo ed il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi".

Il nuovo testo dell'art. 417 c.c. prevede che "L'interdizione e l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli artt. 414 e 415 c.c. e, quindi, pure dallo stesso interdicensi o inabilitando, così come è previsto che anche il soggetto beneficiario possa chiedere la nomina di un amministratore di sostegno per se stesso.

Tale norma, che rappresenta una novità rispetto alla normativa previgente, riveste un ruolo importante come enunciazione di un principio guida di tutta la disciplina in materia di interdizione ed inabilitazione: quello per cui i provvedimenti interdettivi ed inabilitanti non devono avere una funzione afflittiva, ma devono rappresentare uno strumento di tutela del “disabile”.

Un’ulteriore novità, che avvicina l’interdizione e l’inabilitazione all’amministrazione di sostegno, è rappresentata dal 1° comma dell’art. 427 c.c. secondo il quale “Nella sentenza che pronuncia l’interdizione o l’inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell’autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall’interdetto senza l’intervento ovvero con l’assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l’ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall’inabilitato senza l’assistenza del curatore”.

Si prevede, in altri termini, la possibilità di emettere provvedimenti di interdizione o di inabilitazione “graduata”, in relazione alle condizioni ed alle esigenze del soggetto interessato, mentre nell’amministrazione di sostegno, come si è detto, è necessario che il provvedimento abbia un contenuto specifico dell’oggetto dell’incarico e degli atti da compiere, in relazione all’esigenza di apprestare una tutela adattabile alle esigenze concrete del beneficiario.

3) La “perimetrazione” dei tre istituti seconda le indicazioni della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale porta all’affermazione del c.d. principio “finalistico” o “funzionale”.

L’assoluta necessità di “perimetrare” gli istituti in materia di protezione dei soggetti incapaci è stata ben evidenziata da due recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione.

Secondo la Corte Costituzionale ⁽¹⁾ “La questione di legittimità costituzionale che riguarda gli artt. 404, 405, nn. 3, 4 e 409 c.c., sotto il profilo che essi non indicano chiari criteri per distinguere l’amministrazione di sostegno dai preesistenti istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione – lasciando di fatto all’arbitrio del giudice la scelta dello strumento di tutela concretamente applicabile – non è fondata, per l’erroneità del presupposto interpretativo, in quanto la complessa disciplina inserita dalla legge n° 6 del 2004 nel corpo delle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l’istituto che, da un lato, garantisca all’incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall’altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad

⁽¹⁾ vedi Corte Cost., 09.12.2005 n. 440.

assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'interdizione e dell'inabilitazione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'inabilitato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria. Ne discende che in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore".

Secondo la Corte di Cassazione ⁽²⁾ "L'amministrazione di sostegno, introdotta nell'ordinamento dall'art. 3 della legge 09 Gennaio 2004 n° 6, ha la finalità di offrire a chi si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali la interdizione e la inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 417 del codice civile.

Rispetto a tali istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato non già nel diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa.

Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, in considerazione della permanenza di un "minimum" di vita di relazione che porti il soggetto ad avere contatti con l'esterno e tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della malattia ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie".

In altri termini, la Suprema Corte sancisce due fondamentali principi in punto di diritto: il primo secondo il quale l'amministrazione di sostegno ha la finalità di offrire a chi si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, uno strumento di assistenza che ne sacrifichi in minor misura possibile la capacità di agire, in ciò distinguendosi dagli altri istituti di protezione (interdizione ed inabilitazione) non soppressi bensì rinnovellati; il secondo, in base al quale l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno deve essere individuato con riguardo non soltanto al diverso e meno intenso grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze del soggetto in relazione alla flessibilità del provvedimento ed alla maggiore informalità della procedura.

⁽²⁾ vedi Cass. 12 Giugno 2006 n. 13584.

La valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze deve essere effettuata, secondo la Corte, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario (criterio c.d. “finalistico”), considerate anche la gravità e la durata della malattia, la natura e la durata dell’impedimento secondo il prudente apprezzamento del giudice di merito.

Secondo la Corte di Cassazione, in sostanza, potrà disporsi l’amministrazione di sostegno a fronte di un’attività minima estremamente semplice, vuoi per la scarsa consistenza del patrimonio disponibile, vuoi per la semplicità delle operazioni da compiere (ad esempio riscuotere la pensione) e per l’attitudine del soggetto di protetto a non mettere in discussione l’attività posta in essere dall’amministratore di sostegno e, in definitiva, ove non appaia necessaria una limitazione generale della capacità del soggetto.

Rileva ancora la Corte come l’amministrazione di sostegno va preferita per le procedure più snelle, per i costi meno elevati e per una maggiore connotazione etico-sociale, in quanto non riconosce uno “status” di incapacità al beneficiario, al quale viene comunque assicurata la possibilità di compiere, ove ne sia in grado, quelle attività nelle quali si estrinseca la c.d. contrattualità minima e, con essa, la possibilità di soddisfare le esigenze della vita quotidiana ⁽³⁾.

4) L’interpretazione giurisprudenziale di merito che valorizza la natura ed il grado dell’infermità (criterio c.d. “quantitativo”).

Il principio c.d. “finalistico” desumibile dalle pronunce sopra riportate, in estrema sintesi, può condurre, se portato alle sue estreme conseguenze, alle seguenti conclusioni: anche in presenza di una “abituale infermità di mente”, che porti alla totale e permanente impossibilità dell’inabile a provvedere ai propri interessi, se è sufficiente una gestione solo di specifici affari, per dare adeguata tutela all’inabile, si può applicare l’amministrazione di sostegno; per contro, se la gestione deve essere generale e globale, va disposta l’interdizione, posto che una gestione totale degli interessi dell’inabile non può aver titolo nell’amministrazione di sostegno.

Tali conclusioni hanno formato oggetto di critica da parte di taluni giudici di merito ⁽⁴⁾, posto che tali conclusioni, in definitiva, fanno dipendere l’opzione tra le diverse misure da valutazioni troppo legate all’assetto del patrimonio dell’inabile.

⁽³⁾ Per l’applicazione del principio “finalistico”, si veda, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna 11 luglio 2005, in *Foro It.* 2005, I, 3482, Trib. Reggio Emilia 9 gennaio 2007, in *Merito* 2007, 7/8, 42.

⁽⁴⁾ Sul punto v. Trib. Firenze 3 giugno 2004, in *Foro It.* 2005, I, 3482, Trib. Torino 26 febbraio 2007, inedita.

Invero, il dettato normativo ravvisa in modo inequivoco nell' "infermità di mente abituale" e nell'"incapacità di provvedere ai propri interessi" i presupposti per l'interdizione, una misura di tutela globale la cui esperibilità non è in nessun modo subordinata dal legislatore, anche implicitamente, all'esigenza di far fronte alla natura patrimoniale degli interessi in gioco ed alla corrispondente complessità della gestione⁽⁵⁾.

Inoltre, l'esigenza di gestione globale del patrimonio dell'inabile non può giustificare in alcun modo una pronuncia che determini l'incapacità legale a porre in essere i c.d. "atti personalissimi" (matrimonio, testamento, donazione, riconoscimento di figlio naturale), in cui si esprimono le scelte esistenziali di primaria importanza per l'individuo, a cui consegue la sentenza di interdizione, incapacità che non appare certamente rinvocabile con l'applicazione del nuovo art. 427 c.c., che riguarda solo gli atti di ordinaria amministrazione.

Ancora, la pronuncia di interdizione comporta l'applicazione delle norme di cui agli artt. 357, 358 e 371 c.c., non richiamate per l'amministrazione di sostegno, le quali rappresentano il fondamento dei poteri esperibili dal tutore nell'ambito della gestione della persona, della sua collocazione residenziale e del consenso in ordine agli interventi ed ai trattamenti sanitari.

Orbene, non appare certamente conforme a giustizia far dipendere dalla complessità o meno del patrimonio l'attribuzione di tali poteri decisionali, fondamentali per la vita di una persona, ad un soggetto diverso da quello interessato.

Ne consegue che la consistenza del patrimonio dell'inabile può, beninteso, essere considerato come uno dei fattori che rende necessaria l'interdizione per dare all'inabile in condizioni di "abituale infermità di mente" un'adeguata protezione, ma è evidente che, come ha ben messo in luce da una parte della giurisprudenza di merito sopra citata, l'interdizione può essere pronunciata anche soltanto sulla base del solo presupposto di un'infermità di mente abituale, cioè stabile ed irreversibile, che sia talmente grave da inficiare la sfera cognitiva e/o volitiva del soggetto al punto da fargli mancare una residua, anche minima, capacità di intendere e volere, la quale soltanto

⁽⁵⁾ Tra i moltissimi interventi sull'amministrazione di sostegno, si ricordano in questa sede: ERAMO, *L'amministrazione di sostegno*, in *Dir. famiglia*, 2004, I, 534; SCARANO, nota a *Cass.*, sez. I, 12.6.2006, n. 13584, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 675; CHIZZINI, nota a *App. Milano*, 15.2.2005 e a *Trib. Milano*, 28.2.2005, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 1, 23 ss.; D'ELIA, *Amministrazione di sostegno promossa. Ora tocca ai giudici tutelari farne tesoro*, in *Dir. e giustizia*, 2006, 2, 15 ss.; CENDON, *Sopraffondere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...*, in *Giur. it.*, 2007, 1, 84 ss.; PICCININI, *Amministrazione di sostegno e applicazione analogica dell'art. 413 c.c.*, in *Dir. famiglia*, 2006, 172; CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 135; GENNARI, *L'indecifrabile confine tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 511.

giustifica l'adozione di un provvedimento che comporta per l'inabile l'acquisizione di uno "status" di incapacità generale.

L'istituto dell'amministrazione di sostegno presuppone invece l'esistenza nel soggetto di una "residua capacità", la quale giustifica l'operatività di un rimedio che risulta diretto a sopperire ad una inidoneità parziale o temporanea del beneficiario, la cui capacità viene ad essere limitata solo con riferimento a singole e specifiche attività indicate dal giudice tutelare (incapacità relativa)⁽⁶⁾.

5) Conclusioni

In definitiva, deve ritenersi che gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione abbiano un carattere residuale e sussidiario rispetto all'amministrazione di sostegno, come si desume incontrovertibilmente sia dal dato normativo, che mette in primo piano la disciplina dell'amministrazione di sostegno rispetto a quella dell'interdizione e dell'inabilitazione, sia dal principio di gradualità delle misure di protezione enunciato dall'art. 1 della legge n. 6 del 2004, che porta a privilegiare la misura che meno incide sulla capacità del soggetto.

Tuttavia, pur tenendo conto di tutto ciò, deve ritenersi che l'interdizione vada in ogni caso applicata nei confronti delle persone affette da patologie gravi ed irreversibili che le rendano del tutto prive di autonomia, mentre in presenza di un livello sia pure minimo di capacità residua debba preferirsi l'amministrazione di sostegno, in ossequio al principio di gradualità e

⁽⁶⁾ Per la dottrina: DE ROMA, *L'onere del patrocinio nel procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno: un problema ancora aperto*, in *www.personaedanno.it*, 18.9.2006; VULLO, *Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 284 ss.; Id., *Alcuni problemi della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 431 ss.; MARTINELLI, *Dal "miereco d'e' pazze" all'obbligo di difensore nelle amministrazioni di sostegno*, in *www.personaedanno.it*, 10.4.2006; MASONI, *Amministrazione di sostegno e (non obbligatorietà della) difesa tecnica*, in *www.personaedanno.it*, 8.4.2006; MONTSERRAT PAPPALLETTERE, *Amministrazione di sostegno: il problema della difesa tecnica*, in *www.personaedanno.it*, 7.3.2006; VULLO, *Onere del patrocinio e procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Giur. it.*, 2005, 1776; CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno: primi "disorientamenti" applicativi*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 23 ss.; TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica*, in *Famiglia e dir.*, 2004, 609; Id., *Introduzione al commento agli artt. 404-413 c.c.*, in *Comm. Cian Trabucchi*, 7^a ed., Padova, 2004, 456-461; Id., *Ancora sulla difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia e dir.*, 2005, 182; Calò, *op. cit.*

Per la giurisprudenza: Trib. Milano, 28.2.2005; Trib. Modena, 22.2.2005; Trib. Roma, 19.2.2005; *contra*: App. Milano, 9.1.2006; App. Milano, 11.10.2005; Trib. Milano, 2.3.2005.

specialmente ove la gestione patrimoniale dell'inabile non sia complessa.

Ciò porta, nella pratica, ad una individuazione assai chiara è netta delle situazioni che impongono, rispetto al nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, una pronuncia di interdizione, anche nel rispetto del principio c.d. "finalistico", posto che in presenza di soggetti assolutamente privi di qualsiasi forma di autonomia, a causa della gravità ed irreversibilità dell'infermità, l'interdizione si atteggia come l'unico strumento che assicuri un'adeguata protezione all'incapace in tema di assistenza, cura della persona e gestione del patrimonio.

Viceversa, appare davvero difficile individuare, allo stato, un concreto spazio di operatività per l'inabilitazione, posto che, se da un lato tale misura presuppone una situazione di incapacità non tanto grave da imporre una pronuncia di interdizione, tale situazione ben può farsi rientrare nell'ambito dell'amministrazione di sostegno che presuppone la sussistenza di una residua capacità⁽⁷⁾.

La distinzione tra le due procedure (inabilitazione ed amministrazione di sostegno) può cogliersi, pertanto, non sotto il profilo c.d. "quantitativo" della natura e gravità della malattia, ma solo sotto quello "funzionale" delle concrete esigenze di protezione del soggetto incapace.

Pertanto, si procederà con l'inabilitazione quando appaia opportuna, nell'interesse del soggetto inabile, l'assistenza del curatore indistintamente

⁽⁷⁾ In merito si vedano, tra gli altri: GORGONI, *L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali*, in *Riv. dir. privato*, luglio-settembre, 2006, 603 ss.; CENDON, *Con i buoni sentimenti non si fanno le buone ordinanze: baruffe chiozzotte 2006*, in *www.personaedanno.it*, 14.9.2006; Id., *Amministrazione di sostegno e combinazioni antropologiche*, in *www.personaedanno.it*, 7.9.2006; Id., *Amministrazione di sostegno: diritto 'dal basso'*, in *www.personaedanno.it*, 23.9.2006; Id., *Il diritto al sostegno*, in *www.personaedanno.it*, 13.7.2006; ROSSI, *Amministrazione di sostegno ed esercizio dei diritti personalissimi*, in *www.personaedanno.it*, 25.7.2006; VENCHIARUTTI, *Amministrazione di sostegno e progetti di protezione*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, 587 ss.; GENNARI, *L'indecifrabile confine tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 511 ss.; PISANO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 425 ss.; FERRANDO, *Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 319 ss.; BONILINI, *L'anzianità non può giustificare, da sola, l'attivazione dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 333 ss.; SERRAO, *Chi difenderà i deboli dal giudice?*, in *Giur. it.*, 2006, 1163 ss.; PAVONE, *Anche il tossicodipendente ha diritto all'amministrazione di sostegno*, in *www.altalex.com*, 22.3.2006; PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 136 ss.; TATÒ, *L'amministrazione di sostegno tra interdizione e inabilitazione: ambiti di applicazione e prospettive future*, in *www.filodiritto.com*, dicembre 2005; VENCHIARUTTI, *Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, I, 9 ss.; PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 585 ss.

al compimento di tutti gli atti di straordinaria amministrazione posti in essere dall'inabilitato, mentre si adotterà l'amministrazione di sostegno qualora tale assistenza sia richiesta solo per taluni atti di straordinaria amministrazione e non per altri.

La distinzione tra le due figure appare, tuttavia, più formale che sostanziale, vieppiù alla luce del "nuovo" art. 427 comma 1° c.c., già citato in precedenza, secondo il quale nella sentenza che pronuncia l'inabilitazione, o successivamente, può stabilirsi che taluni atti di straordinaria amministrazione siano compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.

Pertanto, è prevedibile che l'istituto dell'inabilitazione verrà assorbito da quello dell'amministrazione di sostegno scomparendo del tutto dalla prassi applicativa.

PIERLUIGI PANARIELLO

PROFILI DEL RAPPORTO TRA PRIVATI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. *Premessa*. - 2. *L'evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici*. - 3. *Pubblica amministrazione e diritto privato*. - 4. *Accesso del privato agli atti amministrativi e suoi limiti*. - 5. *Considerazioni finali*.

1. *Premessa*

Le pagine che seguono hanno per oggetto l'esame della disciplina del ruolo della pubblica amministrazione nei rapporti con l'utenza, svolto sulla base dei contributi forniti dalla giurisprudenza comunitaria, oltre che dalla dottrina italiana e straniera.

Tale materia sospesa in un certo senso tra finalità di contenimento della spesa pubblica e logiche legislative attente ai risultati e all'efficienza dell'azione amministrativa, costituisce indubbiamente uno degli ambiti in cui si evidenziano le problematiche del diritto amministrativo attuale.

Ricordiamo che la nuova stagione legislativa, aperta nel 1990 con la legge 142 di riordinamento delle autonomie locali, subito seguita dalla legge 241 sulla trasparenza del procedimento amministrativo, ha portato alla realizzazione in pochi anni di strumenti del tutto nuovi per la pubblica amministrazione italiana, ad es. il diritto di accesso dei cittadini ai documenti amministrativi, l'individuazione del funzionario responsabile di ogni procedimento, l'estensione delle forme di autocertificazione e la drastica limitazione dei certificati e della autenticazione di firme richiesti per le diverse procedure. La loro attivazione 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 ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ G. REBORA, *Un decennio di riforme*, Milano, 1999, 55-56.

D'altro canto, la trasposizione in sede nazionale delle iniziative comunitarie ha aperto un capitolo per molti aspetti nuovo e difficile.

È così maturato, il convincimento che fosse necessario 'rileggere' alcuni punti del rapporto tra gestore del servizio pubblico e utente, privilegiandone l'aspetto pratico-applicativo. Si tratterebbe di tracciare il grado di corrispondenza tra le esigenze della vita sociale e la dinamica giuridica. D'altra parte, di fronte allo spirito del mondo sociale che muta, i fenomeni e gli avvenimenti si intrecciano variamente, così come gli istituti giuridici si particolarizzano.

Come sottolinea S. Licciardello ⁽²⁾, il progresso di un ordinamento non si misura dalla quantità delle innovazioni, quanto piuttosto dalla capacità delle innovazioni di corrispondere in quel momento, in quel contesto storico, ai bisogni della società.

Il presente lavoro è articolato essenzialmente in tre parti: la prima consiste in una breve indagine storico-giuridica sulla disciplina dei servizi pubblici in generale, al fine di analizzare come il rapporto cittadino-utente e gestore di pubblico servizio abbia perso col tempo le connotazioni pubblicistiche per essere sempre più attratto nell'orbita del diritto civile.

A seguire, nella seconda parte, si vedrà come l'amministrazione pubblica possa benissimo operare sullo stesso piano di un qualunque soggetto dell'ordinamento, senza privilegi e speciali garanzie. Nell'evidenziare quanto sia delicato il ruolo delle amministrazioni nazionali nel processo di integrazione comunitaria, sarà riservato un congruo spazio ai contratti pubblici, con particolare attenzione ad alcune figure giuridiche del nostro tempo, attualmente di diffusa applicazione, quali ad esempio i contratti di sponsorizzazione.

Nella terza parte, a diciassette anni di distanza dall'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 sulla trasparenza del procedimento amministrativo, saranno esaminati vari interventi giurisprudenziali, intesi a chiarire la portata, la natura e i limiti del diritto di accesso ai documenti amministrativi, anche se, in realtà questi interventi raramente sono giunti a conclusioni concordanti e univoche. In tale contesto si tenterà di comprendere se il nuovo modo di fare amministrazione sia in grado di soddisfare le esigenze della collettività, o meglio, fino a che punto questo rinnovamento sia percepito dai cittadini.

2. L'evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici.

I mutamenti economici, politici e ideologici tra XIX e XX secolo sono determinanti per il ruolo sociale che lo Stato viene acquisendo. Da un lato, l'affermarsi del liberalismo politico e degli ideali repubblicani sostituiscono

⁽²⁾ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 317.

lo Stato di diritto allo Stato autoritario; dall'altro, lo sviluppo industriale è altrettanto considerevole. Così lo Stato è chiamato a intervenire nell'economia per sostenerne i settori più rilevanti e per mediare nei conflitti sociali. Vi è stato chi ⁽³⁾ nel 1921 affermava: «Nella nuova concezione dello Stato, il servizio pubblico ha la funzione di legittimare il ruolo dei governanti aventi l'obbligo di utilizzare il potere materiale di cui dispongono per sviluppare e realizzare la solidarietà sociale». In questa accezione il servizio pubblico viene di fatto a coincidere con l'interesse generale e lo Stato da 'soggetto prescrittore' diventa 'soggetto prestatore'; il potere si trasforma in funzione, gli amministratori da organi di comando diventano gestori della collettività. Non vi sono più sudditi che subiscono l'imposizione unilaterale di norme, bensì utenti che traggono giovamento da una gestione il cui dovere è anzitutto di soddisfare i bisogni pubblici ⁽⁴⁾.

In taluni casi, tuttavia, la proclamazione di impegni delle amministrazioni erogatrici e dei concessionari privati convive con la loro sottrazione agli obblighi derivanti dall'applicazione delle norme di diritto comune. A tale proposito G. Napolitano ⁽⁵⁾ segnala che nella legislazione postale della seconda metà dell'ottocento si leggeva: «Il Governo prenderà tutte le precauzioni necessarie per assicurare il segreto delle corrispondenze telegrafiche e il buon andamento del servizio», ma contemporaneamente si avvertivano gli utenti che «non incombe all'amministrazione delle poste veruna responsabilità per l'operato dei propri agenti, o per eventuali errori o ritardi nella spedizione, nel trasporto o nella consegna». In realtà, col tempo, non avranno più ragione di esistere le norme di esonero di responsabilità (o di privilegio) per il soggetto gestore del servizio pubblico, perché in pieno contrasto con il principio di uguaglianza ⁽⁶⁾.

Tuttavia, ancora all'inizio del secolo scorso, il rapporto tra esercente e utente è regolato dal contratto 'imposto' dal primo al secondo, così come integrato da specifiche disposizioni normative, comprese quelle in materia di limitazione della responsabilità ⁽⁷⁾. In realtà, manca ancora il riconosci-

⁽³⁾ L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1921, 439-525.

⁽⁴⁾ V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L. G. RADICATI DI BROZOLO, Torino, 2001, 11.

⁽⁵⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 1 - 3.

⁽⁶⁾ Con la sentenza 303 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 1251 e ss., la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni) nella parte in cui disponevano che l'amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni non fosse tenuta al risarcimento dei danni in caso di perdita o di manomissione di raccomandate con le quali fossero stati spediti vaglia cambiari). V. altresì sull'argomento Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 463, in *Giur. cost.*, 1997, 4050 ss. e C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente tra consumatore-cliente e cittadino*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1- 2/2002, 228 ss.

⁽⁷⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 108.

mento all'utente di situazioni giuridiche soggettive attive.

A titolo esemplificativo, al fine di comprendere come il ruolo del gestore pubblico sia andato modificandosi nel tempo, si ritiene utile esaminare alcune vicende storico-politiche relative alla gestione dell'energia elettrica.

E. Rossi⁽⁸⁾ denuncia come le società elettriche fossero lasciate libere, fino al 1936, di vendere l'energia alle condizioni che meglio credevano e, poi, «la legislazione vincolistica non fece altro che cristallizzare le differenze di prezzo fra regioni e utenti, causate dalla molteplicità delle imprese elettrocommerciali e dalla diversa forza contrattuale dei consumatori».

Rileva come nel 1913 un pretore⁽⁹⁾ risolvesse una controversia relativa alla posatura di fili telefonici rispetto a quelli elettrici: «Dato l'uso sovraneamente 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».

La successiva nazionalizzazione dell'energia elettrica rappresenta un momento decisivo nella lotta ai monopoli e nell'affermazione dello Stato democratico contro i 'poteri' privati (in questo caso i 'baroni dell'elettricità').

La proposta di costituire un'azienda elettrica pubblica operante sull'intero territorio nazionale muove, dunque, dalla constatazione del «permanente e insanabile contrasto tra l'interesse privato e quello pubblico» e della «situazione non più oltre tollerabile nei rapporti tra monopoli elettrici ed esigenze della nostra economia e dell'utenza»⁽¹⁰⁾.

La legge 6 dicembre n. 1643 del 1962 espropria le imprese operanti nel settore, con le uniche eccezioni delle aziende municipalizzate e delle imprese autoproduttrici e istituisce l'Ente nazionale energia elettrica (ENEL), a cui è direttamente riservata l'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto e distribuzione. L'ENEL si configura come ente pubblico economico⁽¹¹⁾, con la possibilità di agire secondo criteri di economicità e di

⁽⁸⁾ E. ROSSI, *Elettricità senza baroni*, Bari, 1962, 65 - 66.

⁽⁹⁾ Pret. Reggio Calabria, 2 febbraio 1913, in *Riv. comunicaz.*, 1913, 652.

⁽¹⁰⁾ Proposta di legge n. 269 presentata alla Camera dei deputati il 20 settembre 1958, avente come primo firmatario Riccardo Lombardi, in *Energia e Parlamento*, Firenze, 1962, 157 ss. A. MORO, *Discorso al congresso della Democrazia Cristiana*, tenuto a Napoli il 27 gennaio 1962, in *Energia e Parlamento*, cit., 487, in modo molto prudente, a nome del suo partito, dichiara: «Non siamo in alcun modo contrari in linea di principio al pensiero di portare nella sua interezza il settore elettrico nella sfera pubblica; è questa, però, una misura che noi dovremmo prendere in relazione a un determinato obiettivo di una politica dell'energia e non come una misura che si giustifica in sé, per il solo fatto che essa riduce l'area dell'iniziativa privata».

⁽¹¹⁾ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 200, definisce gli enti pubblici economici come quelli che gestiscono imprese industriali o commerciali, usando dei mezzi giuridici del diritto privato e svolgono attività in concor-

imprenditorialità, grazie al riconoscimento di una capacità generale di diritto privato.

Nella citata normativa che nazionalizza l'energia elettrica e istituisce l'ENEL, definendone l'organizzazione e le modalità di svolgimento dell'attività, non compare invece alcuna regolamentazione delle relazioni con gli utenti⁽¹²⁾, che pur avendo un diritto soggettivo alla prestazione, oggetto di pubblico servizio, tuttavia non possono sindacare le modalità organizzative del servizio. Di conseguenza l'utente non può vantare una posizione di diritto soggettivo di fronte a situazioni nelle quali si tratta di costruire le infrastrutture necessarie a garantire la diffusione del servizio, di ripartire le risorse disponibili tra le diverse zone, di privilegiare l'una o l'altra categoria di utenza: in altri termini in tutti questi casi, gli utenti sono titolari di interessi semplici o mere aspettative di fatto⁽¹³⁾. Soltanto negli anni ottanta del secolo scorso, tuttavia, alla vigilia di privatizzazioni e liberalizzazioni, viene finalmente proposto un inquadramento unitario in chiave contrattuale dei rapporti di utenza. Dall'indagine emerge che i privilegi degli esercenti sono in larga parte superati e che gli utenti beneficiano, invece, di un sistema articolato di protezione.

In tale contesto l'utente si configura sempre più come un cittadino che beneficia di servizi gestiti ed erogati secondo criteri politici, mediante forme organizzative e giuridiche progressivamente attratte nell'ambito della prospettiva privatistica indicata infatti come quella maggiormente in grado di coniugare «le esigenze dell'imprenditorialità con quelle dell'interesse del consumatore e del pubblico in senso lato»⁽¹⁴⁾.

La Commissione europea con la comunicazione del 25 settembre 2000⁽¹⁵⁾ afferma espressamente che al centro della politica comunitaria in materia di servizi di interesse generale risiedono le esigenze dei cittadini. Si segnala che il predetto documento si riferisce ai servizi di interesse economico

renza, almeno potenziale, con i soggetti privati; v. sull'argomento Cass., 3 luglio 1979, n. 3723, in *Rass.giur. Enel*, 1981, 662: «L'ENEL costituisce lo strumento organizzativo mediante il quale vengono esercitate le attività elettriche dello Stato, che ha preferito, per ragioni organizzatorie, attribuire ad esso la gestione dell'impresa pubblica elettrica, piuttosto che gestirla direttamente come apparato di organi e stabilimenti propri o come azienda statale autonoma».

⁽¹²⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 180.

⁽¹³⁾ V. Cons. St. Sez.VI, 24 ottobre 1978, n. 1081, in *Cons. Stato*, 1978, 1, 1493 ss.

⁽¹⁴⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 217.

⁽¹⁵⁾ Pubblicata nella G.U.C.E. del 19 gennaio 2001, che conferma la posizione già assunta nella comunicazione dell'11 settembre 1996, in G.U.C.E. C 281/3 del 26 settembre 1996, 3, la quale si apre con una enunciazione significativa tesa a sottolineare l'importanza dei valori sociali: «L'attività comunitaria si ispira a un modello di economia aperta, basata sulla solidarietà e la coesione sociale, nonché sui meccanismi del mercato».

generale, dal momento che la nozione di 'servizio pubblico' ⁽¹⁶⁾ è pressoché sconosciuta al diritto comunitario, che invece definisce il concetto di 'servizio universale' come indicante l'insieme delle esigenze di interesse generale cui dovrebbero essere assoggettate nell'intera comunità determinate attività, come ad esempio le poste, l'elettricità e le telecomunicazioni ⁽¹⁷⁾. Il servizio universale ponendosi come strumento a garanzia delle condizioni minime ⁽¹⁸⁾ di soddisfazione dei bisogni generali espressi dalla società europea, svolge una funzione correttiva delle regole di mercato, che deve basarsi, non solo sulle esigenze emergenti nella società (mutevoli con l'evolversi della tecnologia), ma anche sulla struttura dei mercati che, modificandosi, potrebbero garantire spontaneamente la soddisfazione dei bisogni sottesi al servizio universale ⁽¹⁹⁾.

La legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, fornisce una definizione di 'consumatore' che comprende non solo la persona fisica che consuma un bene, ma anche l'utente di un servizio pubblico o privato. Tra i diritti fondamentali riconosciuti è altresì esplicitamente menzionato quello dell'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza ⁽²⁰⁾.

L. De Lucia ⁽²¹⁾ sostiene che il servizio pubblico (in senso ampio) si sostanzia in attività strumentali al godimento dei diritti e delle libertà dei cittadini, attenendo cioè a quelle situazioni giuridiche che per essere esercitate da tutti, in modo uguale, necessitano di prestazioni erogate secondo regole determinate. Ne deriva che in questi casi detti diritti e libertà assumono la veste di libertà complesse o di fattispecie complesse «concretizzabili solo con la realizzazione di due distinte situazioni soggettive: un diritto di

⁽¹⁶⁾ La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 individua come 'servizi pubblici' quelli diretti «a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas».

⁽¹⁷⁾ D. CALDIROLA, *Servizi, privatizzazioni, concorrenza*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, Milano, 2001, 151.

⁽¹⁸⁾ V. ad esempio la direttiva 98/10/CE del 26 febbraio 1998 sulla telefonia vocale, che individua le prestazioni minime che devono essere assicurate a tutti gli utenti a prezzi accessibili, che non sono solo il servizio di telefonia vocale, ma anche il fax e il modem, l'accesso gratuito ai servizi di emergenza, l'aggiornamento degli elenchi telefonici, compreso il diritto di esserne esclusi, la fornitura dei telefoni pubblici.

⁽¹⁹⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 567. V. sull'argomento G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 2, 1081 ss.

⁽²⁰⁾ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 41.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, 41.

prestazione e un diritto di libertà»⁽²²⁾. Tanto è vero che l'art. 117 Cost., comma 2, lett. m, a seguito della modifica di cui alla legge cost. n. 3/2001, attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; con ciò confermando non solo che vi sono alcune prestazioni preordinate al godimento di diritti e libertà, ma anche che detto godimento da parte di tutti i consociati (a prescindere dalle condizioni economiche) è una condizione per la stessa esistenza della collettività nazionale. Se, dunque, il servizio pubblico investe il singolo in relazione alla sua effettiva partecipazione alle diverse articolazioni della vita associata, ne deriva che esso rappresenta uno degli strumenti attraverso i quali i diritti, le libertà dei cittadini e il principio di uguaglianza sostanziale si vengono a coniugare, non potendosi questi sostanziare unicamente in libertà negative, ma al contrario, necessitando spesse volte interventi (di soggetti privati o pubblici) per la loro effettività. Insomma, la presa d'atto del diretto coinvolgimento dei servizi pubblici con diritti e libertà costituzionalmente garantiti spiega la circostanza della necessaria presenza a livello legislativo quanto meno di una responsabilità pubblica in ordine a detti settori⁽²³⁾. In sostanza, il nuovo regime dei servizi di pubblica utilità dirige il diritto alla prestazione non più verso lo Stato o altro ente pubblico, ma nei confronti di soggetti privati (le imprese erogatrici) che agiscono secondo la logica propria del mercato, gravando sulla sfera pubblica unicamente la responsabilità, variamente articolata, per il servizio complessivamente considerato. Così si può affermare che il servizio pubblico nel momento in cui rende effettivi diritti e libertà dei cittadini soddisfa direttamente l'interesse pubblico a questo connesso⁽²⁴⁾.

3. *Pubblica amministrazione e diritto privato.*

E. Mele⁽²⁵⁾ considera l'attività di diritto privato come uno strumento a disposizione della pubblica amministrazione per raggiungere i propri obiettivi, alla stessa stregua degli atti amministrativi. Quando il legislatore ritiene di apprestare meccanismi per il conseguimento dell'interesse pubblico stabilisce apposite norme disciplinanti, ad esempio, l'espropriazione, la requisizione, la concessione, ecc.; quando invece non ritiene di differenziare l'attività della pubblica amministrazione, non predispone alcuno strumento operativo ed ecco allora l'amministrazione operare sullo stesso piano e con le stesse regole di qualsiasi soggetto privato, comprando, vendendo, dando in locazione, e via di seguito. Da ciò la considerazione che, nono-

⁽²²⁾ *Ibidem*, 43.

⁽²³⁾ *Ibidem*, 43.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, 47.

⁽²⁵⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, 7.

stante l'ampia gamma di provvedimenti amministrativi predisposti dal nostro ordinamento, l'attività autoritativa di diritto pubblico rappresenta pur sempre un'eccezione⁽²⁶⁾, in quanto si può fare ricorso ad essa soltanto in presenza di norme specifiche che la prevedano, mentre in mancanza di tali previsioni la pubblica amministrazione è tenuta a operare per il raggiungimento degli interessi pubblici mediante gli strumenti giuridici a disposizione di tutti i cittadini⁽²⁷⁾. Sempre il Mele⁽²⁸⁾ afferma: «Se così stanno le cose, perde ogni consistenza la differenza tra l'agire pubblico e l'agire privato dell'amministrazione, che non opera mai privatisticamente, nel senso di curare interessi propri, ma sempre pubblicisticamente per curare interessi alieni, onde non è individuabile una doppia personalità, una di diritto pubblico e una di diritto privato». In realtà anche quando la pubblica amministrazione agisce *iure privatorum*, non assume la veste di soggetto di diritto privato, in quanto, in qualità di soggetto di diritto pubblico, esercita un'attività negoziale⁽²⁹⁾ inquadrata pur sempre in un procedimento pubblicistico, teso a soddisfare interessi pubblici.

Indubbiamente l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni pone una serie di problemi di carattere generale, come ad esempio quello relativo al limite che ad essa può essere imposto in tale attività. In altre parole, un'amministrazione pubblica può porre in essere qualsiasi operazione di natura negoziale o deve limitarsi soltanto a quelle che abbiano una certa attinenza immediata o mediata con gli interessi pubblici di cui è istituzionalmente tributaria?⁽³⁰⁾

⁽²⁶⁾ Eccezioni peraltro, sempre più limitate nei tempi attuali, in presenza di una diffusa 'privatizzazione' dell'attività della pubblica amministrazione.

⁽²⁷⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 9.

⁽²⁸⁾ E. MELE, *Autonomia negoziale della pubblica amministrazione e Costituzione*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1986, 2, 251.

⁽²⁹⁾ È pur vero, sostiene M. CAFAGNO, *Lo stato banditore gare e servizi locali*, Milano, 2001, 119-120, che la pubblica amministrazione si affaccia ai rapporti negoziali come contraente per natura 'anomalo' in quanto soggetto preposto, per il tramite dei suoi funzionari, alla gestione di rilevanti risorse di proprietà comune sotto la potenziale influenza di obiettivi e pressioni disparate. Il movimento lento, ma incessante, teso a eliminare i 'privilegi' creati per via interpretativa risente del superamento del concetto di autonomia privata e dell'accoglimento dell'autonomia negoziale. Mentre l'autonomia privata è intesa quale autonomia dei privati contrapposta alla potestà pubblica, l'autonomia negoziale non distingue tra i soggetti che ne fanno uso. Il superamento della dicotomia tra interesse pubblico e interesse privato è dimostrato dalle riforme legislative che hanno rivisto la struttura degli enti pubblici, avvicinandola sempre più a quella dei privati. Pertanto non costituisce più una contraddizione discorrere di enti pubblici che utilizzano strumenti privati o di enti privati che perseguono interessi pubblici. V. altresì sull'argomento M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 249.

⁽³⁰⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 13.

Il fatto è che utilizzando le amministrazioni pubbliche non denaro o mezzi propri, ma denaro e mezzi della collettività, esse devono, allorché procedono con attività strumentali, dare dimostrazione non solo della pertinenza all'interesse pubblico perseguito con queste attività secondarie, ma dimostrare anche la bontà dell'operazione, trovando in ogni caso applicazione l'art. 97 della Cost., in ordine al principio del buon andamento⁽³¹⁾, che

⁽³¹⁾ A parere di F. SPANTIGATI, *Noi e il tardo Impero: problemi attuali e esperienza del passato* in *Atti Acc. Rom. Cost.*, 13, Napoli, 2001, 791, «il tardo impero oggi per noi è importante perché è il luogo storico dove si forma l'amministrazione pubblica..., dove si distingue tra pubblico e privato in base non alla qualità degli interessi, ma al potere di cui gli stessi dispongono». Purtroppo, sottolinea F. LUCREZI, *Per un diritto amministrativo romano*, in *Atti Acc. Rom. Cost.*, 13, Napoli, 2001, 778, è innegabile il notevole ritardo accumulato dalla romanistica nello studio di quel grandioso fenomeno che è stata l'amministrazione civile dell'impero romano. Copiosa risulta, infatti, la produzione normativa del tardo impero anche sul buon andamento dell'amministrazione. Espressioni come *nostra mansuetudo* e *nostra serenitas* sono presenti in rapida successione in varie costituzioni, ad esempio in CTh. 15.1.26 del 390, in CTh. 10.10.20 del 392 e in tanti altri provvedimenti. Significativa al fine del buon andamento amministrativo CTh. 1.9.2, del 9 marzo del 386, indirizzata a *Principius magister officiorum*, avente ad oggetto la conservazione degli uffici: *ordinem vero militiae atque stipendia nemo praevertat* (nessun ministro sovverta l'ordine degli impiegati ed alteri gli stipendi) *ac si formam istius modi docebitur obtulisse, in locum, ex quo indecenter emergerat, revertatur, ut is gradu ceteros antecedit, quem stipendia longiora vel labor prolixior fecerit anteire* (colui che avrà commesso ciò dovrà ritornare al posto dal quale illecitamente fu innalzato ad un posto superiore e sarà avanzato in grado il più vicino di posto, o quello che avrà più solermente adempiuto al suo dovere). Ricordiamo, di pari oggetto, anche CTh. 8.7.15, del 9 ottobre del 381, indirizzato a *Syagrius praefectus urbi: qui abhinc quinquennio desertis propriae apparitionis obsequiis in ordines indebitos evolarunt, pristinis officiis reddantur*. Anche qui è sancito il ritorno all'ufficio originario di chi è approdato a ordini indebiti. Tale normativa, seppure ponga regole limitatamente alla regressione delle cariche all'interno degli *officia palatina*, è indubbiamente ispirata all'idea che noi definiamo del buon andamento della pubblica amministrazione.

Allo stesso tempo non possiamo ignorare il fatto che la macchina amministrativa nel tardo impero risentisse di notevoli difficoltà oggettive, in quanto, come rileva A. CAMERON, *Il tardo impero romano*, trad. it. di M. DE NARDIS e P. ROSAFIO, Bologna, 1995, 133 ss., le opportunità che lo Stato aveva per svolgere un'efficiente attività di governo erano in genere assai limitate, data la vastità dell'impero, la lentezza dei mezzi di comunicazione e soprattutto la crisi economica, sociale e morale dell'impero. L'incertezza delle situazioni portava a nominare controllori su controllori nel tentativo di arginare il sistema della corruzione. La Cameron parla di un esercito di funzionari in cui ogni cosa era in vendita, incluso l'esercizio stesso del potere. Se ne deduce che il concetto di buon andamento nel periodo di riferimento costituiva indubbiamente obiettivo difficilmente realizzabile.

La situazione per certi aspetti non si allontana di molto con i risultati della glossa, che vuole l'imperatore «*dominus quoad protectionem et iurisdictionem*»; anzi, nel periodo medioevale, il prevalere del feudalesimo tendeva a confondere la proprietà con la sovranità, o meglio il principe era il vero proprietario di ogni cosa. V.

per tali vicende significa proficuità dell'operazione intrapresa. Se però que-

sul tema D. SEGOLONI, *La quaestio an imperator sit dominus totius mundi nei glossatori e in Bartolo*, estratto dagli Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia, 61, 1958, 13, il quale sottolinea che i giuristi medioevali nel commento ad alcuni frammenti del Digesto, come ad esempio D. 6,1,1, si sono posti la «*quaestio an princeps sit legibus solutus*», si sono cioè preoccupati della posizione del *princeps* di fronte alla legge e ne hanno limitato l'arbitrio, sottoponendolo ai vincoli della sua stessa legge e delle leggi naturali e divine. Se ne deduce che il significato di 'buon andamento' risulta inserito in un quadro di riferimento che in ogni caso subisce restrizioni rispondenti, oltre che a motivi giuridici, alle esigenze sociali ispirate dall'etica cristiana.

In realtà anche attualmente l'art. 97 della Costituzione della Repubblica Italiana ha contenuto generico, nel senso che è impossibile stabilire con esattezza una volta per tutte cosa significhino 'buon andamento' e 'imparzialità' o, se si vuole, quale significato giuridico possano avere.

F. SATTÀ, *Introduzioni ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 174, sostiene che si tratta pur sempre di un'espressione di comodo per l'amministrazione che «in questo modo può imporre il sacrificio perché c'è una legge che lo consente». B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 65 ss., rileva che in una prima ed elementare lettura del testo costituzionale peraltro sopravvissuta fino ai nostri giorni, «si riteneva che l'imparzialità assorbisse il buon andamento, sicché l'ineleganteendiadi avrebbe significato solo un categorico divieto di fare e subire favoritismi rivolto dal costituente alla pubblica amministrazione in senso soggettivo o meglio ai suoi talvolta poco affidabili funzionari». Sempre B. Cavallo definisce semplicemente «puerile» il monito di non compiere favoritismi e, al contempo, parla di «favola dell'imparzialità» riferendosi alla gestione dei mezzi di organizzazione in particolare nel settore delle costruzioni di opere pubbliche e delle forniture di beni e servizi alle amministrazioni.

F. SATTÀ, *Introduzioni ad un corso*, cit., 35, sostiene che il concetto di 'buon andamento' potrebbe farsi coincidere con quello di 'efficienza' o di 'economicità della gestione' o addirittura di 'pronto adeguamento' dell'apparato ai fini assunti dal potere politico. In astratto nessuno di questi significati in cui la terminologia può essere usata è estraneo alla Costituzione; di qui la conseguenza, inevitabile, sempre secondo Satta, che «il concetto di buon andamento sia stato formulato così, quasi più per doveroso omaggio a quello che la pubblica amministrazione dovrebbe essere che per espressa volontà di un'amministrazione organizzata in un dato modo». La sola ipotesi ragionevole è che il costituente abbia voluto deliberatamente inserire nella Costituzione una norma meramente programmatica, una direttiva, finale, addirittura una 'formula in bianco', determinare il cui contenuto sarebbe stato compito sia del Parlamento attraverso la legislazione ordinaria, sia della scienza dell'amministrazione, secondo il progredire delle tecniche amministrative.

Ricordiamo a tale proposito che fa parte del diritto positivo non solo la norma vigente, ma anche il 'canone interpretativo', quell'unità o indice di adeguamento alle esigenze mutevoli della società'. Talvolta la norma rinvia direttamente a parole del linguaggio comune e allora l'interprete ha il compito di chiarirne il senso secondo le convinzioni ricorrenti in quel momento nell'ambiente sociale. Tale discorso vale, a mio modo di vedere, per concetti quali 'correttezza', 'buon andamento', 'buona fede', 'equità', ecc., considerati da un'autorevole dottrina dei criteri di valutazione, ovvero metodi interpretativi per fornire una rappresentazione della

sta dimostrazione viene data, nessun dubbio vi è sull'utilizzabilità da parte

condotta o dell'attività dei soggetti: V. in tal senso S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1943, 391 ss.

In realtà questi canoni contribuiscono a rendere legittimi comportamenti che qualche decennio prima lo stesso ordinamento con le stesse disposizioni con una diversa interpretazione degli stessi proibiva. Col tempo permane l'uso di una terminologia che formalmente continua ad essere identica anche quando il suo contenuto è cambiato. A volte tali canoni subiscono mutamenti lievi, a volte rilevanti, come, ad es. nel caso del 'comune senso del pudore' che oggi è interpretato in modo assai diverso rispetto a qualche decennio fa, pur essendo praticamente invariata la normativa in materia, v. Cass., sez. III, 25 ottobre 2002, in *Foro ital.*, 2003, 1. A tale proposito la Suprema Corte è intervenuta più volte in casi di opere cinematografiche con immagini di particolare licenziosità o crudezza, v. ad esempio Cass, 3 febbraio 1984, in *Foro Ital.*, 1985, 1, in riferimento al film *Caligola* realizzato e successivamente rinnegato da T. Brass nel 1977, oggetto di liti giudiziarie a catena, proiettato in Italia nel novembre del 1979, sequestrato e rimontato nel 1984 da F. Rossellini: «Il comune senso del pudore, pur affievolito dalla evoluzione dei costumi, ha ancora una sua attuale dimensione, sia pure limitata, e questa è travolta dalla brutalità e bestialità descrittiva delle immagini e dalla loro corrosività rispetto alla sensibilità e riservatezza della generalità dei cittadini». Per non parlare del recente film *Apocalypse* di Mel Gibson, contenente scene di estrema violenza e di immagini disturbanti che si susseguono incessantemente per tutta la durata dello spettacolo; eppure il film in argomento, tra l'altro proprio 'di nazionalità USA' e classificato negli Stati Uniti d'America 'restricted', cioè vietato ai minori di anni 17, in Italia è uscito non vietato (solo il TAR del Lazio aveva comunque vietato il film nell'intera regione) e, solo in tempi successivi, vietato ai minori di 14 anni (v. sull'argomento T.A.R. del Lazio, sez. II *quater*, 14 marzo 2007, n. 2301).

Anche nel concetto di 'buon andamento' è necessario evidenziare un cambiamento di percorso: infatti in un'amministrazione che M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1988², 91, definisce 'per atti', ovvero in un'amministrazione chiusa in sé stessa, per 'buon andamento' si intendeva un comportamento non macchiato da incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere. In ogni caso buon andamento era precisione, regolarità, affidabilità, correttezza. Nell'amministrazione riammodernata per 'buon andamento' si intende, in aggiunta, anche 'amministrazione buona', che ha come finalità il miglioramento dell'efficienza e dell'economicità del settore pubblico. D'altra parte se con 'interpretazione' si intende l'accertamento teorico del significato dell'oggetto da interpretare, il risultato di una interpretazione giuridica può essere soltanto l'accertare lo schema costituito dal diritto da interpretare e quindi la conoscenza di più possibilità esistenti all'interno di questo schema. V. sull'argomento H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 384, secondo cui l'interpretazione di una legge deve possibilmente condurre a più conclusioni, tutte di uguale valore, nella misura in cui le si raffronta soltanto alla legge da applicare, anche se soltanto una di esse si trasforma in diritto positivo, mediante l'atto dell'organo che applica il diritto e particolarmente del tribunale. «Il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa in verità soltanto che si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge e non che essa è la norma individuale, bensì una fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale».

Come sottolinea P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977³, 29, sono da considerare 'clausole generali' le norme che utilizzano concetti rivestiti dei caratteri descritti, es. correttezza (v. artt. 1175 e 2598, n. 3 c.c.), sensatezza della persona (art. 1435 c.c.), ecc., il cui uso «può essere giustificato e raccomandato per consentire l'adeguamento delle norme e del sistema alle mutate situazioni sociali ed economiche, ma può pure prestarsi nelle mani di una magistratura debole a piegare il diritto alla ideologia di una classe o di un gruppo (come avvenne in Germania attorno al '30, quando 'la fuga nelle clausole generali' finì per agevolare la disponibilità e poi la conversione della giustizia tedesca al nazismo)». In pratica il Rescigno afferma che le clausole generali sono le norme che contengono i canoni interpretativi; l'analisi delle eventuali differenziazioni tra clausole generali e canoni interpretativi non è oggetto di discussione in questa sede. Interessante al riguardo risulta comunque la posizione di G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 439-440, laddove definisce le clausole generali come un 'concetto *bisognoso di integrazione valutativa*', in quanto esse comportano la necessità che l'interprete ponga in essere dei *giudizi di valore* e proprio questo rinvio da esse operato all'interprete spiega la loro caratteristica di 'concetti elastici', contenenti previsioni capaci di 'adeguarsi' e 'adattarsi' ai mutamenti delle condizioni in cui viene a operare in ciascun momento storico l'ordinamento giuridico. V. altresì S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, 727 ss., secondo cui l'indeterminatezza delle clausole generali è intenzionale, voluta dallo stesso legislatore al fine di interpretare i cambiamenti sociali. Sull'argomento v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 376 ss., il quale sostiene «la essenzialità negli attuali sistemi dello strumento delle clausole generali e del loro stretto legame con il procedimento equitativo».

È necessario segnalare che a volte il rinvio alle clausole generali muove dall'incertezza o vaghezza del significato di un termine, da cui consegue la difficoltà di poter riferire tale significato a un caso specifico; v. C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 299 ss.; v. C. LUZZATTI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2000, 117 ss. Chiaramente, come sostiene G. NOCERA, *Autorità*, in *Enc. del dir.*, 1969, 465, «se del linguaggio caratteristico di un popolo si vuole cogliere tutto il significato, non basta far ricorso alle diverse accezioni lessicali delle parole e alle loro esemplificazioni filologiche, ma occorre collegare le espressioni con la vita che le ha generate e alimentate». Non a caso, per fare un esempio, il termine *auctoritas* ha assunto nella storia oltre il significato più ristretto di legittimità, garanzia, autenticità anche il senso più ampio di spinta, incoraggiamento, così come lo intendeva Cicerone (F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Torino, 1972, 299). A tale proposito, sempre G. NOCERA, *Autorità*, cit., 475, riporta un fatto, almeno all'apparenza, insolito: Dione Cassio (nato a Nicomedia in Bitinia sotto Antonino Pio intorno al 163 d.C.) nella sua *Storia romana* scrive che è assolutamente impossibile tradurre in greco il termine *auctoritas*: evidentemente quello storico non trovava nella sua lingua il corrispondente di una nozione propria *civium romanorum*. Confrontando infatti il romano *auctoritas* col greco ἄρτιπια può essere confermata l'intraducibilità di cui si doleva Dione Cassio: infatti il concetto di ἄρτιπια fa riferimento alla qualità che viene dal riconoscimento, mentre quello di *auctoritas* va ricollegato alla capacità personale creativa. Non a caso, al fine di individuare il precetto, sostiene E. ROPPO, *Istituzioni*

della pubblica amministrazione di qualsiasi negozio di diritto privato⁽³²⁾.

In questa ottica ad esempio il Consiglio di Stato⁽³³⁾ ha considerato illegittimo un contratto di acquisto di immobile con caratteristiche monumentali da parte di un Comune, non ravvisandosi nella specie tale necessità per la sede municipale.

Le problematiche relative ai 'contratti della pubblica amministrazione'⁽³⁴⁾ costituisce una delle tematiche più interessanti del rapporto, spesso conflittuale nel nostro ordinamento, tra disposizioni di diritto privato e pubbliche amministrazioni.

In un sistema normativo caratterizzato dalla proliferazione di leggi disorganiche e comunque lacunose, ha assunto cruciale importanza il ruolo della giurisprudenza che però a volte ha compiuto interpretazioni e rico-

di diritto privato, Bologna, 2001, 29, «l'interprete è chiamato a fare da mediatore tra il testo normativo e la realtà sociale».

Qualsiasi espressione venga adoperata dallo studioso di oggi, avverte giustamente S. A. FUSCO, *Storia costituzionale romana, storia concettuale e sociologia storica: le categorie del 'potere' nel pensiero di Max Weber* in *SDHI*, 61, 1995, 785, essa diventa automaticamente moderna, per il fatto stesso di essere utilizzata all'interno di una struttura di pensiero attuale.

⁽³²⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 14.

⁽³³⁾ C. Stato, sez. V, 23 ottobre 1981, n. 512, in *Foro it.*, 1982, 146: «È illegittima la deliberazione comunale di acquisto di un immobile avente caratteristiche monumentali ed artistiche, allorché l'acquisto si riveli, oltreché sproporzionato sul piano finanziario in rapporto alle modeste dimensioni dell'ente, non adeguatamente motivato sull'uso pubblico e sociale del compendio e non preordinato all'ulteriore, esclusiva utilizzazione ai fini propri dell'ente (nella specie: era in corso la costruzione di una nuova casa comunale)».

⁽³⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 800, 801, nota che la dottrina meno recente, salvo che in Francia, non si è occupata molto dell'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, e quindi dei contratti, soprattutto ad evidenza pubblica. A tale proposito la dottrina francese ritenne inizialmente che il *contrat administratif* costituisse una figura di atto a sé stante; negli sviluppi più recenti ritenne il *contrat administratif* un contratto di diritto privato, in cui l'amministrazione ha delle "prerogative", che consistono in poteri di direzione, di controllo, di infliggere sanzioni pecuniarie, di modificare il rapporto, di non adempiere e di porre delle *clauses exorbitantes* rispetto a quello che sarebbe lo schema di contratto tra privati. M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuali della p.a.*, Torino, 2003, 13, sostiene che l'attuale opinione prevalentemente tende a collegare simmetricamente la qualificazione dei vari contratti dell'amministrazione all'ampiezza della legittimazione negoziale conferita dal legislatore all'amministrazione stessa. In buona sostanza laddove è possibile individuare una legittimazione negoziale ampia e incondizionata, il contratto che potrà stipularsi è del tutto simile alla fattispecie prevista per qualsivoglia soggetto di diritto privato: al restringersi di quella legittimazione, corrisponderanno ipotesi più singolari di fattispecie contrattuali.

È rilevante come in trattazioni ottocentesche della materia siano già contenute tesi interessanti sull'applicabilità o meno delle disposizioni di diritto privato alla

struzioni assai discutibili, riconoscendo una posizione diversa e in tutta evidenza di privilegio alla pubblica amministrazione ⁽³⁵⁾. Partendo da un presupposto smentito più volte nella pratica, e cioè la presunzione dell'agire lecito e corretto degli enti pubblici ⁽³⁶⁾, i giudici hanno ritenuto che gli artt. 1341, comma 2 ⁽³⁷⁾ e 1342 ⁽³⁸⁾ c.c. non riguardassero anche le strutture pubbliche: l'apposizione di clausole vessatorie ad opera della pubblica amministrazione non comportava alcun aumento delle garanzie, seppure soltanto formali, a favore di chi era costretto a subirle (contraente privato). Per capire quanto grave fosse il problema e in che misura si realizzasse la

pubblica amministrazione (v. L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, Padova, 2000, 2). Tra le tesi contrarie, ricordiamo una citazione di G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880, 3, 385: «Il codice civile serve male a giudici e ad avvocati per le definizioni del diritto civile dello Stato, per le quali non è scritto». Tra le tesi favorevoli, riportiamo la citazione di G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1899, 2, 2: «La dottrina delle persone giuridiche deve studiare l'amministrazione pubblica negli atti di gestione patrimoniale, dismesse le attribuzioni autoritarie, la natura giuridica dei beni posseduti dallo Stato, i contratti e le altre obbligazioni fra lo Stato e i terzi, esaminando tutto questo con la logica del diritto privato».

⁽³⁵⁾ M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 11-12; F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali*, in *Corr. Giur.*, 1996, 294, afferma: «Fino alla fine degli anni '60 e in certa misura in epoca anche successiva era riscontrabile un orientamento giurisprudenziale propenso a dar foggia a una sorta di diritto speciale privato, da applicarsi alla p.a., allorché questa dismettesse i panni autoritativi, per acquisire la veste di contraente. In sostanza, l'affermazione in via di principio dell'assoggettamento del soggetto pubblico alla normativa di diritto comune risultava svilita in concreto dall'enucleazione di sconfinata 'zone franche' all'interno delle quali la p.a. poteva agire senza essere condizionata dai viluppi privatistici, godendo di privilegi sbrigativamente giustificati con il carattere collettivo degli interessi perseguiti».

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. I, 23 luglio 1969, n. 2766, in *Mass. Foro it.*, 1970, I, 96, fa discendere automaticamente l'agire imparziale e giusto dal fine generale che è perseguito.

⁽³⁷⁾ Art. 1341, comma 2 c.c.: «In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria».

⁽³⁸⁾ Art. 1342 c.c.: «Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente».

disuguaglianza di trattamento è sufficiente considerare che l'ente pubblico faceva uso e continua a farne, di moduli negoziali ⁽³⁹⁾ dal medesimo predisposti per evidenti ragioni di uniformità, di celerità e di buon andamento dell'amministrazione ⁽⁴⁰⁾.

La giurisprudenza più recente appare decisamente orientata per la riduzione dell'area di privilegio della pubblica amministrazione. La stessa Cassazione è ritornata sui suoi passi, sancendo il rispetto degli artt. 1341, comma 2, e 1342 c.c. anche da parte della pubblica amministrazione ⁽⁴¹⁾.

V. Mengoli ⁽⁴²⁾ rileva altresì quanto sia importante (dall'entrata in vigo-

⁽³⁹⁾ Il riferimento è ai capitoli generali e speciali. Essi sono un insieme di regole contrattuali predisposte normalmente dalla pubblica amministrazione per ogni tipo negoziale. M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 125, usa l'espressione 'modulo convenzionale' per individuare quelle fattispecie in cui tra gli interessati e la pubblica amministrazione si giunge a 'soluzioni concordate', non imposte in via autoritativa. V. altresì sull'argomento C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti degli enti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2/2004, 188, secondo cui la locuzione 'modulo convenzionale' è così ampia da comprendere figure e istituzioni diverse che possono rientrare nell'ambito del contratto di diritto pubblico o nel contratto di diritto privato.

⁽⁴⁰⁾ M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 17.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, 18. A tale proposito rilevano Cass., 29 settembre 1984, n. 4832, in *Foro it.*, 1984, 1, 2442: «Le clausole limitative della responsabilità dell'amministrazione delle ferrovie dello stato, dalla stessa predisposte, per disciplinare in maniera uniforme una serie illimitata di futuri contratti, ed inserite nel capitolato di appalto di oo. pp., concluso a licitazione privata, sono inefficaci nei confronti dell'appaltatore che, avendole accettate senza trattative sul punto, non le abbia approvate specificamente per iscritto ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c.» e Corte cost. [ord.], 21 gennaio 1988, n. 61, in *C.E.D.*, *rv 10235*: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1341 e 1342 c.c., ove siano interpretati nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina relativa alla sottoscrizione delle clausole vessatorie ai contratti stipulati dalla p. a., in riferimento agli artt. 3 e 24 cost.». In riferimento alla sopra citata sentenza della Cassazione 4832/84, F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A.*, cit., 294, afferma: «Più di recente, è caduta una delle ultime barriere pervicacemente frapposte alla partecipazione del contraente pubblico a quello privato, rappresentata dalla pretesa inestensibilità del disposto dell'art. 1341 c.c., capoverso, in tema di approvazione specifica per iscritto delle condizioni generali di contratto di stampo vessatorio. A partire da uno storico *dictum* del 1984, la S.C. ha sgretolato quello che ormai sempre più chiaramente si appalesava alla stregua di dogma privo di fondamento razionale, argomentando dal rilievo che la citata disposizione contempla un onere formale di carattere generale, suscettibile di applicazione indipendentemente dalla necessità di tutelare un soggetto versante in condizioni sostanziali di inferiorità contrattuale. Di qui, la conclusione dell'inconferenza della pretesa estraneità del soggetto pubblico a logiche prevaricatrici rispetto all'attuazione del congegno formale predisposto dal legislatore del 1942».

⁽⁴²⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 5.

re dell'art. 11 della L. 241/1990) definire i confini tra il contratto di diritto privato e l'accordo amministrativo, dal momento che le fondamentali fattispecie di contratto di diritto pubblico, allo stato attuale, sono state ricondotte dalla giurisprudenza all'accordo amministrativo, quale disciplinato dall'art. 11 (si pensi ad esempio alla maggior parte delle convenzioni edilizie). Una parte della dottrina configura gli accordi come contratti di diritto comune, che si differenziano da quelli civilistici non per la natura giuridica, ma solo per l'oggetto (pubblico) ⁽⁴³⁾. V. Mengoli, utilizzando la definizione del contratto di cui all'art. 1321 c.c. ⁽⁴⁴⁾, ci fornisce una (possibile) definizione generale di accordo amministrativo, quale «accordo intercorrente fra una o più pubbliche amministrazioni e una o più parti private, concluso in sostituzione di un provvedimento o per determinarne il contenuto. Tale accordo è diretto a produrre, in via diretta o mediata, gli effetti tipici del relativo provvedimento, nonché a costituire, regolare o estinguere tra le parti che lo hanno concluso un rapporto giuridico patrimoniale» ⁽⁴⁵⁾. Ancora V. Mengoli ⁽⁴⁶⁾ fa notare come l'accordo amministrativo ex art. 11 L. 241/90 abbia la connotazione della vincolatività, ossia la capacità di impegnare le parti con la forza della legge e sulla base della loro concorde volontà, così come sancito dall'art. 1372 del c.c. Questo principio applicato agli accordi amministrativi, non solo conserva i suoi significati originari, ma ne acquista uno nuovo, cioè l'assunzione di impegni non solo per il soggetto privato, ma anche per l'amministrazione. Esiste tuttavia una fondamentale differenza tra i contratti e gli accordi amministrativi; mentre di norma un privato è libero di concludere un contratto con una parte piuttosto che con un'altra, nell'accordo amministrativo il privato è quasi sempre obbligato a concludere l'accordo con la parte pubblica presso la quale pende il procedimento, o che comunque risulta competente (ad esempio, per le convenzioni di lottizzazione, il Comune dove è sita l'area da lottizzare). Ciò rende la parte privata non perfettamente libera di determinare il contenuto dell'accordo, se non altro con riferimento alla parte soggettiva dell'altro con-

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, 16.

⁽⁴⁴⁾ D. MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 1-2, definendo il codice civile 'un appiglio sicuro' nella scelta dello strumento contrattuale, espone la convinzione che esista un diritto comune a pubblici e privati operatori, e che tale diritto debba essere identificato nel diritto privato. In primo luogo, l'applicazione delle regole generali non impedisce in via di eccezione di derogarvi; poi il diritto privato moderno e in particolare la disciplina del contratto hanno da tempo abbandonato il principio della indiscutibile parità formale dei contraenti, rivelandosi anno dopo anno strumenti sempre più duttili per il perseguimento della parità sostanziale delle parti contraenti e, proprio per questo, mezzo di affermazione di interessi superindividuali e collettivi.

⁽⁴⁵⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, cit., 18.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, 287.

traente. A tale proposito, mancando una espressa disciplina legislativa, spetterà al buon senso dell'amministrazione, ed eventualmente al giudice, determinare il confine entro il quale può esplicarsi la libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, considerando sempre che la parte debole e bisognosa di tutela nella maggior parte dei casi è il soggetto privato, che resta sempre esposto all'eventualità dell'esercizio non consensuale dei poteri autoritativi dell'amministrazione con cui contratta ⁽⁴⁷⁾.

D'altra parte, se così non fosse, l'accordo amministrativo si trasformerebbe in uno strumento perverso, che si ritorcerebbe contro gli stessi privati, permettendo all'amministrazione di realizzare effetti per essi pregiudizievoli ⁽⁴⁸⁾. Indubbiamente, sia nell'accordo amministrativo che nel provvedimento amministrativo, la causa è la stessa, ossia la finalizzazione al pubblico interesse (specifico e concreto). Il contenuto dell'accordo è di duplice natura, pubblicistico e privatistico: l'interesse privato si confronta con l'interesse pubblico, che da generico e indistinto diventa concreto e puntuale, tale da essere confrontato con quello o quelli privati presenti nell'ambito del procedimento. Pertanto la legge 241/90 muta la prospettiva: gli interessi privati non sono più sullo sfondo, in posizione defilata, ma costituiscono i fondamenti degli apporti privati decisivi per selezionare lo stesso interesse pubblico, per definirne i contorni e precisarne i modi di soddisfacimento ⁽⁴⁹⁾. In questa ottica il diritto privato viene spesso elevato a strumento di efficienza, in quanto più agile rispetto a un'organizzazione rigida e preconstituita in ogni sua parte, il più delle volte assolutamente inadatta allo snellimento dell'azione amministrativa. In realtà, come sottolinea P. Cerbo ⁽⁵⁰⁾, l'accordo amministrativo si fonda anche su una esigenza di 'organizzabilità'. D'altra parte, l'amministrazione col tempo si è trovata a far fronte a incarichi sempre più complessi, pur mantenendo un contesto strutturale organizzativo pensato in epoche in cui tali esigenze non sussistevano. Naturalmente, è impensabile che ogni amministrazione si possa

⁽⁴⁷⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 49-50; sull'argomento F. MANGANARO, *Risarcimento del danno ed amministrazione per accordi*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 204, rileva che l'amministrazione, dal momento che decide di conformare l'interesse pubblico stipulando un accordo, può sottrarsi agli obblighi pattuiti solo alle condizioni stabilite dal legislatore (recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico con la corresponsione di un indennizzo), ma non rimanendo inerte o emanando un provvedimento difforme da quanto concordato. F. LEDDA, *Nuove note sugli accordi di "diritto pubblico" su alcuni temi contigui*, in *Giur. it.*, 1998, 5, 395, afferma: «l'accordo deve pensarsi come impegnativo: se non è impegnativo non è accordo nel senso del diritto».

⁽⁴⁸⁾ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 21.

⁽⁴⁹⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 62.

⁽⁵⁰⁾ P. CERBO, *Moduli convenzionali nell'organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, 269.

dotare di tutte le strutture specializzate necessarie allo svolgimento del complesso dei suoi compiti, in quanto una simile scelta risulterebbe gravemente inefficiente: si moltiplicherebbero le strutture con funzioni simili, con dispersione delle risorse a disposizione e difficoltà a raggiungere gli obiettivi prefissati. Pertanto, l'amministrazione pubblica, laddove se ne ravvisi la necessità, può avvalersi delle capacità di tecnici di alta professionalità non alle proprie dipendenze⁽⁵¹⁾; a tale proposito rilevano gli accordi fra amministrazioni e professionisti privati, i c.d. contratti di collaborazione, consulenza, ecc.⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 400.

⁽⁵²⁾ Pur essendo oggetto specifico del diritto del lavoro, ho ritenuto opportuno dedicare un appropriato spazio ai contratti di consulenza, assistenza legale, ecc., considerate il ricorso crescente da parte degli enti pubblici. L'art. 7 del decreto lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al punto 6., recita: «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». L'atto di conferimento dell'incarico è provvedimento amministrativo, mentre il rapporto cui dà vita, comportando obbligazioni tra le parti, è contrattuale. L'incontro delle volontà precede il provvedimento amministrativo, che peraltro formalmente costituisce il rapporto. V. sull'argomento M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 401 ss. L'oggetto del contratto di collaborazione è una prestazione d'opera intellettuale, che tuttavia non ha i caratteri propri dell'appalto di servizi *ex art.* 1655 c.c., in quanto l'appaltatore deve necessariamente essere una media o grande impresa. Inoltre, l'oggetto del contratto di appalto di servizi – prestazione imprenditoriale di un risultato – si differenzia nettamente dal contratto d'opera, che è dato dalla prestazione intellettuale, senza che sia presupposta un'organizzazione di mezzi o l'utilizzazione di lavoro altrui. V. sull'argomento T.A.R. Liguria, sez. II, 22 giugno 2002, n. 705, in *Foro it.*, 2003, 258; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 14 febbraio 2002, n. 84, in *Foro it.*, 2002, 223; Cass., S.U., 19 ottobre 1998, n. 10370, in *Foro it.*, 1998, 108. Tale fenomeno viene spesso visto con diffidenza, non solo per il suo notevole impatto sulla spesa pubblica, ma anche per il 'depauperamento', in termini di conoscenze e competenze, che esso comporta per l'amministrazione; non di rado infatti si tratta di servizi che potrebbero essere erogati direttamente da figure professionali già esistenti all'interno dell'apparato amministrativo (E. BELISARIO, *I contratti d'opera e professionali della p.a.*, in *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2005, 2, 552).

In materia di affidamento di incarichi di collaborazione a soggetti estranei all'amministrazione, si segnala la disposizione contenuta all'art. 1, comma 9, d.l. 12.7.2004, n. 168 (*"Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica"* convertito in legge 30.7.2004, n. 191) che, nel recepire l'insegnamento della giurisprudenza contabile, ha disposto che l'affidamento di incarichi «in materia e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente, deve essere adeguatamente motivato ed è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nell'ipotesi di eventi straordinari. In ogni caso va preventivamente comunicato agli organi di controllo e agli organi di revisione di ciascun ente»; v. C. conti, sez. giur. reg. Sardegna, 27 agosto 1997, n. 887, in *Foro it.*, 1998, 114; C. conti, sez. contr. reg.

Nell'ultimo decennio, hanno avuto impiego crescente anche i contratti associativi ⁽⁵³⁾ volti alla costituzione di società a partecipazione pubblica minoritaria o maggioritaria. Tale tendenza trova origine nella consapevo-

Sardegna, 7 giugno 1993, n. 106, in *Foro it.*, 1994, 69. Si prevede poi espressamente che l'affidamento di incarichi in assenza di questi presupposti costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale (v. T.A.R. Puglia, sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535, in *Foro it.*, 2003, 551: «Costituisce violazione dei principi di economicità di gestione e di buon andamento della spesa pubblica l'affidamento di una consulenza legale esterna da parte di un ente locale dotato di un proprio ufficio contenzioso»).

⁽⁵³⁾ F. STADERINI-I. FRANCO-S. ZAMBARDI, *I contratti degli enti locali*, Padova, 2000², 504 ss. Il contratto di società (art. 2247 c.c.) ha trovato esplicito riconoscimento, quale possibile strumento organizzativo a disposizione degli enti locali, con l'art. 22, comma 3, lett. e, della legge 8 giugno 1990, n. 142, il quale ha previsto per Comuni e Province la possibilità di gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico. La legislazione successiva (art. 12 legge 23 dicembre 1992, n. 498; art. 4 D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito con legge 29 marzo 1995, n. 95) ha poi ampliato la possibilità di utilizzare il modulo societario, facendo cadere il requisito della proprietà maggioritaria in mano all'ente, con ciò esaltando l'effetto di privatizzazione che è proprio di tale modello. La carica innovativa portata dalle leggi n. 498 e n. 95 risiede, in particolare, nell'introduzione di società miste a partecipazione pubblica minoritaria, quali possibili affidatarie di servizi pubblici locali, in aggiunta alle preesistenti società a maggioranza pubblica. Con la soppressione del vincolo maggioritario, viene incentivato il processo di dismissione della proprietà pubblica e si rende il privato più partecipe alla gestione dell'impresa, secondo scelte legate alle regole del mercato. È stato chiarito, in primo luogo, che la scelta dell'ente locale (tra le diverse forme di gestione dei servizi che gli sono consentite) è ampiamente discrezionale, ma deve, tuttavia, aver riguardo al modo migliore di realizzare l'interesse pubblico, anche se, come sottolinea A. CAROSELLI, *L'affidamento del servizio pubblico alla società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8/2005, 856, mentre il rapporto tra l'autorità pubblica e i propri servizi risponde a logiche di pubblico interesse, la partecipazione del privato alla società si risolve in un investimento di carattere economico. Rimane comunque il fatto che la decisione di ricorrere al modulo societario deve trovare giustificazione nell'esistenza di motivi, riconducibili alla 'natura del servizio da erogare' ex art. 22 legge n. 142/1990, che rendano opportuno il coinvolgimento di altri soggetti, apportatori di capitali, tecnologie e capacità imprenditoriali.

L'art. 12 della legge n. 498/92 stabilisce, al quarto comma, che le tariffe dei servizi espletati dalle società partecipate siano determinate in modo da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, attraverso l'integrale copertura dei costi e l'adeguata remunerazione del capitale investito, che deve risultare coerente con le prevalenti condizioni di mercato. L'art. 5 del D.P.R. n. 533/96, infine, stabilisce che i rapporti tra ente pubblico e soci privati siano regolati all'atto della costituzione della società, ovvero con apposita convenzione, in modo che siano assicurati il corretto svolgimento del servizio e la verifica della economicità della gestione.

Circa la natura delle società partecipate, si è ritenuto pacificamente che esse operano in regime privatistico e sono assoggettate alla disciplina del diritto comu-

lezza che, attualmente, la gestione di alcuni servizi può venire più utilmente affidata a strutture private, riservando agli organi della pubblica amministrazione i compiti di indirizzo e controllo; essa risponde, inoltre, all'intento di accedere, per tale via, al finanziamento privato, alleggerendo gli oneri a carico dell'ente pubblico.

Sempre nell'esigenza dell'amministrazione di reperire nuove fonti di finanziamento va vista la ragione del progressivo ricorso al contratto di sponsorizzazione⁽⁵⁴⁾, quale modulo contrattuale alternativo all'appalto.

ne. V. sull'argomento F. STADERINI-I. FRANCO-S. ZAMBARDI, *I contratti degli enti locali*, cit., 507 ss.

Sempre a proposito di contratti associativi, nell'ambito della esternalizzazione della gestione dei servizi svolti dalle pubbliche amministrazioni, ricordiamo ad esempio, a seguito di deliberazione di Giunta del Comune di Terni n. 624 del 27 dicembre 2002, con contestuale approvazione di una convenzione, l'affidamento al Centro Multimediale s.p.a., quale partner tecnologico di minoranza, dell'incarico di progettazione, installazione e gestione dei sistemi di rilevazione degli accessi all'interno delle zone a traffico limitato, mediante apposite apparecchiature (varchi elettronici previsti dal D.P.R. n. 250/1999) e il successivo affidamento della gestione dei verbali redatti da personale della Polizia Municipale con deliberazione di Giunta comunale n. 388 del 6 luglio 2006.

F. BANDINI, *Multe in outsourcing. Con riserva*, in *Italia Oggi* del 18 ottobre 2005, 29, sottolinea che un Comune può affidare all'esterno il servizio di gestione delle contravvenzioni stradali solo a favore di soggetti iscritti all'albo indicato dall'art. 53 del d.lgs. n. 446/1997 (cessionari della riscossione dei tributi locali). E la mancanza di questo requisito comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara. V. sull'argomento Consiglio di Stato, sez. V, Napoli, 3 ottobre 2005, n. 5271, in *Giornale di dir. amm.*, 2005, 1329 (m).

⁽⁵⁴⁾ Si evidenzia che la questione del debito degli enti territoriali è divenuta, ormai, di stretta attualità, visto che le cifre dell'indebitamento di livello subnazionale aumentano con tassi di crescita piuttosto significativi. Ad esempio, G. P. MANZELLA, *Indebitamento degli enti territoriali e legge finanziaria 2005*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2005, 337, sottolinea che tra il 1999 e il 2003 il debito complessivo delle amministrazioni locali è passato da euro 32,6 mrd a euro 50,2 mrd. In realtà la situazione finanziaria degli enti locali è notoriamente in perenne affanno per l'impari rapporto tra le risorse disponibili e le crescenti esigenze della cittadinanza. Con l'art. 43 della legge 27.12.1997 n. 449 (c.d. finanziaria 1998 contenente "Misure per la razionalizzazione della finanza pubblica"), abrogato dall'art. 6 della legge 31 marzo 2000, n. 78, il legislatore, nell'intento di trovare un rimedio al problema della limitatezza della finanza pubblica, ha formalmente riconosciuto il contratto di sponsorizzazione, un istituto già utilizzato con una certa frequenza dalle pubbliche amministrazioni, (per quanto assai più conosciuto da parte del mondo privatistico), 'al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa, di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati'. Si consulti D. BEZZI-G. SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998, 8 ss.; v. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in *Foro it.*, 2002, 495; v. altresì S. STEFANELLI, *I contratti della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto privato del mercato*, a cura di A. PALAZZO e A. SASSI, Perugia, 2007, 551 ss.

Si rileva che la normativa di derivazione comunitaria nel nostro ordinamento non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo nell'ambito delle fattispecie complesse caratterizzanti i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni e a cui sono estranee le problematiche qualificatorie proprie del sistema giuridico interno⁽⁵⁵⁾. Ciò che guida il legislatore comunitario è il perseguimento del fine della tutela

Appare evidente come la possibilità di avvalersi della sponsorizzazione debba trovare riferimento nello statuto dell'ente locale, rientrando, anche se in senso lato, nelle forme di organizzazione e degli indirizzi dell'ente medesimo, sotto il profilo delle risorse economiche e del loro sfruttamento. L'asse decisionale e, quindi la realizzazione dei contratti di sponsorizzazione, è individuato nella dirigenza, che deve rispettare come linea di principio la scelta delle procedure di evidenza pubblica, lasciando come residuale l'ambito della trattativa privata, la cui opzione dovrà essere oggetto di adeguata motivazione. V. sull'argomento S. RAIMONDI- R. PATRASSI, *Impianti sportivi comunali*, Milano, 2001, 182 ss. Nella scelta dello sponsor, quindi, l'amministrazione dovrà sempre garantire che la realizzazione dell'interesse economico perseguita da detto soggetto sia strettamente connessa a quella dell'attività per cui l'amministrazione ha beneficiato del finanziamento derivante dalla sponsorizzazione. E' nel momento di costruzione dell'accordo negoziale, infatti, che l'amministrazione dovrà indicare con precisione quali siano le fonti, regolamentari e non, contenenti i principi di disciplina della materia e di cui si pone il necessario rispetto, potendo altresì inserire apposite clausole di salvaguardia della bozza contrattuale, che spesso si trova a disposizione dei concorrenti già in sede di invito a presentare l'offerta. Si deve inoltre considerare che si può parlare di risparmi di spesa solo nel caso in cui un'amministrazione abbia già previsto in bilancio uno stanziamento, secondo i programmi ordinari di spesa, e questo stanziamento, in tutto o in parte viene risparmiato attraverso la sponsorizzazione.

Dato l'interesse mostrato dagli enti pubblici a tale fenomeno, la legge 2 agosto 1982, n. 512 ha consentito ai soggetti che indirizzano la propria attività verso il campo della cultura in genere, la deducibilità, ai fini delle imposte sui redditi delle persone fisiche e giuridiche, delle erogazioni effettuate a favore dello Stato o di enti pubblici.

Marcello Iacubino, segretario comunale del Comune di Bovino (FG) al Convegno tenutosi a Firenze – Hotel Londra il 24 e il 25 novembre 2004 ha evidenziato alcune ipotesi applicative del contratto di sponsorizzazione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni: ad esempio, è interessante il caso del Comune di Chatillon, in Valle D'Aosta, che ha venduto la carta intestata del Municipio come spazio pubblicitario per un Istituto di credito; il Comune di Storo (TN) ha bandito un avviso pubblico per la sponsorizzazione del pavimento della palestra di un centro sociale pluriuso, affinché lo *sponsor* realizzasse i lavori di posa e finitura del parquet del campo da gioco, inserendo il proprio logo in una porzione di pavimento, per la durata di 10 anni. Per quanto sopra esposto, v. M. IACUBINO, *Il reperimento di risorse alternative da parte delle P.P.AA.: il contratto di sponsorizzazione. Ipotesi applicative*, in *Le sponsorizzazioni nella pubblica amministrazione*, Firenze, Hotel Londra 24-25 novembre 2004, 24.

⁽⁵⁵⁾ C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti degli enti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2/2004, 189 ss.

della concorrenza e del mercato e per raggiungere tali obiettivi sono stati impiegati istituti propri dei diritti nazionali, come quelli disciplinati dall'ordinamento interno per i contratti delle pubbliche amministrazioni, nati secondo un principio ispiratore fondamentalmente diverso, cioè la tutela dell'interesse pubblico. Pertanto la materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni, pur rappresentando uno dei settori più importanti del diritto comunitario, è iniziata e si è sviluppata senza che vi fosse una disposizione specifica del Trattato di Roma a fondamento⁽⁵⁶⁾. Il settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni, del resto, rappresenta per la Comunità ragione di grande interesse a causa della sua rilevanza economica (si pensi che il valore della domanda pubblica è stato quantificato intorno all'undici per cento del prodotto interno lordo dell'Unione europea)⁽⁵⁷⁾ e, quindi, del suo rilievo per la formazione di un effettivo libero mercato comune. Il

⁽⁵⁶⁾ Per le direttive emanate negli anni settanta e nella prima metà degli anni ottanta si faceva riferimento, come giustificazione dell'intervento, alle disposizioni di principio del Trattato che stabiliscono il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità (art. 12 par. 1 ex 6 del Trattato), il divieto delle restrizioni alle importazioni, nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente (ex art. 28 ss., ex 30 ss. del Trattato), il diritto di stabilimento (art. 43 ss., ex 52 ss del Trattato), la libera prestazione di servizi (art. 49 ss. ex 59 ss. del Trattato), il divieto di misure restrittive della concorrenza all'interno della Comunità (ex art. 86, ex 90 del Trattato). Sono intervenute da ultimo due direttive Ce, approvate dal Parlamento europeo il 19 gennaio 2004 e dal Consiglio il 3 febbraio 2004, per realizzare, basandosi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, un coordinamento delle procedure di aggiudicazione l'una degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, l'altra degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. La circolare n. 8756 del 6 giugno 2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie (in G.U. n. 178 del 31 luglio 2002) sottolinea come alla stregua dei principi comunitari «le pubbliche amministrazioni che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie e alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie *chances* competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata». Degno di rilievo, con riferimento all'ambito di applicazione della normativa comunitaria, è sicuramente l'art. 192, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in tema di determinazioni a contrarre e relative procedure, in forza del quale «si applicano in ogni caso le procedure previste dalla normativa dell'Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano». V. sull'argomento C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti*, cit., 193 – 195. Del resto, l'art 117, comma 1, Cost., nella sua nuova formulazione sancisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

⁽⁵⁷⁾ PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti*, cit., 193.

diritto comunitario, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, ha cambiato parzialmente la propria 'filosofia' di intervento, rendendola più incisiva, con un'evoluzione da una politica di natura essenzialmente negativa (realizzata fondamentalmente nella previsione di divieti alle limitazioni stabilite dalle legislazioni nazionali) a un orientamento positivo, impostato cioè sulla determinazione di misure a contenuto costruttivo, dirette a creare una disciplina omogenea dei settori stessi al fine di realizzare l'obiettivo comunitario di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

4. Accesso del privato agli atti amministrativi e suoi limiti.

La legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata prima dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, poi dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante "*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*", convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80, ha introdotto importanti novità sull'accesso ai documenti amministrativi⁽⁵⁸⁾. Il Governo con il D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184 ha reso operative le modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80. I punti maggiormente interessanti del regolamento concernono le modalità dell'intervento normativo degli enti territoriali, le condizioni per il differimento dell'accesso, la determinazione dell'ambito di legittimazione attiva e passiva allo stesso, l'entità del dovere di collaborare con l'istante che incombe sulla pubblica amministrazione, l'individuazione del responsabile del procedimento. Sul piano sistematico, a mio modo di vedere, ne risulta un quadro complesso e, in un certo qual modo, ulteriormente complicato. Per effetto dell'art. 14, comma 2 del citato D.P.R. n. 184, che ha

⁽⁵⁸⁾ La recente riforma della legge 241 del 1990 ha tra le altre novità aggiunto un nuovo principio dell'azione amministrativa, contenuto nel nuovo comma 1 - bis dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, in base al quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente». Tale norma predilige l'elasticità dei moduli privatistici rispetto ai provvedimenti unilaterali di estrinsecazione del potere, anche se in pratica fa salva la disciplina vigente che postula atti a regime pubblicistico. F. CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, in *Urb. e App.*, 4/2005, 377 sostiene che «la norma si limita a esternare un principio ormai assodato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune». A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 4/2005, 449, sottolinea: «Non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione». G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della p.a.*, in *Urb. e App.*, 4/2005, 382, parla di 'portata assai residuale del comma 1 - bis dell'art. 1 della l. 241/1990'.

abrogato il precedente regolamento, approvato con D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, le regioni e gli enti locali devono adeguare i rispettivi regolamenti in materia di accesso ai documenti amministrativi alle norme previste da detto regolamento. Le amministrazioni locali possono, tuttavia, disciplinare autonomamente le modalità organizzative e di esercizio del diritto di accesso, prevedendo livelli di tutela più alti rispetto a quelli previsti dal richiamato D.P.R. n. 184/2006. Ricordiamo che in base all'art. 6, comma 6 del D.P.R. in argomento, «il responsabile del procedimento di accesso è il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente». Se ne deduce che la necessità di individuare un responsabile va a configurare l'istanza di accesso come un vero e proprio procedimento amministrativo a sé stante, dotato di una propria autonomia. Inoltre il potere di differimento⁽⁵⁹⁾ dell'accesso, previsto dall'art. 9, comma 2 del D.P.R. n. 184/2006 è esercitato anche «per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione». Indubbiamente, in attuazione del principio di buon andamento, si ravvisa il dovere dell'amministrazione di collaborare con i privati agevolando l'accesso da parte loro agli atti, a condizione che sia comunque salvaguardata l'esigenza di non aggravare troppo l'attività istituzionale⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 23 della legge 241/90, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, al comma 4, prescrive: «L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato, ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento». In realtà tale potere è da intendersi come alternativa favorevole al cittadino istante, del diniego di accesso. Già il T.A.R. Lazio, I, 8 febbraio 1996, n. 177, in *Foro it.*, 1996, III, 344, precisava che il potere di differimento va esercitato in modo espresso e motivato; secondo il T.A.R. Lazio, I, 14 ottobre 2000, n. 8168, in *T.A.R.*, 2000, I, 4758, I, l'amministrazione può sempre esercitare il potere di differimento dell'accesso, quando si tratti di assicurare il buon andamento dell'attività amministrativa, nel quadro del contemperamento dell'interesse alla conoscenza con quello alla speditezza dell'azione amministrativa.

⁽⁶⁰⁾ Sul punto v. Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 1998, n. 548, in *Giur. ital.*, 1998, 1724, sez. V, 25 ottobre 1999, n. 1709, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1637; v. altresì, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 aprile 2005, n. 2067, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 4, 1224 (s. m.): «L'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma di legge non può essere compromesso da difficoltà organizzative della pubblica amministrazione, difficoltà che le moderne tecnologie consentono di superare con facilità». Rileva sull'argomento Tribunale delle Comunità europee, I sez. ampliata, 15 aprile 2005, causa T-2/03, avente ad oggetto il seguente caso: il VKI (associazione di consumatori austriaca legittimata ad agire dinanzi ai giudici civili nazionali per far valere i diritti pecuniari dei consumatori) chiedeva alla Commissione europea di consultare un fascicolo relativo a una decisione che sanzionava alcune banche austriache per aver applicato tassi di interesse ad alcune tipologie di investimenti e crediti ad un prezzo particolarmente elevato per i propri clienti. La Commissione respingeva la domanda di accesso del VKI, poiché il fascicolo conteneva più di 47.000 fogli, né concedeva una consultazione parziale, in quanto l'esame particolareggiato di ciascun documento avrebbe costituito per essa un carico di lavoro eccessivo e sproporziona-

Si evidenzia che nel nuovo regolamento non compare alcun riferimento alla riservatezza dell'amministrazione; risulta invece oggetto di specifica tutela (v. art. 3) la posizione, o per meglio dire, il diritto alla riservatezza dei controinteressati ⁽⁶¹⁾, (cioè di tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto), che potrebbe

to. Il VKI insorgeva contro la decisione, sostenendo tra le altre motivazioni, la violazione dell'obbligo sancito dall'art. 4 del regolamento n. 1049 (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, di accordare l'accesso parziale alle informazioni non interessate da alcuna eccezione. Il Tribunale, accogliendo il ricorso VKI, ha annullato la decisione dell'istituzione comunitaria, in quanto «il puro e semplice rifiuto di accesso opposto dalla Commissione al ricorrente è viziato da un errore di diritto». Si evidenzia che il regolamento n. 1049/2001 contrariamente a molte legislazioni nazionali, non contiene clausole relative alle domande abusive, ripetitive o manifestamente irragionevoli, né tanto meno un divieto come quello introdotto in Italia dall'art. 24, comma 3 della legge 241/90 novellata («non sono ammissibili istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»). In pratica il Tribunale, nel caso di specie, ha stabilito che l'onere della prova circa la portata di una eccezione per il carattere irragionevole del compito che la domanda comporta, grava sull'istituzione che si avvale di tale eccezione, la quale ha l'obbligo di tentare un accordo con il richiedente, di vagliare effettivamente tutte le alternative disponibili e di spiegare in modo circostanziato, nella sua decisione, le ragioni per le quali tali alternative implicano a loro volta un carico di lavoro irragionevole. Per quanto sopra esposto relativamente alla citata sentenza del Tribunale delle Comunità europee, si consulti P. CIRIELLI, *Le eccezioni del diritto di accesso e il carico di lavoro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2006, 28 ss. D'altra parte, si ricorda che le tematiche della pubblica amministrazione non solo sono da tempo oggetto di riflessione in Europa, ma hanno anche trovato spazio in numerosi documenti, come ad esempio il Codice del Consiglio d'Europa. Ed ancora: il 6 settembre 2001 il Parlamento europeo ha approvato con una specifica risoluzione, un codice di buona condotta amministrativa, affidando al Mediatore europeo il potere di condurre indagini su possibili casi di cattiva amministrazione. E il diritto a una buona amministrazione è riconosciuto dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione di Nizza, confluita nella nuova Costituzione europea.

⁽⁶¹⁾ V. ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro it.*, 1997, 293: «Il responsabile del servizio tossicodipendenze di una usl, a tutela dei suoi interessi giuridicamente rilevanti, ha diritto di prendere visione delle lettere, note o segnalazioni con le quali tossicodipendenti in cura, o loro genitori, hanno esposto lamentale sul suo operato, indipendentemente da esigenze di riservatezza dei tossicodipendenti stessi, o dai timori, comunque infondati, di possibili ritorsioni a loro danno (nella specie, la decisione ha ordinato all'amministrazione non solo di lasciar prendere visione agli interessati dei documenti richiesti, ma di lasciarne copia)»; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 1998, n. 498, in *Foro it.*, 1998, 264: «Il diniego di accesso ai documenti amministrativi non può fondarsi su una asserita esigenza di riservatezza dei terzi, dovendosi al riguardo rilevare che, secondo i principi stabiliti dall'art. 24 della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'accesso stesso, qualora venga in rilievo per la cura o la difesa dei propri interessi, deve prevalere sull'esigenza di riservatezza del terzo»; Cons. Stato, V, 22 giugno 1998, n. 923, in *Foro it.*, 1998, 324:

essere compromesso dall'esercizio dell'accesso. Costituisce infatti un nuovo obbligo procedimentale da parte della pubblica amministrazione quello di comunicare ai controinteressati l'esistenza di una richiesta di accesso agli atti che li riguardano.

Al delicato rapporto tra il diritto di accesso e l'esigenza di tutela della riservatezza dei terzi sono dedicati la lett. d) del comma 1 e il comma 7 dell'art. 24 della l. 241/90, nella nuova stesura dello stesso operata dalla 'novella' del 2005. Il primo affida al regolamento governativo la previsione di casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi «quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono». Il comma 7 dell'art. 24 precisa che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici⁽⁶²⁾. Nel caso di documenti

«Colui il quale subisca un procedimento di controllo o ispettivo ha interesse qualificato a conoscere tutti i documenti amministrativi utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti di iniziativa (domande e richieste da cui scaturisca un obbligo di provvedere) e di preiniziativa (esposti o denunce che attivino i procedimenti officiosi dell'amministrazione)».

Sul tema in argomento rileva T.A.R. Toscana, sez. II, 18 novembre 2005, n. 6458, con nota di G. FERRARI, *Accesso ai documenti da parte del giornalista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2006, 211 ss., che riconosce al giornalista il diritto di estrarre copia della documentazione posseduta da un Comune, relativa all'attribuzione di un premio in denaro erogato ai dipendenti meritevoli. Tale diritto deve essere esercitato senza che sia possibile ricondurre l'emolumento al nome del dipendente in favore del quale esso è stato riconosciuto, entro i limiti fissati dall'art. 136, comma 3 del d.lgs. n. 196/2003, ovvero nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato. Ricorda il Tribunale che ai sensi degli artt. 10 del T.U. 18 agosto 2000, n. 267 e 25 della legge 241/90, gli atti comunali e provinciali non sono riservati e inaccessibili, fatte salve le esclusioni previste dalle stesse norme. D'altra parte, l'art. 22, comma 1 lett. b della legge 241/90 condiziona l'accesso alla sola sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale del richiedente alla conoscenza del contenuto di un documento amministrativo. Nel caso in esame il giornalista ha senza il minimo dubbio un interesse concreto a chiedere documenti necessari ad esercitare il diritto costituzionalmente garantito, alla libera informazione.

⁽⁶²⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14, in *Foro it.*, 2004, 241: «...L'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse;...il bilanciamento tra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi non è stato rimesso alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato compiuto direttamente dalla legge che, nel

contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 ⁽⁶³⁾, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

È pur vero che il diritto alla riservatezza costituisce un limite al diritto

prevedere la tutela della riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici». V. anche Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *C.E.D.*, *pd* 971119; T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, 1 agosto 2006, n. 628, in *C.E.D.*, *www.leggi d'Italia.it*, 2006 (m), che ha ritenuto incompressibili le esigenze contenute nel diritto di accesso rispetto alle ben note necessità di tutela della riservatezza. Rileva altresì sull'argomento Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2006, n. 7111, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, 257, secondo cui il cliente, autore di un esposto al Consiglio di un ordine professionale per violazione di obblighi professionali da parte dell'avvocato, «può accedere agli atti emessi dal medesimo Consiglio, per verificare se esso abbia ravvisato la violazione delle regole deontologiche, ovvero la sussistenza del dolo o della colpa grave del professionista....In materia non sussistono preminenti ragioni di riservatezza del professionista, in quanto si tratta di accedere non a dati sensibili, bensì ad atti aventi stretto riferimento ai rapporti contrattuali intercorrenti con il cliente». V. anche T.A.R. Marche, sez. I, 12 luglio 2006, n. 543, in *C.E.D.*, *www.leggi d'Italia.it*, 2006 (m), con nota di S. MENDITTO, *Il diritto di accesso per i documenti relativi a mera attività interna della p. a.*, in *www.altalex.it*, che ha riconosciuto il diritto di accesso anche per i documenti relativi a mera attività interna della pubblica amministrazione, «dal momento che ai sensi dell'art. 22 della legge 241/1990 è accessibile ogni atto formato dall'amministrazione o comunque utilizzato ai fini della sua attività amministrativa». Per 'atti interni' si devono intendere quegli atti endoprocedimentali che non hanno effetto immediato verso il privato, ma che costituiscono gli antecedenti del provvedimento finale, ad esempio i pareri tecnici (obbligatori, consultivi, ecc.), anche formati da professionisti esterni e i nulla osta. In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882, in *Foro it.*, 2001, 206.

⁽⁶³⁾ L'art. 60 del d.lgs. n. 196 del 2003 prende in considerazione i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, disponendo che «il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile». In realtà la valutazione comparativa sul rango delle posizioni contrapposte spetta all'amministrazione cui è rivolta la richiesta di accesso. V. sull'argomento Cons. Stato, V, 3 luglio 2003, n. 4002, in *Foro amm.*, 2003, 2260 e T.A.R. Lazio, III, 25 maggio 2004, n. 4874, in *Foro amm.*, 2004, 148. Rileva a tale proposito T.A.R. Lazio, 6 dicembre 2006, n. 1600, con nota di G. B. GALLUS, *Paziente può avere accesso agli atti di indagine interna delle ASL*, in *www.altalex.it*, che ha accolto il ricorso di un paziente contro il Policlinico Umberto I di Roma, ammettendo l'accesso agli atti di indagine interna delle ASL. Nel caso in esame il paziente, che aveva perso la vista a un occhio, a seguito di una operazione chirurgica, aveva proposto domanda di accesso ai documenti relativi al procedimento interno all'Azienda resistente apertosi per l'insorgenza di otto casi di infezione postoperatoria su ventidue interventi. Il Policlinico aveva rigettato l'istanza,

all'accesso e quindi all'informazione, tuttavia è evidente che entrambi assicurano la concreta attuazione di canoni costituzionali, sanciti nel primo caso dall'art. 2, a garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e, nel secondo caso, dall'art. 97 per il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

In pratica il legislatore, nella modifica apportata alla legge n. 241/1990 ha inserito direttamente tra le prestazioni di 'rilievo costituzionale', il diritto di accesso. In altri termini, la riforma del procedimento amministrativo stabilisce una soglia di tutela al di sotto della quale non è possibile scendere, proprio perché ad essa viene conferita rilevanza costituzionale, collegandola alla definizione di prestazione relativa all'esercizio di un diritto civile o sociale; gli enti territoriali, con gli strumenti normativi a loro disposizione e nella piena espressione dell'autonomia loro conferita dall'ordinamento, potranno, come già specificato, aumentare il grado minimo di tutela della prestazione suddetta, ma mai ridurlo. Pertanto, si può affermare che il diritto di accesso è stato elevato (a seguito dell'art. 15 della legge di riforma n. 15/2005) a «principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza», inoltre lo stesso è stato qualificato come attinente «ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», al pari, pertanto, degli istituti più rilevanti per la vita sociale dei cittadini, quali ad esempio quelli relativi alla salute, all'istruzione, ecc.

Si rileva, altresì, che l'istituto dell'accesso si presta a essere considerato secondo una doppia prospettiva: quella pubblicistica, che fa dell'accesso strumento per la qualificazione dell'attività amministrativa, esigenza questa, rispetto alla quale la posizione giuridica del richiedente l'accesso si può ritenere ininfluenza, essendo centrale il solo effetto migliorativo che sulla funzione deriva dalla prevista possibilità di iniziative di accesso; quella privatistica, che attiene invece alla ragione che muove all'accesso il richiedente, il quale sicuramente non è interessato all'effetto migliorativo dell'attività amministrativa indotto dalla sua iniziativa, se non nei limiti della ricaduta favorevole che la stessa potrà avere nei suoi personali confronti.

Rimane il fatto che a tutt'oggi, anche dopo la legge 15/2005, esiste ancora una profonda incertezza circa la natura giuridica ⁽⁶⁴⁾ del diritto di acces-

ritenendola generica e priva di adeguata motivazione. Il T.A.R. con la citata sentenza è stato di diverso avviso, sottolineando che l'Azienda potrebbe esibire la documentazione richiesta «omettendo di ostendere dati sensibili relativi a persone o singoli episodi ininfluenti ai fini della tutela richiesta». Indubbiamente il diritto al risarcimento del danno subito (perdita della vista a un occhio) è stato giudicato un interesse concreto e attuale, pari a quello della riservatezza degli altri interessati, i cui dati sarebbe stato necessario ostendere.

⁽⁶⁴⁾ A distanza di diciassette anni il legislatore continua a utilizzare il termine 'diritto' senza null'altro specificare in ordine alla natura giuridica del medesimo. V.

so. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione del 18 aprile 2006, n. 6⁽⁶⁵⁾ non ritiene utile, né opportuno, ai fini della *quaestio* sottopo-

sull'argomento R. CARANTA-L. FERRARIS-S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 208 ss. La questione della natura giuridica del diritto di accesso è già stata e continua a essere a tutt'oggi oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, sebbene il riconoscimento operato con il comma 2 dell'art. 22 dell'accesso tra i diritti civili e sociali previsti dall'art. 117, m della Costituzione, sembra far propendere, in modo pressoché definitivo, verso il riconoscimento di una natura di diritto soggettivo. Tra le numerose decisioni a sostegno del diritto di accesso quale autonomo diritto soggettivo all'informazione, Cons. St., sez. IV, 16 aprile 1998, n. 641, in *Giur.it.* 1998, 1772; Cons. St., Sez. IV, 20 febbraio 1995, n. 108, in *Giur. it.* 1995, III, 1, 547; il T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 maggio 2004, n. 598, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 5, riconosce il diritto di accesso come diritto soggettivo a un'informazione qualificata. Rimane il fatto che con il diritto di accesso, quale posizione giuridica autonoma di diritto sostanziale, viene sancito il superamento di quella posizione di quasi estraneità che aveva in precedenza relegato il soggetto interessato a mero destinatario del provvedimento finale e delle sue conseguenze (R. CARANTA- L. FERRARIS - S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 210). A tale proposito è necessaria una considerazione, cioè il fatto che la legge di riforma ha modificato radicalmente il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, rendendolo paritario e il diritto soggettivo non è altro che la posizione giuridica propria dei rapporti paritari. Ritiene invece che la posizione soggettiva posta a base del diritto di accesso di cui all'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241 sia da qualificarsi come interesse legittimo, Cass., S.U., 27 maggio 1994, n. 5216, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 731, la quale sostiene tale tesi in quanto la pretesa di accesso sarebbe soggetta a un apprezzamento da parte della pubblica amministrazione; in tal senso Cons. St., sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969, in *Foro amm.*, 2004, 1741.

Interessante risulta Cons. St., Ad. Plen., 24 giugno 1999, 3, 433, con nota di G. ROMEO, *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, in *Foro it.*, 1999, 435, il quale sostiene che l'art. 22 l. 241/90 non dà una definizione del diritto di accesso che ne fissi il significato, pertanto la dimensione dello stesso non può essere colta se non con l'aiuto di tutti i termini che la previsione normativa contiene: «Chiunque», «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», «trasparenza», ecc. «Chi esige l'accesso lo esige nei confronti di tutti e non nei confronti della sola pubblica amministrazione...Il diritto di accesso potrebbe pienamente rispondere a un interesse individuale/pubblico, dietro il quale si può intravedere, come nel diritto all'informazione, la tutela della libertà politica di ogni singolo cittadino...Non esiste contrasto tra interesse pubblico all'accesso e aspirazione privata alla riservatezza, ma rapporto tra interesse pubblico (cioè di tutti) a una adeguata informazione da parte dei singoli cittadini. Una coesistenza di 'opposti' nella medesima persona, come il diritto e il rovescio di un arazzo. ... Sarà dunque nella situazione concreta che l'oggetto del singolo diritto potrà essere valutato, e quindi protetto, secondo un rapporto con altro bene della persona, parimenti protetto».

⁽⁶⁵⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Dir. e giust.*, 2006, 22, 121. A suo tempo, sempre Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro it.*, 1999, 701, aveva già statuito che in materia di accesso ai documenti amministrativi, il

sta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del diritto di accesso agli atti amministrativi. In un'ottica di controllo democratico del-

termine 'diritto' andasse considerato in senso atecnico, essendo ravvisabile la posizione di interesse legittimo quando il provvedimento amministrativo fosse impugnabile, come nel caso del 'diritto di accesso', entro un termine perentorio, pure se incidente su posizioni che nel linguaggio comune sono più spesso definite come di 'diritto'. Si rileva che in precedenza il Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 1992, n. 193, in *Foro it.*, 1992, 3, 353, definendo il diritto di accesso, affermava un concetto, a mio modo di vedere, molto interessante: «più che un diritto civico, tutelato alla stregua di un interesse legittimo, identifichi, invece, un diritto soggettivo pubblico, tutelato direttamente e immediatamente dalla norma di relazione che lo prevede». Nella citata sentenza è altresì riportato: «si è passati da un ordinamento nel quale il segreto era la norma e la trasparenza una eccezione, ad altro ordinamento nel quale giustamente il segreto è diventato l'eccezione, mentre la trasparenza costituisce un principio di civiltà giuridica, generale e obbligatorio, dell'azione amministrativa». V. in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 1994, n. 148, in *C.E.D.*, *pd* 940727. Si evidenzia che in particolare nella dottrina tedesca di fine '800, inizio '900 il dibattito intorno all'esistenza del diritto soggettivo pubblico, fu molto acceso; successivamente, tutti ammettevano che tale diritto esistesse e se ne discutevano le specie e la struttura. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., 655, sostiene che le norme possono configurare come interessi legittimi le situazioni soggettive del privato in ordine a prestazioni dell'amministrazione, ma possono altresì configurarle come diritti soggettivi; vi possono essere perciò, nei diversi diritti positivi, diritti alle prestazioni postali e telefoniche, ai trasporti pubblici e così via. Sempre il Giannini, *Diritto amministrativo* cit., 655, 656, afferma: «...e di diritti pubblici soggettivi si parla per assegnar loro quel ruolo tecnico che hanno in quanto possibili situazioni soggettive del privato nei rapporti con le amministrazioni pubbliche». In pratica il cittadino che richiede l'accesso agli atti potrebbe vantare una posizione giuridica configurabile come un diritto a prestazione amministrativa. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, Milano, 1996, 164, riporta che in C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1880, trad. it. parziale di LUCCHINI, i diritti pubblici soggettivi non erano altro che pretese alla legalità obiettiva; «al generale obbligo del potere statale di agire in conformità al diritto secondo le leggi, non si può contrapporre un diritto del cittadino singolo che avrebbe assunto su di sé tutta la sostanza di queste leggi nella forma di un diritto soggettivo». E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, 12, 1964, 794 ss. riferisce che G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, trad. it. di ORLANDO, Milano, 1912, 56, «configura il diritto subbiiettivo pubblico soltanto come ampliamento della libertà umana attraverso l'esercizio di una attività esclusivamente giuridica, fondata sulla capacità di mettere in movimento norme giuridiche nell'interesse individuale (*posse*), a differenza del diritto subbiiettivo privato, nel quale il riconoscimento di una libertà naturale (*licere*) si accompagna sempre necessariamente a un *posse* giuridico nei confronti di altri individui». Jellinek pertanto riconosce motivi di prevalente interesse generale nel caso del diritto soggettivo pubblico, che così apparterebbe all'individuo non in quanto persona singola, ma in quanto membro della comunità. Come sottolinea G. BERTI, *Il «causale» nell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, a cura di G. MARONGIU e G.C. DE MARTIN, Milano, 1992, 129, «il diritto soggettivo verso l'amministrazione non è mai uguale al diritto soggettivo nei rapporti di libertà o di autonomia privata: si tratta sempre della denominazione di una garanzia nei confronti

l'attività della pubblica amministrazione la fondatezza del diritto di accesso andrebbe verificata di volta in volta dapprima in sede amministrativa e poi, nel caso di tempestiva impugnazione della determinazione in sede giurisdizionale, esaminando l'eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l'accesso, rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti.

5. *Considerazioni finali.*

A proposito della cd. 'privatizzazione' della pubblica amministrazione, M. D'Antona⁽⁶⁶⁾ parlava di «una specie di matrimonio di interesse» tra pub-

di un atto auto-ritario». Per quanto sopra esposto, è necessario considerare che all'epoca di Gerber e di Jellinek i cd. diritti civili generali (e quindi il diritto spettante a ogni singolo cittadino di partecipare dei vantaggi derivanti dal potere statale) erano il riflesso del potere statale stesso. Tuttavia, oggi, in una amministrazione pubblica cd. privatizzata, potrebbe risultare utile, a mio modo di vedere, 'rileggere' l'espressione 'diritto soggettivo pubblico' in riferimento al diritto di accesso, così come riformato a seguito delle normative più recenti e degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione. Ricordiamo infatti che l'interesse generale (che non coincide con la somma degli interessi degli individui) molto spesso si risolve in un interesse individuale, vedi l'interesse pubblico (cioè di tutti i cittadini) ad una adeguata informazione, che diventerebbe, a mio avviso, diritto soggettivo pubblico nel momento in cui viene riconosciuto dalla legge come tale e, di conseguenza, azionabile da parte del singolo titolare. In realtà, a mio modo di vedere, il diritto di accesso quale modalità attraverso cui è possibile realizzare la trasparenza amministrativa potrebbe concretizzarsi in un diritto soggettivo pubblico, direttamente finalizzato alla soddisfazione di un interesse privato, anche se il rilascio delle informazioni è affidato per certi aspetti alla discrezionalità amministrativa. Più correttamente si dovrebbe parlare di 'diritto soggettivo pubblico' anziché di 'diritto pubblico soggettivo', in quanto si tratta di un diritto di cui è titolare il soggetto privato. Si nota infatti che le due espressioni vengono usate a volte in modo indifferente sia in dottrina che in giurisprudenza: v. sopra ad esempio il Giannini, il Gerber, il Casetta, che usano l'espressione 'diritto pubblico soggettivo', mentre Jellinek, così pure Cons. Stato, VI, 27 marzo 1992, n. 193, si riferiscono al 'diritto soggettivo pubblico'. Per quanto sopra esposto, il 'diritto soggettivo pubblico' può allora definirsi come quel diritto il cui esercizio da parte del privato titolare comporta un rapporto con la pubblica amministrazione ed è un diritto soggettivo in quanto azionabile. Il cittadino insomma non è solo il terminale di un provvedimento, ma diviene elemento indispensabile per la precisazione dell'interesse pubblico. Come sottolinea G. PASTORI, *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, cit., 101, i diritti dei cittadini sono i vincoli sostanziali, ovvero la misura dell'amministrazione; «in tale prospettiva...viene ad affermarsi il principio della fungibilità fra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato con un favore per l'impiego degli strumenti di diritto privato in un contesto di trasparenza».

⁽⁶⁶⁾ M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. e dir.*, 1996, 237.

blico e privato che «continuano a convivere nella disciplina dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni» e metteva in guardia rispetto alla tendenza a «dire cose vecchie con il vestito nuovo».

Parte della dottrina⁽⁶⁷⁾ preferì parlare di 'contrattualizzazione' del pubblico impiego, anziché di 'privatizzazione', per meglio sottolineare che il processo di assimilazione con il lavoro privato fu solo tendenziale, perché avrebbe espresso «una direzione di marcia del pubblico impiego verso il privato, ma non una coincidenza di meta»⁽⁶⁸⁾. Pubblico infatti è rimasto necessariamente il datore di lavoro, il fine cui l'attività amministrativa è preposta e il denaro con il quale viene finanziata⁽⁶⁹⁾.

In passato si riteneva che la pubblica amministrazione non potesse utilizzare strumenti privatistici in quanto intrinsecamente inidonei alla funzionalizzazione dell'attività di esercizio di poteri⁽⁷⁰⁾. Come sottolinea F. Caringella⁽⁷¹⁾, «questa esclusione è stata successivamente superata sulla scorta del rilievo che, anche attraverso l'attività contrattuale, la pubblica amministrazione può conseguire un fine pubblico e che, anzi, spesso il modello negoziale privatistico, per le sue caratteristiche, può rilevarsi idoneo a realizzare il soddisfacimento dell'interesse pubblico in modo più rapido e completo». In tale contesto, si evidenzia il grado di tutela che l'ordinamento interno ha predisposto per gli utenti dei 'servizi pubblici privatizzati', nel duplice senso di gestione in forma imprenditoriale e di apertura alla concorrenza dei relativi settori.

Per restare fedeli al programma proposto nella premessa, lo studio è stato diretto, verso moduli contrattuali 'nuovi', anche se ormai di frequente utilizzazione nell'ambito delle attività svolte dalla pubblica amministrazione (v. contratti societari, contratti di sponsorizzazione, contratti di collaborazione) e, in tale indagine, è apparso utile passare in rassegna alcuni orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni. Ne consegue che il quadro contrattuale che si apre ai lettori risulta di ampio respiro, in quanto soggetto ai mutamenti sia della normativa interna che della disciplina comunitaria. D'altra parte, nell'ultimo decennio del secolo XX, il sistema italiano delle pubbliche amministrazioni è entrato in una fase di intensa, anche se confusa trasformazione, destinata a dispiegare i suoi effetti sol-

⁽⁶⁷⁾ Vedi L. SCARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Padova, 2004, 41.

⁽⁶⁸⁾ F. CARINCI, *La riforma del pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, 1, 191.

⁽⁶⁹⁾ E. M. BARBIERI, *Dipendente pubblico, dipendente privato e dipendente «privatizzato»*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1294.

⁽⁷⁰⁾ E. NAPOLILLO, *L'autonomia privata della pubblica amministrazione, la gestione di strumenti negoziali ed i nuovi modelli di amministrazione funzionale*, in *L'attività contrattuale pubblica amministrazione*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2005, cit., 1, 48.

⁽⁷¹⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 832.

tanto in un periodo successivo e quindi ormai ben dentro il terzo millennio ⁽⁷²⁾.

Tuttavia, è stato soprattutto dopo l'esplosione della cd. 'tangentopoli', con la crisi del sistema politico e l'aggravarsi delle condizioni della finanza pubblica, che questa corrente di riforme amministrative ha preso corpo e continuità ⁽⁷³⁾. Vi è chi sostiene ⁽⁷⁴⁾ che gli interventi per la semplificazione e trasparenza hanno assunto le caratteristiche di una vera e propria 'politica orizzontale', incentrata sull'obiettivo di migliorare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino. Anche la gestione della risorsa informatica è stata concepita e ricompresa in questo ambito, come leva fondamentale per il miglioramento dei livelli di servizio. Ricordiamo infatti la rilevanza dei contratti aventi ad oggetto acquisizione, elaborazione e diffusione dei dati a mezzo di strumenti informatici ⁽⁷⁵⁾. Così pure è sempre più avvertita da parte della pubblica amministrazione l'esigenza di comunicare per illustrare la propria attività, per sensibilizzare i cittadini su temi ritenuti di interesse o, più semplicemente, per promuovere la propria immagine o quella del proprio territorio ⁽⁷⁶⁾. D'altra parte, all'onere informativo che incombe sulla pubblica amministrazione corrisponde il diritto dei cittadini di essere informati. In questa ottica il legislatore all'art. 2, comma 2, l. 7.6.2000 n. 150 (recante "*Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*") ha contemplato espressamente la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere allo strumento editoriale per l'attuazione delle proprie attività di informazione e comunicazione. Si evidenzia tuttavia che le pubbliche amministrazioni, non essendo il più delle volte in grado di provvedere 'in proprio' a tali esigenze, non disponendo delle necessarie professionalità e attrezzature, si rivolgono all'esterno,

⁽⁷²⁾ Il 21 dicembre 1998 nel *Sole 24 ore* veniva riportata l'affermazione di S. Cassese circa le 'riforme all'italiana': «un'importante caratteristica è che esse sono a decorso lungo e risultato incerto».

⁽⁷³⁾ G. REBORA, *Un decennio di riforme*, cit., 51.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, 53.

⁽⁷⁵⁾ v. sull'argomento P. SILVESTRI, *I contratti informatici* in *L'attività contrattuale*, cit., 2, 586. Per contratto informatico, in senso proprio, deve intendersi quello concluso o eseguito mediante computer, in cui cioè la volontà negoziale si manifesta attraverso l'elaboratore, con il supporto dell'impulso elettronico (firma digitale). Ai sensi dell'art. 1, lett. n, del D.P.R. 7.4.2003, n. 137 si intende per firma digitale il «particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici». V. da ultimo E. FLORINDI, *Documento informatico e contratti digitali*, in AA.VV., *Diritto privato del mercato*, cit., 437 ss.

⁽⁷⁶⁾ E. BELISARIO, *L'appalto pubblico di servizi di editoria e di stampa*, in *L'attività contrattuale*, cit., 519.

stipulando appositi accordi con imprese del settore tipografico e/o editoriale ⁽⁷⁷⁾. In realtà nell'ambito del presente lavoro abbiamo avuto modo di vedere come negli ultimi anni la materia dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni sia stata interessata da numerose iniziative e come sia divenuto frequente il ricorso all'affidamento di servizi esterni. A mio modo di vedere, secondo quanto sottolinea anche F. Ledda ⁽⁷⁸⁾, «troppo spesso si sono affidati all'amministrazione dei ruoli confusi, per poi constatare che l'amministrazione non opera soddisfacentemente;...nell'attuale struttura momenti fondamentali di amministrazione sono affidati a funzionari onorari: tale attività spesso è discrezionale e i meccanismi di responsabilità sono a dir poco confusi». Spesso assistiamo anche ad affidamenti di funzioni dirigenziali per periodi di tempo determinato, sempre rinviando all'esigenza di imparzialità e di buon andamento.

Purtroppo, il più delle volte le amministrazioni riformate e riorganizzate sul piano delle strutture, delle funzioni, delle risorse, continuano a operare con logiche consuete, senza una sufficiente consapevolezza del grado di complessità della realtà che è oggetto di intervento ⁽⁷⁹⁾. A titolo di esempio, attualmente la maggior parte dei dipendenti pubblici è dotata di un personal computer, anche se pochi impiegati sono effettivamente capaci di usarlo, a cominciare dagli stessi dirigenti, che nella stragrande maggioranza dei casi ancora preferiscono scrivere le minute a mano per poi passarle ad impiegati per la trascrizione delle stesse al computer.

S. Cassese ⁽⁸⁰⁾ sottolinea che in Italia, a differenza degli altri Paesi europei, «siamo ancora a dibattere della legge del 1990, arrivata tardi, applicata con difficoltà, frequentemente modificata e sostanzialmente arretrata ...In-

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, 520. Sotto il *nomen iuris* di 'contratto di appalto di servizi di editoria o di stampa' l'amministrazione stipula con soggetti privati accordi riconducibili a diverse figure negoziali. Di norma le pubbliche amministrazioni procedono alla stipula di contratti di edizione (figura tipica che trova la sua disciplina negli artt. 118-135 l. 22.4.1941, n. 633-legge sul diritto d'autore-), solo quando intendano ricavare vantaggi patrimoniali dalla pubblicazione dell'opera. V. sull'argomento E. BELISARIO, *L'appalto pubblico di servizi di editoria*, cit., 521 ss., il quale sottolinea che molto più spesso le pubbliche amministrazioni ricorrono alla stipula del contratto di stampa, con il quale un soggetto (cd. stampatore o tipografo) si obbliga, dietro il pagamento di un corrispettivo, a riprodurre a stampa una determinata opera o documento e a consegnare al committente gli esemplari delle riproduzioni così eseguite. Questa figura si differenzia dal contratto di edizione in quanto non comporta alcun trasferimento dei diritti di autore e difetta dell'elemento essenziale della pubblicazione e messa in commercio dell'opera a spese dell'editore.

⁽⁷⁸⁾ F. LEDDA, *Sviluppo e «crisi» della legalità*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, cit., 171.

⁽⁷⁹⁾ V. sull'argomento G. REBORA, *Un decennio di riforme*, cit., 298.

⁽⁸⁰⁾ S. CASSESE, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di dir. amm.*, 1/2007, 5-6.

somma la vigente legge sul procedimento amministrativo non è all'altezza delle aspettative... è una legge carente, debole, superata». Nel dettaglio il Cassese afferma che la legge sull'accesso agli atti non contiene disposizioni sulla facoltà da parte del privato di rappresentare all'amministrazione situazioni di fatto, interessi, volontà e il diritto di ottenere un esame da parte dell'amministrazione e una sua risposta.

Eppure, la legge 241/90, tracciando le linee direzionali per una radicale trasformazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, denotava una spiccata propensione innovativa⁽⁸¹⁾. Nella sua stesura originaria era una legge di principi a maglie larghe, volta a fissare un numero ridotto di regole comuni, lasciando ampi spazi sia alla normazione di settore che all'interprete. «La l. 15/2005 guarda ai problemi dall'angolazione dell'amministrazione, erodendo gli spazi di garanzia e limitando i doveri di responsabilità delle pubbliche amministrazioni»⁽⁸²⁾. Basti guardare ad esempio al caso (abbastanza diffuso) in cui un'amministrazione sia inerte al pervenire di una d.i.a. (dichiarazione di inizio attività)⁽⁸³⁾ e al fatto pertanto che i terzi controinteressati non siano messi in condizione di interloquire con il dichiarante e con la pubblica amministrazione. Solo in autotutela, a seguito delle novità apportate dalla l. 15/2005 con gli artt. 21 *quinques* e 21 *nonies* (rispettivamente "revoca del provvedimento" e "annullamento d'uffi-

⁽⁸¹⁾ V. in tal senso A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2006, 686 ss.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, 691.

⁽⁸³⁾ V. art. 19 l. 241/90: la dichiarazione di inizio attività si configura come un atto e/o titolo abilitativo tacito all'esecuzione dell'attività edificatoria, in cui l'istruzione del procedimento è in buona parte, ma non interamente, rimessa allo stesso dichiarante. Infatti ove la pubblica amministrazione non emani nel termine di 30 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 19, comma 2, l. 241/90, un provvedimento di divieto di prosecuzione di attività o un provvedimento con cui si intimi al dichiarante di conformarsi agli obblighi normativi, la d.i.a. stabilizzerà i suoi effetti di titolo giuridico che legittima l'intrapresa attività del privato. V. sull'argomento D. PANTANO, *Natura giuridica della d.i.a. e tutela dei terzi*, 2006, in www.altalex.it. Per quanto espresso, si sottolinea che la d.i.a. si configura come una forma di accesso partecipativo. Ricordiamo infatti che in riferimento al diritto di accesso agli atti del privato (tra l'altro riconosciuto dall'art. II - 102 della Cost. europea, rat. con l. 7 aprile 2005, n. 57), l'art. 10 T.U. 18 agosto 2000, n. 267 si pone in termini integrativi all'art. 22 legge 241/1990 (v. Cons. Stato, 8 settembre 2003, n. 5034, in *Cons. Stato*, 2003, 1, 1913). Infatti gli artt. 10 e 22 prevedono 2 forme di accesso: accesso partecipativo e accesso informativo (v. T.A.R. Lazio, 1, 15 dicembre 2000, n. 12144, in *T.A.R.*, 2001, 97). Nella prima previsione, come avviene nel caso della d.i.a., il cittadino può partecipare con funzione di collaborazione all'esercizio di una specifica attività provvedimentoale, o addirittura può sostituirsi alla pubblica amministrazione, come nel caso dell'autocertificazione (v. D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445). In riferimento all'accesso informativo, di cui all'art. 22 della l. 241/1990, esso è esercitabile indipendentemente dalla pendenza di un procedimento, in capo a chiunque vi abbia interesse «per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti».

cio”), il terzo vede tutelato il suo diritto a un ordinato svolgimento delle attività soggette a d.i.a. che lo interessano. L’istituto ora citato (che tra l’altro non costituisce oggetto di studio in questa sede), è tuttavia utile per comprendere che il cittadino, sempre citato quale beneficiario dell’azione amministrativa, purtroppo non sia ancora entrato in un processo interattivo con la pubblica amministrazione. In realtà, a mio modo di vedere, il cittadino nella ‘pretesa di essere servito’ si trova il più delle volte di fronte a una pubblica amministrazione poco attenta alla complessità del reale e che spesso dispone, altresì, di personale poco professionale⁽⁸⁴⁾, tra l’altro con insufficiente formazione. Ne consegue che questo ‘nuovo modo di fare amministrazione’ finisce da un lato per disorientare il cittadino, dall’altro per creare appesantimento di lavoro agli operatori pubblici. Infatti per il privato può non avere rilevanza ad esempio l’individuazione del responsabile del procedimento, ma ha un peso particolare il contatto con l’operatore di sportello, giudicato particolarmente efficiente nel caso in cui sia educato e riesca ad esempio a rilasciare un certificato nella metà del tempo normalmente richiesto. La pattuglia della polizia stradale (dotata di dispositivo elettronico ‘autovelox’ per la rilevazione della eccessiva velocità) che si colloca ai margini delle strade in posizione arretrata, e pertanto non visibile agli automobilisti, non fornisce agli stessi una visione di trasparenza⁽⁸⁵⁾, né quan-

⁽⁸⁴⁾ Mi è parsa molto interessante Cass. Civ., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *C.E.D.*, rv 569995, a chiarificazione che la pubblica amministrazione paga se danneggia cittadini e imprese fornendo informazioni inesatte. In questo caso l’amministrazione sarà chiamata a risarcire il danno a titolo di responsabilità extracontrattuale, ossia per aver leso l’affidamento che il soggetto che entra con la pubblica amministrazione ripone nel buon andamento, correttezza e imparzialità degli uffici pubblici. Però, perché possa darsi luogo al risarcimento è necessario che la pubblica amministrazione abbia agito con dolo o con colpa (in tal senso si era già pronunciata Cass. Civ. 22 novembre 1999, n. 12941, in *C.E.D.*, rv 531394 e Cass. Civ., S.U., 15 novembre 1994, n. 9593, in *Corr. Giur.* 1995, 205).

Nel caso di specie, una società impegnata nella lavorazione di mobili in legno, in relazione alla informazione fornita da un funzionario di quella amministrazione circa la non necessità di autorizzare ex DPR n. 915 del 1982 per lo svolgimento di attività di riciclo di cascami lignei, informazione, poi rivelatasi inesatta, in base alla quale la ricorrente aveva asserito di aver effettuato ingenti investimenti, vanificati dal successivo diniego di autorizzazione; i giudici di merito avevano nell’occasione ritenuto, con apprezzamento non censurato dalla Corte di legittimità, che l’errata informazione fosse frutto di errore scusabile in quanto all’epoca era prevalente l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale l’autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti fosse necessaria solo con riferimento ai rifiuti tossici o nocivi. V. altresì sull’argomento L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 752 – 753.

⁽⁸⁵⁾ Nell’attuazione dei servizi di vigilanza e repressione delle infrazioni stradali l’art. 43 del codice della strada e l’art. 183 del regolamento di attuazione dello stesso codice (D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) prevedono che siano facilmente

to meno risponde all'esigenza dell'agire amministrativo come improntato alla comunicazione con i privati; l'impiegato, quando arrogante e incompetente, non fa che incrementare la sfiducia nelle istituzioni: ecco perché sempre più spesso il cittadino, nel momento in cui è destinatario di un qualunque procedimento amministrativo, è portato a verificarne la legittimità. In realtà l'efficienza di una pubblica amministrazione si manifesta nella sua capacità di aprirsi al cittadino, ai suoi bisogni e alle sue richieste di chiarimenti. Tuttavia, malgrado le problematiche esposte, sono dell'avviso che non si può non tener conto che le cose stanno cambiando. L'art. 2, comma 1, lett. e, del D.L.gs. 30 marzo 2001, n. 165, riconosce, tra i criteri di indirizzo dell'attività organizzativa della pubblica amministrazione, «l'armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza». Come sottolinea E. Ales ⁽⁸⁶⁾, si tratta di una materia di confine tra organizzazione e gestione, nella quale è difficile distinguere il profilo imprenditoriale da quello datoriale, vista la reciproca interazione derivante nel caso di specie dalla funzionalizzazione dell'orario di lavoro a quello di servizio e di quest'ultimo alle modalità di apertura degli uffici. In tale contesto, a mio modo di vedere, rileva in particolare la capacità concreta delle pubbliche amministrazioni di interpretare e adattare vigenti istituti giuridici per la soluzione delle diverse problematiche che di volta in volta andranno ad emergere. D'altra parte, attualmente, ogni attività amministrativa deve essere svolta secondo la logica del conseguimento del risultato, sulla base di regole di convenienza aziendalistica. Ed è in questa

visibili a distanza, sia di giorno che di notte, gli operatori di polizia e i loro mezzi, anche mediante l'uso di appositi capi di vestiario e di autoveicoli con colori d'istituto. In tal senso, v. ad esempio, giudice di pace di Mantova, 4 maggio 2005, n. 620, in www.iurislav.it: «L'attività di controllo della circolazione stradale deve sempre ispirarsi a principi di correttezza amministrativa e di trasparenza e non può comunque prescindere dall'osservanza di precisi obblighi connessi alla tutela del diritto di difesa dell'utente della strada. Nel caso di specie... quel giorno il dispositivo di rilevamento e gli agenti si trovavano dietro al muro di cinta di una casa... e ciò malgrado a margine della strada esistesse una idonea banchina». La tematica della visibilità o meno dell'"autovelex" e dei verbalizzanti, così come quella relativa alla contestazione immediata delle violazioni per eccesso di velocità sono già state e continuano ad essere a tutt'oggi oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali, sebbene l'art. 4 della legge 1 agosto 2002, n. 168, disponga in modo chiaro che dell'utilizzazione e installazione dei dispositivi di rilevamento elettronico della velocità deve essere data informazione all'automobilista. V. in tal senso Cass. Civ., sez. II, 31 maggio 2007, n. 12833, in www.altalex.it, con nota di A. G. ANNUNZIATA, che ha respinto il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno avverso la sentenza del giudice di pace di Lagonegro del 26 novembre 2004, che aveva annullato un verbale redatto per eccesso di velocità per la mancanza in loco di cartelli indicanti la presenza di 'autovelex'.

⁽⁸⁶⁾ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Milano, 2002, 141.

ottica che assumono rilevanza i controlli sulle attività, tra cui ricordiamo il controllo di gestione ⁽⁸⁷⁾, definito dal Giannini ⁽⁸⁸⁾ come il controllo di maggiore efficienza sull'attività amministrativa. Infatti il controllo attualmente è concepito come monitoraggio per governare: si crea un sistema per capire dove si sta andando, si fissano gli obiettivi, nella scelta razionale dell'impiego delle risorse che consenta una verifica costante in merito al raggiungimento di tali obiettivi; in pratica si tiene sotto osservazione la gestione attraverso reports periodici. In tale contesto il budget diventa uno strumento di programmazione e di motivazione, poiché inevitabilmente innesca un sistema in cui è senz'altro rilevante la gratificazione personale. Il controllo in prospettiva si presenta allo stesso tempo come monitoraggio per governare. Le stesse previsioni economiche costruite per raggiungere determinati obiettivi sono fondate sulla base di una spesa logica incrementata, cioè sul passato più qualche cosa. In definitiva, con il controllo sulla gestione si vuole o quantomeno si cerca di capire la direzione di marcia.

Credo utile evidenziare, per concludere, 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 2007, in tema di "*Interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni e pubblicità dell'attività negoziale*". A mio modo di vedere si tratta di un segnale positivo per l'agevolazione dei rapporti dei privati con la pubblica amministrazione, in quanto, preso atto del fatto che allo stato attuale la quantità delle procedure attivabili mediante strumento elettronico risulta ridotta, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ritenuto necessario «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 infatti 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».

STEFANIA TUCCANI

⁽⁸⁷⁾ Sul controllo di gestione v. capo IV, artt. 191 - 198 bis del D.L.gs.18 agosto 2000, n. 267.

⁽⁸⁸⁾ M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 323.

LE UNIONI DI FATTO E LA LORO EVOLUZIONE: DA SEMPLICE FENOMENO SOCIALE A NUOVA REALTÀ NORMATIVA DELLA FAMIGLIA

SOMMARIO: *1. Introduzione; 2. L'orientamento della Comunità Europea in materia di unioni di fatto; 3. Analisi d'impatto dell'emananda legge; 4. Che cosa dice il codice civile; 5. Raffronto tra il nuovo disegno di legge e la disciplina vigente; 6. Estensione dell'istituto dell'adozione alle coppie di fatto anche omosessuali; 7. Unioni di fatto e chiesa cattolica; 8. Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione

Uno dei fenomeni oggi più diffusi che sollevano non pochi interrogativi, sia dal punto di vista etico che sociale, è il numero crescente delle unioni di fatto nell'insieme della società, con la conseguente paura, da parte di alcuni, del verificarsi di una sorta di disaffezione per la stabilità del matrimonio⁽¹⁾. La problematica attuale e difficile, in Italia si contano più di un milione e

⁽¹⁾ CONCILIO VATICANO II, Cost. *Gaudium et spes*, n. 47; A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica, Scritti in onore di Trabucchi*, Padova, 1988, 540 ss; G. AUTORINO STAZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 3 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La Famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, 9 ss.. Si veda Corte Cass. n. 109/06 secondo la quale Due persone che si amano, convivono, dividono beni e difficoltà della vita. Non sono sposati, ma la loro è comunque una vera e propria famiglia. Si pronuncia così la Cassazione, tendendo ancora una volta, come ha fatto con varie sentenze negli ultimi anni, una mano verso le coppie di fatto. La loro vita, dicono i supremi giudici, va equiparata a quella delle coppie istituzionalizzate di marito e moglie e farlo significa una "significativa evoluzione sociale". La Suprema corte lo sostiene dopo che si è trovata a decidere se un detenuto, che in regime di libertà conviveva con una donna, avesse o meno diritto ad essere ammesso al gratuito patrocinio. "Il rapporto di convivenza ai fini del calcolo reddituale per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato non si interrompe con lo stato detentivo". La Corte ha poi colto l'occasione per sottolineare

duecentomila unioni di fatto, tocca da vicino un punto centrale delle relazioni umane. La famiglia in senso tradizionale sta attraversando una profonda crisi ascrivibile in parte alle modifiche delle strutture socio-economiche, in parte alle mutate condizioni di vita, ma anche, ad un cambiamento dei modelli culturali di riferimento.

Si tratta in primo luogo di eliminare un'irragionevole discrasia tra realtà sociale e disciplina giuridica, che prevede, quale unica forma rilevante di convivenza, esclusivamente il matrimonio per andare ad incidere ed eliminare una vera e propria *denegatio tutelae* nei confronti dei conviventi.

La dottrina, e per lungo tempo anche la giurisprudenza hanno sostenuto che il nostro ordinamento giuridico riconosce e tutela con l'art. 29, comma 1, Cost. solamente la famiglia legittima come "società naturale fondata sul matrimonio"⁽²⁾ escludendo in modo esplicito dall'alveo costituzionale la rilevanza di altre forme familiari⁽³⁾.

Nell'ambito di tale lacuna normativa sovente si verificano situazioni, sempre più inaccettabili, nelle quali conviventi, anche di lungo periodo, si vedono, ingiustamente, privati del diritto di visita o di assistenza al partner gravemente malato, in ragione del carattere della loro unione, non formalizzata nel matrimonio tradizionale. Così come ancora può accadere che il convivente *more uxorio* che voglia effettuare una disposizione testamentaria in favore del compagno, si veda assoggettato a gravose misure

la "significativa evoluzione" della nostra società nel considerare le coppie fuori dal matrimonio come vera e propria famiglia. La Quarta sezione penale ha respinto il ricorso di Natalino C. al quale era stata negata (Tribunale di Milano del febbraio 2004) la richiesta di ammissione al gratuito patrocinio proprio perché l'uomo, in libertà, conviveva con una donna e dunque "in caso di convivenza il reddito è costituito dalla somma dei redditi di ogni componente del nucleo stabilmente convivente". I giudici "dovendo confrontarsi con le mutate concezioni che via si sono affermate nella società moderna", rilevano come "la giurisprudenza, in materia di rapporti interpersonali, ha considerato la famiglia di fatto quale realtà sociale che, pur essendo al di fuori dello schema legale cui si riferisce, esprime comunque caratteri ed istanze analoghe a quelle della famiglia "stricto sensu" intesa".

⁽²⁾ Per il legislatore costituzionale, infatti, solo la famiglia nascente da un vincolo matrimoniale sarebbe in grado di garantire stabilità, continuità, serietà e moralità del nucleo familiare in tal senso, MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I.

⁽³⁾ Per la Suprema Corte, in ossequio ad un'interpretazione giusnaturalistica dell'art. 29 Cost., si riconosce un valore assoluto ed immutabile dell'istituto del matrimonio. Si veda a tal proposito Corte Cost., 16 dicembre 1968, n. 126, in *Foro It.*, 1969, I, 109; Corte Cost., 14 aprile 1980, n. 45, in *Foro It.*, 1980, I, 1565; Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 599, in *Riv. Dir. civ.*, 1991, 88 ss.; Corte Cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Fam. e dir.*, 1996, 107; Corte Cost., 16 maggio 1998, n. 166, in *Fam. e dir.*, 1998, 205. Si veda anche Corte Cost., 15 marzo 2000, n. 61, in *Foro it.*, 2002, I, 1642; Corte Cost., 14 novembre 2000, n. 491, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2001, I, 176; Corte Cost., 25 luglio 2000, n. 352, in *Cass. Pen.*, 2001, 28; Corte cost., 6 luglio 1994, n. 281, in *Dir. Fam. e pers.*, 1994, 1197.

fiscali previste in materia di successione a terzi estranei al nucleo familiare o che ancora il convivente *more uxorio* venga escluso dal trattamento pensionistico di reversibilità per mancanza del vincolo di coniugio ⁽⁴⁾.

Secondo una parte della giurisprudenza, che tende ad escludere l'applicabilità delle norme dettate per la famiglia legittima anche alle unioni di fatto, ci sarebbe alla base una diversità di fondo dal momento che solo la famiglia legittima possiederebbe quei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che fondano una serie di aspettative ⁽⁵⁾. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, ci sarebbe spazio per una certa apertura volta a porre rimedio a talune fattispecie discriminatorie ⁽⁶⁾ riconducendo le ipotesi di liberalità tra conviventi, talvolta alla categoria delle obbligazioni naturali, ovvero, riconoscendo al convivente, in caso di omicidio del partner, il diritto al risarcimento del danno morale e patrimoniale *jure proprio* ⁽⁷⁾, così come il riconoscimento del diritto del con-

⁽⁴⁾ Si veda a tal proposito Corte Cost., 3 novembre 2001, I, 295; Corte Cost. 14 novembre 2000, n. 491, in *Giur. cost.*, 2000, 6 e ancora Corte Cost. [ord.], 11 giugno 2003, n. 204, in *Foro it.*, 2003, I, 222, secondo la quale "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 l. 392/78, nella parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, il convivente rimasto nella detenzione dell'immobile adibito ad abitazione succeda al conduttore nel contratto di locazione anche in mancanza di prole comune, in riferimento all'art. 3 Cost." si veda anche Tribunale di Roma, 09 aprile 2002, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 79 secondo il quale "Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 l. n. 392 del 1978, nella parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*, al conduttore di un immobile ad uso abitativo succeda nel contratto di locazione il convivente rimasto nella detenzione dell'immobile, anche in mancanza di prole comune, in riferimento all'art. 3 Cost."

⁽⁵⁾ Non sono valsi a molto i molteplici tentativi nella prassi di correggere gli effetti irragionevoli di tale vuoto normativo. Alcune coppie di fatto hanno ad esempio sottoscritto convenzioni atte a regolare singoli aspetti della loro convivenza, incontrando tuttavia diversi limiti, soprattutto in materia di lasciti ereditari, in ragione del divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c.

⁽⁶⁾ Si veda a tal proposito Corte cost., 13 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353 ss.; Corte cost., 13 maggio 1989, n. 310, in *Giur. Cost.*, 1989, I, 1400 ss.; Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 88 ss.. Si veda anche l'articolo *Pacs, Una risposta a chi chiede tutela* in *Il Mattino di Padova* del 7 gennaio 2006, 1. Intervista a Giovanni Palombarini: Non pensa che il riconoscimento alle coppie di fatto possa in qualche modo indebolire il matrimonio? "Pacs è un accordo di natura civile, che in qualche modo è addirittura subordinato al matrimonio. Infatti se uno dei due conviventi contrae un matrimonio, il patto si scioglie automaticamente. E poi un Pacs non modifica in nessun modo lo status dei figli delle due persone. In pratica è un accordo tra due persone che regolamentano alcuni aspetti della loro vita in comune. Mi ripeto, è talmente prudente che un sopraggiunto matrimonio lo scioglie".

⁽⁷⁾ Si veda a tal proposito *Responsabilità extracontrattuale per danno derivante dalla morte del convivente "more uxorio"* a cura di Claudia Perrotta, nella rivista *Ventiquattrore Avvocato*, n. 2, febbraio 2007, 26 ss. secondo la quale dottrina e giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sull'esistenza, in capo al convivente "*more uxorio*",

vivente di rimanere nell'immobile, in caso di morte di uno dei conviventi o di scioglimento della convivenza, con la prole naturale nata dall'unione ⁽⁸⁾.

Il fenomeno delle unioni di fatto ha acceso un intenso dibattito che ha preparato il terreno ad una serie di iniziative che reclamano il loro riconoscimento istituzionale e perfino la loro equiparazione alle famiglie nate dall'impegno matrimoniale rendendo sempre più necessaria una disciplina organica del fenomeno con l'introduzione di un'apposita legislazione ⁽⁹⁾.

Allo stato attuale si assiste ad un progressivo superamento di qualsiasi atteggiamento di condanna nei confronti della convivenza ma anche quando ciò accade si salvaguarda soltanto l'interesse del singolo, sia pur all'interno della famiglia di fatto, piuttosto che l'aggregazione sociale in sé considerata ⁽¹⁰⁾ così come, il rilievo attribuito a singole posizioni soggettive non consente, ancora, di assimilare, pur in presenza dei caratteri della stabilità e certezza, la convivenza al vincolo matrimoniale ⁽¹¹⁾.

di una situazione giuridica soggettiva che giustifichi la richiesta di risarcimento del danno cagionato dall'uccisione del compagno.

⁽⁸⁾ Si veda a tal proposito la sentenza della Corte Cost., 16 maggio 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515.

⁽⁹⁾ Si definiscono unioni civili tutte quelle forme di convivenza fra due persone, legate da vincoli affettivi ed economici, che non accedono volontariamente all'istituto giuridico del matrimonio o che sono impossibilitate a contrarlo, alle quali gli ordinamenti giuridici abbiano dato rilevanza o alle quali abbiano riconosciuto uno status giuridico. La classe delle unioni civili è molto variegata nel mondo e comprende un'estrema varietà di regole e modelli di disciplina: in particolare, le unioni civili possono riguardare sia coppie di diverso sesso sia coppie dello stesso sesso; il diritto non è rimasto indifferente all'evoluzione dei costumi ed esiste oggi un gran numero di provvedimenti legislativi che disciplinano le nuove unioni. Si veda a tal proposito la decisione del T.a.r. Toscana, sez. I, 11 giugno 2001, n. 1041, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2868, secondo la quale rientra nell'autonomia comunale la istituzione e la tenuta del registro amministrativo delle unioni civili, purché tale registro sia finalizzato unicamente a migliorare lo svolgimento delle competenze del comune; si veda anche T.a.r. Toscana, sez. I, 9 febbraio 1996, n. 49, in *Foro it.*, 1996, III, 524, secondo il quale non rientra nella autonomia regolamentare, riconosciuta ai comuni dagli art. 2, 2° comma, e 9 l. 8 giugno 1990 n. 142, la potestà di disciplinare i registri delle unioni civili (si precisa in motivazione che è preclusa ai comuni la possibilità di istituire nuove qualificazioni di situazioni intersoggettive, affinché operino come dato di aggregazione sociale, con valore di presupposto requisito di speciale capacità o attitudine ad essere titolari di poteri o doveri giuridici) e ancora è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 2, 2° comma, e 9 l. 8 giugno 1990 n. 142, nella parte in cui escludono dalla potestà regolamentare dei comuni il potere di disciplinare i registri delle unioni civili, in riferimento agli art. 2, 3 e 29 cost..

⁽¹⁰⁾ F. GIGLIOTTI, *Rottura della convivenza more uxorio ed affidamento del figlio minore*, in *Dir fam. e pers.*, 1995, 613 ss.; V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante, per una breve convivenza more uxorio*, in *Corr. Giur.*, 1993, 947 ss.; M. CARDUCCI, *Infondatezza della questione di legittimità riguardante rapporti di fatto e limiti degli interventi additivi della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1989, 1047 ss..

⁽¹¹⁾ Si esprime in tal senso V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimo-*

C'è un'enorme confusione anche dal punto di vista terminologico nel dare una definizione del nuovo fenomeno, dottrina e giurisprudenza utilizzano appunto una terminologia alquanto articolata dal concubinato⁽¹²⁾, connotato da valenza negativa tipica del diritto romano, si è passati, dal 1975 in poi, al concetto di convivenza: qualificata *more uxorio*; o semplicemente stabile; relazione analoga a quella matrimoniale; unione libera o, di fatto⁽¹³⁾.

Nell'utilizzare l'espressione "unione di fatto" ci si riferisce ad un insieme di realtà umane molteplici ed eterogenee, che hanno come elemento comune quello di essere delle convivenze (sia tra persone dello stesso sesso che di sesso diverso; sia di tipo sessuale che non) tutte caratterizzate dall'assenza del vincolo del matrimonio⁽¹⁴⁾. Quando invece si preferisce utiliz-

nio, *op. cit.*, 224 ss.; si veda a tal proposito Cass., sez. I, 9 settembre 2002, n. 13060, in *Giur. it.*, 2003, 1794, secondo la quale "La convivenza *more uxorio* di un coniuge separato, che abbia acquisito carattere di stabilità, pur se non esclude - di per sé - il diritto dello stesso all'assegno di divorzio, influisce comunque sulla determinazione della sua entità (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza impugnata che, ai fini della determinazione della misura dell'assegno di divorzio, aveva attribuito rilievo ad una convivenza *more uxorio* di durata pari a quella del matrimonio" e ancora Cass., sez. I, 9 aprile 2003, n. 5560, in *Mass.*, 2003; Cass., sez. I, 10 ottobre 2003, n. 15148, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2728.

⁽¹²⁾ A. DE CUPIS, *Il concubinato nel diritto privato*, in *Foro padano*, 1961, III, c. 75.; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Trattato Teorico-Pratico, I Rapporti personali*, Torino, 2005, 219 ss..

⁽¹³⁾ V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Trattato Teorico-Pratico, op. cit.*, 219 ss.. La rilevanza statistica delle unioni civili, e l'ampio dibattito sulla parità dei diritti tra eterosessuali ed omosessuali promosso dai militanti gay, ha fatto sì che numerosi Paesi si siano dotati, negli ultimi anni, di una legislazione per riconoscere e garantire diritti per i componenti dell'unione. Nell'Unione europea il quadro relativo alla legislazione sulle convivenze è oggi molto variegato: Certi Paesi hanno adottato l'unione registrata, chiamata anche *partnership* o coabitazione registrata, che garantisce specifici diritti e doveri anche, o solo, alle coppie dello stesso sesso. I diritti e doveri possono essere identici, lievemente diversi o molto diversi da quelli delle coppie normalmente sposate. La registrazione è a volte aperta anche alle coppie etero non sposate; è il caso del *Pacs* ("Patto civile di solidarietà") approvato in Francia. Altri Paesi hanno scelto di regolarizzare le unioni civili con la coabitazione non registrata, con la quale alcuni diritti e doveri sono automaticamente acquisiti dopo uno specifico periodo di coabitazione. La coabitazione non registrata è valida, quasi esclusivamente, per le coppie etero non sposate. Alcuni Paesi europei - ad oggi Olanda, Belgio e Spagna - oltre ad aver approvato il riconoscimento giuridico delle coppie non coniugate di qualunque sesso, hanno aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso per realizzare la parità perfetta tra etero e omosessuali. Paesi europei che non prevedono legislazioni specifiche attualmente sono: Albania, Bulgaria, Bielorussia, Bosnia Erzegovina, Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Macedonia, Moldavia, Monaco, Polonia, Romania, Russia, San Marino, Serbia e Montenegro, Slovacchia, Turchia, Ucraina.

⁽¹⁴⁾ PALAZZANI, *La famiglia di fatto è giustificabile giuridicamente?* In *Iustitia*,

zare l'espressione "famiglia di fatto" ci si riferisce essenzialmente al nucleo formato da coppie, eterosessuali, non coniugate che convivono stabilmente, con o senza prole con evidente tentativo di parificazione, almeno dal punto

1999; TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, 1; Id., QUADRI, *La famiglia di fatto in Famiglia e diritto*, 1999, 5, 502; D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, 1977; F. D. BUSNELLI E M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto Cian, Oppo, Trabucchi, Padova, 1993, 772 ss.; M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto, evoluzione e prospettive* in *Dir. Fam. e Pers.*, 1999, 1462; G. STELLA RICTHER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.* 1965, 1123; si veda a tal proposito la decisione del Tribunale di Latina, 28 novembre 2003, in *Riv. pen.*, 2005, 606 secondo la quale "La ratio della causa personale di esclusione della punibilità ex art. 649 c.p., è costituita dalla protezione dell'unità familiare, interesse prevalente su quello del singolo a vedere tutelato il patrimonio nonché su quello dello stato a vedere affermata la propria autorità; ne consegue che, nel momento in cui lo stesso ordinamento: a) riconosce e tutela un'altra forma di aggregazione familiare come quella delle unioni di fatto, che a loro volta costituiscono, come la famiglia fondata sul matrimonio, il punto centrale della convivenza civile; b) riconosce, ammette e garantisce la dissolubilità del vincolo coniugale, tanto da far venir meno quel connotato di «stabilità e certezza» che ne costituiva l'elemento differenziale rispetto alla convivenza more uxorio, diventa evidente che l'unica ratio dell'esclusione della punibilità deve essere ravvisata nella tutela non della famiglia in quanto tale, così come rappresentata dall'art. 29 cost., ma dei vincoli affettivi la cui durezza genera una stabile situazione di convivenza; da cui l'applicazione della disposizione contenuta nell'art. 649 c.p., anche al convivente della persona offesa"; si veda anche C. Stato, sez. consultiva atti normativi, 22 febbraio 1999, n. 28/99, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1792 secondo il quale "La famiglia anagrafica prevista dall'art. 4, 1° comma, d.p.r. 30 maggio 1989 n. 223 ricomprende per definizione anche il convivente in quanto ciò che distingue la famiglia di fatto da unioni affettive di minore spessore è la stabile convivenza"; Tribunale di Foggia del 9 agosto 2002, in *Foro it.*, 2004, I, 303 secondo il quale "a seguito della cessazione della convivenza more uxorio, il giudice ordinario può disporre ex art. 700 c.p.c. l'assegnazione della casa coniugale in favore del genitore non proprietario esercente la potestà sul figlio minore". In senso contrario si veda Tribunale di I grado Comunità europee, 17 giugno 1993, n. 65/92, in *Raccolta*, 1993, II, 597, secondo il quale "La condizione di anteriorità del matrimonio imposta sia dagli art. 17 bis e 20 dell'allegato VIII dello statuto, sia dall'art. 4, n. 8, del regolamento n. 3518/85 che istituisce provvedimenti speciali per la cessazione definitiva dal servizio, in occasione dell'adesione della Spagna e del Portogallo, per far sorgere a beneficio del coniuge superstite il diritto ad una pensione di reversibilità, si riferisce a soggetti che hanno formalmente contratto un matrimonio civile riconosciuto dall'ordinamento, con tutti i diritti e gli obblighi che ne derivano; non compete al tribunale estendere l'interpretazione giuridica dei termini precisi utilizzati nelle disposizioni di cui trattasi al fine di far rientrare nella nozione di matrimonio situazioni di convivenza o unioni di fatto; un'interpretazione estensiva di tale nozione comporterebbe una modifica del fondamento giuridico delle dette disposizioni, con rilevanti conseguenze in campo giuridico ed economico per le comunità e per i terzi; una modifica di tale portata potrebbe nascere solo da un intervento del legislatore comunitario, qualora quest'ultimo ne ravvisasse l'opportunità".

di vista terminologico, alla famiglia legittima cioè a quella fondata sul matrimonio.

Il fenomeno della convivenza fa parte del nostro vissuto sociale ed è caratterizzato unicamente dalla volontà dei compagni di condividere la propria vita rinnovando giornalmente il proprio impegno senza vincoli legali. L'essenza stessa della convivenza potrebbe essere sintetizzata con una sentenza del 1985 del Tribunale di Torino⁽¹⁵⁾ laddove ha statuito che: "in sé la convivenza si risolve in una situazione caratterizzata da un complesso di rapporti unificati, sotto il profilo personale, dall' *affectio coniugalis*, sotto il profilo patrimoniale, dall' *animus donandi* e non può, quindi, essere configurata nel nostro ordinamento come fonte di obbligazione non potendo considerarsi né un fatto illecito, né un contratto ed, in particolare, una promessa di matrimonio"⁽¹⁶⁾.

La famiglia di fatto si caratterizza essenzialmente per il carattere di stabilità dell'unione, non semplicemente qualificabile come unione libera, ma con una dignità maggiore, che nasce dalla libera scelta del singolo individuo di assumere un impegno, serio, senza necessità di un vincolo formale, ma fondato solo sul sentimento di affetto e di amore⁽¹⁷⁾. Appare evidente che questa forma di convivenza, per poter avere giuridica rilevanza, presuppone una certa stabilità e serietà di intenti⁽¹⁸⁾.

Per potersi parlare di famiglia di fatto sono dunque necessari alcuni elementi: la comunità di vita; la stabilità temporale; l'assenza del legame giuridico del matrimonio.

⁽¹⁵⁾ Trib. Torino 10 ottobre 1985 in *Temi Romana*, 1985, 953 ss.

⁽¹⁶⁾ Si veda a tal proposito Cass., sez. I, 26-01-2006, n. 1546 secondo la quale "Il diritto all'assegno di divorzio non viene meno se chi lo chiede abbia instaurato una convivenza more uxorio con altra persona, rappresentando detta convivenza soltanto un elemento valutabile al fine di accertare se la parte che richiede l'assegno disponga o meno di «mezzi adeguati» rispetto al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; la convivenza more uxorio, infatti, avendo natura intrinsecamente precaria, non fa sorgere obblighi di mantenimento e non presenta quella stabilità giuridica, propria del matrimonio, che giustifica la definitiva cessazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile".

⁽¹⁷⁾ Si veda a tal proposito Tribunale di Milano del 9 marzo 2004 in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, 213, secondo la quale "Nella convivenza *more uxorio* per l'assolvimento dell'onere della prova relativo alla sua sussistenza non è necessaria la prova della procreazione, in quanto ciò che rileva è la prova di una situazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura affettiva che, analogamente ai rapporti familiari, si esplicita in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale" si veda ancora Tribunale di Brescia, 10 aprile 2003, in *Famiglia e dir.*, 2003, 476, secondo il quale "La convivenza *more uxorio* può definirsi stabile quando, secondo i casi, perduri da almeno un biennio".

⁽¹⁸⁾ Più precisamente la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha specificato che, al fine di distinguere tra semplice rapporto occasionale e famiglia di fatto, si deve tenere soprattutto conto del carattere di stabilità del rapporto, carattere che conferisce certezza al rapporto stesso e lo rende rilevante sotto il profilo giuridico.

Attualmente la famiglia di fatto, non fondata sul matrimonio, non è più riprovata dalla coscienza sociale in quanto portatrice di valori di solidarietà e sostegno reciproco⁽¹⁹⁾. Senza nulla togliere alle tradizioni etico-religiose del nostro Paese, che continua a privilegiare l'unione legittima fondata sul matrimonio ed esplicitamente riconosciuta dall'art. 29 della nostra Costituzione, la famiglia di fatto riceve anch'essa tutela costituzionale all'art. 2, ove si riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Si delinea in questo modo un nuovo modello di famiglia come luogo privilegiato di espressione degli affetti e di sviluppo armonioso della personalità dei suoi componenti. Da una lettura combinata delle due disposizioni (art. 29 e art. 2) si evince che la tutela della famiglia legittima non è concepita dall'ordinamento in termini di esclusività, e nulla vieta l'ammissibilità accanto ad essa di altre situazioni cui possano essere riconosciute la qualifica, la dignità e la tutela dalla famiglia. Pertanto l'organizzazione familiare non fondata sul matrimonio costituisce anch'essa uno strumento di realizzazione e arricchimento della personalità della coppia. Proprio il rinvio alla persona operato dall'art. 2 Cost., determina la possibilità di immettere nel nostro ordinamento costituzionale quei valori di libertà che emergono progressivamente nel corso dell'evoluzione della coscienza sociale. Può dirsi, quindi, che tra i diritti inviolabili dell'uomo, richiamati con formula indeterminata dall'art. 2, vada ricompreso il diritto di scegliere liberamente

⁽¹⁹⁾ Segnali di apertura alla famiglia di fatto li possiamo rintracciare anche in non recentissime sentenze della Corte Costituzionale, 16 dicembre 1968, n. 126 in *Foro italiano*, 1969, I, 109, Corte Cost. 13 maggio 1998, 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205. Una pronuncia storica è stata quella della Corte di cassazione dell'8 febbraio 1977, n. 556 in cui i giudici accolgono e addirittura superano le enunciazioni della dottrina più avanzata osservando che la questione non può essere risolta se non nel quadro e nella visione prospettica del fenomeno sociale della cosiddetta famiglia di fatto, la Corte passa ad esaminare i caratteri e la funzione della famiglia di fatto, che si afferma costituita dalla convivenza di due persone e dai figli da essa procreati qualificata e caratterizzata dai caratteri tipici e sostanziali del rapporto matrimoniale, secondo la Corte la famiglia sembra avere acquistato piena rilevanza giuridica; puntuali in tal senso i riferimenti all'art. 317 bis codice civile che ha assunto per la prima volta la convivenza *more uxorio* a base di un rapporto giuridico avente un contenuto preciso personale e patrimoniale, nonché all'art. 2 Cost., configurandosi, l'unione di fatto come formazione sociale con funzioni di gratificazione affettiva e solidarietà sociale, luogo di arricchimento e sviluppo della personalità dei suoi componenti, analogamente a quanto avviene nell'ambito della famiglia legittima. Comunque la stessa Corte Cost. affermava nel 1980, a proposito della successione nel contratto di locazione, che non sussisteva nella fattispecie, violazione del principio di uguaglianza, in quanto il rapporto del convivente *more uxorio* con il conduttore defunto è nettamente diverso da quello del coniuge e degli altri soggetti indicati in modo tassativo dalle norme impugnate, Corte costituzionale, 14 aprile 1980, n. 45 in *Foro italiano*, 1980, I, 1564.

come con-vivere, come stare insieme in quanto fondamentale libertà della persona.

Non può infatti negarsi che la famiglia di fatto costituisce una vera e propria formazione sociale che promuove lo sviluppo della personalità dei propri componenti assolvendo un ruolo educativo, affettivo e di sostegno economico. L'esigenza, avvertita anche dalla prassi, di fornire uno statuto minimo di diritti e doveri alle forme di convivenza non tradizionali, che rappresentano oggi una grande parte della realtà sociale italiana (e non solo), dimostra quindi la necessità di una disciplina, sia pur minimale e flessibile (c.d. *soft law*), che ne determini il riconoscimento giuridico. La sempre più forte domanda sociale di tale riconoscimento giuridico sottende infatti non soltanto una legittima richiesta di diritti e facoltà, ma aspira anche e soprattutto al riconoscimento sociale dell'identità e della pari dignità delle forme di convivenza non tradizionali. È domanda di riconoscimento giuridico ed insieme affermazione di valori propri e autonomi; esigenza di non discriminazione e ad un tempo aspirazione alla libertà ed alla possibilità di scegliere liberamente. In sostanza appare auspicabile una parità di trattamento che rinvia alla presenza di valori comuni a qualsiasi nucleo familiare, nella consapevolezza che le famiglia è luogo potenziale di arricchimento della personalità.

Tale tipo di unione, pur non potendo essere equiparata alla famiglia legittima, è stata ritenuta una formazione sociale idonea ad assolvere fondamentali funzioni di socializzazione, prevalendo così il tentativo di proporre una nozione di famiglia di fatto quale modello di convivenza alternativo alla famiglia legittima e ravvisando nella base normativa un adeguato sostegno al fine di giustificarne la rilevanza giuridica ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1977, 930, secondo il quale si ravvisa una tutela in positivo della famiglia di fatto e non in negativo secondo altri: BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, 1992, 153; BARCELLONA, *Famiglia* (dir. civ.) in *Enc. dir.* Milano, 1967, secondo il quale la tutela della famiglia di fatto scaturirebbe dalla lettura dell'art. 29 in combinato con l'art. 2 della Costituzione che prevede la tutela dell'individuo nelle formazioni sociali nelle quali svolge la sua personalità, il che consente di delineare la famiglia di fatto come società intermedia o formazione sociale meritevole di tutela. Se infatti l'ordinamento garantisce l'interesse essenziale della persona a realizzarsi nella famiglia, quale prima forma di convivenza umana, anche la famiglia di fatto rientra nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., dal momento che può essere idonea a favorire lo sviluppo e la crescita della persona. Questa è una tutela in negativo in quanto l'ordinamento non può ostacolare la formazione di queste spontanee agglomerazioni; vi è poi una tutela proposta in positivo ovvero si auspica che il legislatore ponga in essere delle leggi che salvaguardano la volontà di autoregolarsi ispirato ai principi di eguaglianza e parità di trattamento art. 3 e al principio personal – solidaristico art. 2 Cost.; ASPREA, *Sulla famiglia di fatto, in Italia e in Europa*, MILANO 2003; V. ZAMBRANO, *La famiglia di fatto, epifanie giuridiche*

2. L'orientamento della Comunità Europea in materia di unioni di fatto

In questi ultimi anni le cosiddette "unioni di fatto" hanno acquisito un rilievo particolare nella società, l'esperienza di molti ordinamenti, a fronte dell'emergere di nuovi bisogni, ci dimostra come gli stessi abbiano assunto un atteggiamento inizialmente di chiusura, quindi di tolleranza ed infine di riconoscimento.

In alcuni paesi dell'Europa, ad esempio in Francia esistono forme convenzionali di regolamentazione tra privati che decidono di non optare per il matrimonio e nei Paesi di Common Law, ad esempio in Inghilterra, si utilizzano dei contratti che disciplinano in modo articolato i rapporti personali e patrimoniali tra i conviventi.

Il Parlamento europeo ha consacrato, quale principio ispiratore della futura politica normativa comunitaria, il fine della progressiva equiparazione sotto ogni aspetto della vita economica e sociale (nonché personale) degli individui c.d. "omosessuali", con l'intento di perseguire fermamente l'obiettivo della sostanziale eguaglianza delle persone indipendentemente dalle loro inclinazioni sessuali, in linea con la sua costante politica sociale diretta alla condanna di ogni discriminazione in ragione di sesso, lingua, religione, ceto sociale ecc.⁽²¹⁾.

di un fenomeno sociale, Ipsoa, 2005, 16, l'autrice sostiene che una delle numerose questioni attraverso cui la famiglia di fatto è entrata nel mondo del diritto è stata quella relativa ai rapporti tra diritto all'assegno di separazione e prestazione di assistenza di tipo coniugale da parte del convivente *more uxorio*, per la prima volta il giudice, nella determinazione dell'importo, ha riconosciuto la necessità di tener conto anche delle spese gravanti sull'obbligato a favore di donna con lui convivente - TRIB. NAPOLI, 26 GENNAIO 1979, in *Diritto e giustizia*, 1980, 580, con nota di COLCELLA, *Sulla corresponsione dell'assegno familiare in favore del divorziato non convivente "More uxorio"*, nella quale per la prima volta il giudice ha riconosciuto la rilevanza della convivenza, solo però nella misura della situazione economica risolvendosi essa sul piano fattuale di una condizione e fonte non aleatoria di reddito. Ma tale rilevanza è solo indiretta, in quanto il consozio fattuale, ancora oggi non è riconosciuto fonte di obblighi giuridici tra i conviventi.

⁽²¹⁾ Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità. Considerazioni generali. 1. Ribadisce la convinzione che tutti i cittadini debbano ricevere lo stesso trattamento indipendentemente dalle loro tendenze sessuali; 2. ritiene che la Comunità europea abbia il dovere, in tutte le norme giuridiche già adottate e che verranno adottate in futuro, di dare realizzazione al principio della parità di trattamento delle persone indipendentemente dalle loro tendenze sessuali; 3. è convinto altresì che la tutela dei diritti dell'uomo debba trovare più efficace espressione nei trattati comunitari e invita pertanto le istituzioni della Comunità a predisporre, nel quadro della riforma istituzionale prevista per il 1996, la creazione di un organismo europeo che possa garantire l'attuazione della parità di trattamento senza distinzione di nazionalità,

In linea di massima tutte le legislazioni nazionali dei paesi aderenti all'Unione hanno recepito le indicazioni offerte dagli organismi comunitari.

In favore dell'introduzione, anche in Italia, di una disciplina giuridica delle unioni civili, depongono anche e soprattutto ragioni di conformità del nostro ordinamento con le norme comunitarie. L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁽²²⁾ sancisce infatti che "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". L'importanza di questa norma non risiede nel mero riconoscimento dell'autonomia delle legislazioni nazionali in ordine alla disciplina delle modalità di convivenza e dei loro effetti giuridici, ma nel consentire il riconoscimento delle più diverse forme di convivenza. Una delle note esplicative della disposizione precisa infatti che essa "non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale ad unioni tra persone dello stesso sesso". La norma legittima pertanto le più diverse forme di convivenza alla luce dei diritti fondamentali della persona, quale espressione significativa della dignità individuale, alla quale espressamente si riferisce la sezione della Carta di Nizza, in cui è compreso l'art. 9. Norma che deve essere interpretata alla luce dell'art. 22 della stessa Carta, ove si san-

convinzioni religiose, colore della pelle, sesso, tendenza sessuale o altre caratteristiche; 4. invita la Commissione e il Consiglio, quale primo passo verso una maggiore tutela dei diritti dell'uomo, a procedere all'adesione della Comunità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, come previsto dal programma di lavoro della Comunità per il 1990; 5. invita gli Stati membri ad abolire tutte le disposizioni di legge che criminalizzano e discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso; 6. chiede che i limiti d'età stabiliti a fini di salvaguardia siano uguali per i rapporti omosessuali e per quelli eterosessuali; 7. chiede che nelle norme giuridiche e amministrative si eviti la disparità di trattamento delle persone con orientamento omosessuale; 8. rivolge un appello al Regno Unito affinché abolisca le disposizioni discriminatorie volte a impedire una presunta propagazione dell'omosessualità, ripristinando quindi la libertà di opinione, di stampa, di informazione e di espressione scientifica e artistica per le cittadine e i cittadini omosessuali e per tutto ciò che riguarda il tema "omosessualità"; invita tutti gli Stati membri a rispettare in futuro tali diritti alla libertà di opinione; 9. chiede agli Stati membri di adottare misure e di intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali degli omosessuali, contro gli atti di violenza di cui sono vittime in misura crescente gli omosessuali e di assicurare che gli autori di tali atti di violenza vengano sottoposti a procedimento giudiziario; 10. invita gli Stati membri ad adottare misure e intraprendere campagne, in cooperazione con le organizzazioni nazionali degli omosessuali, contro tutte le forme di discriminazione sociale nei confronti degli omosessuali; 11. raccomanda agli Stati membri di prendere misure per assicurare che le organizzazioni sociali e culturali di donne e uomini omosessuali accedano ai fondi nazionali sulla stessa base di altre organizzazioni sociali e culturali, che le loro domande siano valutate secondo gli stessi criteri applicati alle domande di altre organizzazioni e che non risultino penalizzate dal fatto di essere organizzazioni di donne o uomini omosessuali.

⁽²²⁾ Proclamata a Nizza il 7 dicembre 2007.

cisce che “l’Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica”, nonché dell’art. 53, secondo cui “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dal diritto internazionale [...] e dalle costituzioni degli Stati membri”. La funzione dell’art. 9 della Carta di Nizza, nel favorire il riconoscimento della pluralità delle forme di convivenza, anche quelle fondate su unioni omosessuali, emerge del resto alla luce di un’interpretazione sistematica della norma, in combinato disposto con il divieto assoluto di discriminazioni, fondate *inter alia* sull’orientamento sessuale, inserito dagli Stati membri dell’Unione Europea nell’art. 13 del Trattato di Amsterdam⁽²³⁾.

È peraltro significativo l’interesse dimostrato, soprattutto di recente, dalle istituzioni comunitarie, rispetto alla questione del riconoscimento giuridico delle forme di convivenza non fondate sul matrimonio, verso le quali si è adottata, a livello comunitario, una impostazione di politica del diritto di carattere promozionale. Il Parlamento Europeo, con lo strumento della Risoluzione, ha invitato infatti gli Stati membri ad adottare una normativa di riconoscimento delle unioni di fatto, anche a base omosessuale⁽²⁴⁾. Da ultimo, con il cd. “Rapporto Sylla⁽²⁵⁾”, si è auspicata l’estensione, all’interno degli Stati membri, delle discipline in tema di coniugio o di adozione, anche a forme di convivenza non tradizionali, di carattere omosessuale od eterosessuale, ma comunque non fondate sul matrimonio. L’esigenza di adeguamento dell’ordinamento italiano alle disposizioni comunitarie si manifesta peraltro anche in ragione della doverosa implementazione della Direttiva comunitaria n. 38 del 2004, che sancisce il principio della libera circolazione, in ambito europeo, delle persone e dei loro familiari, intendendosi per “familiare”, non solo il coniuge o la prole nel contesto di una famiglia fondata sul matrimonio, ma anche il componente di un’unione civile registrata (la giurisprudenza comunitaria ha infatti fondato su questa norma numerose decisioni volte ad estendere i diritti riconosciuti ai membri delle famiglie tradizionali, anche ai componenti di unioni di fatto).

Ai principi sanciti in sede comunitaria, in tema di riconoscimento giuridico delle unioni civili, si sono del resto già da tempo adeguate quasi tutte le nazioni europee. La legge danese n. 372 del 1989 consente alle coppie omosessuali di registrare la loro unione secondo il modello del “*registered partnership*”. La Svezia dal 1994 riconosce alle unioni civili tra persone

⁽²³⁾ Trattato firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi appartenenti alle Nazioni Unite ed entrato in vigore il 1 maggio 1999.

⁽²⁴⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 1994 e successivamente del 2000.

⁽²⁵⁾ L’europarlamento ha approvato in data 3 settembre 2003 una risoluzione sui diritti umani in Europa c.d. Rapporto Sylla sul rispetto dei diritti umani nell’unione europea nel quale invita tutti gli stati membri a parificare coppie di fatto e matrimoni ma anche ad aprire matrimonio e adozioni alle coppie gay e lesbiche.

dello stesso sesso gran parte degli effetti giuridici propri del regime matrimoniale. Analoghe le normative finlandese, ungherese, belga, olandese, tedesca, austriaca, portoghese e slovena.

La Francia, con la L. 944 del 1999, ha introdotto il patto civile di solidarietà, quale nuova forma di unione, distinta dall'istituto matrimoniale⁽²⁶⁾. Il Patto civile di solidarietà è un contratto concluso tra due persone maggiorenni, anche del medesimo sesso, al fine di organizzare la loro vita in comune, ed è regolato da una disciplina più dettagliata ed incisiva rispetto a quella prevista per l'unione di fatto, caratterizzata secondo la legge "da una convivenza stabile e continuativa tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso, che vivono in coppia", cui sono riconosciuti soltanto alcuni dei diritti spettanti alle prime due forme di convivenza (ad esempio in materia di locazione, assistenza sanitaria ed assicurativa).

Il Lussemburgo dal 2004 riconosce la *partnership* registrata; analogamente la Gran Bretagna, con il *Civil Partnership Act* del 2004, accorda i medesimi diritti dei coniugi alle parti delle unioni atipiche. La Spagna consente il matrimonio alle coppie dello stesso sesso dal 2005 anche se, nelle regioni di Navarra, Aragona e Catalogna, già dal 1988 è stata introdotta la legge sulle unioni stabili.

Sarebbe quindi opportuno, secondo una larga parte di parlamentari, che anche il nostro ordinamento si adeguasse alle direttive di fonte comunitaria ed alla realtà sociale, da cui emerge una sempre maggiore domanda di riconoscimento delle unioni atipiche, anche a base omosessuale. Riconoscimento che non solo è necessario per conformare il nostro ordinamento alle norme comunitarie, ma che non potrebbe neppure ritenersi contrario ai precetti costituzionali rilevanti in materia. Nel sancire il riconoscimento, da parte dello Stato, dei "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", il riferimento al matrimonio quale fondamento della famiglia non rappresenta tuttavia, il requisito esclusivo necessario al riconoscimento dei diritti delle forme di convivenza giuridicamente rilevanti⁽²⁷⁾. Appare evidente che dal dettato normativo non si possa evincere alcuna preclusione in ordine alla legittimità ed al riconoscimento giuridico di società naturali fondate sulla convivenza e sulla comunione di vita materiale e spirituale, prive del vincolo matrimoniale.

La norma non tipizza del resto la differenza di sesso quale requisito costitutivo del vincolo coniugale, né in tal senso potrebbe intendersi l'attributo "naturale", con cui viene definita la formazione sociale della famiglia. Il carattere naturale della comunità familiare, richiamato dalla

⁽²⁶⁾ IEVA, *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Rivista notarile*, 2001, 1343.

⁽²⁷⁾ CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di autoregolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, 123. Secondo il quale, invece, il sentimento di *affectio*, si può riscontrare anche nelle coppie omosessuali.

norma, va quindi riferito alla natura meta-e pre - giuridica di tale forma di convivenza. L'attributo "naturale" esprime quindi, nel testo della norma, l'esigenza di una disciplina giuridica dello "stare insieme" adeguata e conforme alla realtà naturale, appunto, e sociale, delle forme di convivenza, nella loro spontanea evoluzione, che il diritto non dovrebbe quindi guidare ma limitarsi a registrare e regolamentare.

Naturale indica anche la naturale propensione dell'uomo a procreare figli e quindi a ciò che la natura oggettivamente fruttifica e non a ciò che lascia, anche non impedendolo, soggettivamente decidere nella propria autonomia ad ogni individuo. Uno degli argomenti utilizzati a sostegno del riconoscimento legale del matrimonio tra individui del medesimo sesso è rappresentato dall'assunto che tale istituto simboleggia un fondamentale diritto umano, e il fatto che la legge rifiuti di riconoscerlo anche agli individui omosessuali comporta la negazione a questi ultimi di un loro diritto primario. Sono invece contrari a qualsiasi forma di matrimonio tra individui del medesimo sesso quanti affermano che il matrimonio è fondato sull'unione di due persone di genere differente che rappresenta qualcosa di unico, una speciale relazione dotata di forza e valore considerevoli per la società ⁽²⁸⁾. Secondo quest'ultimi l'integrazione di due generi diversi, anche dal punto di vista della sfera sessuale, rappresenta il cuore e l'essenza del matrimonio. È proprio la dimensione eterosessuale che costituisce il nucleo essenziale del matrimonio al quale la società riconosce una così grande importanza.

⁽²⁸⁾ L'art. 29 Cost. si limita infatti ad enunciare il dovere statale di tutelare la comunità familiare quale entità metagiuridica, di formazione sociale e naturale, e non giuridico-positiva, e l'art. 30 della costituzione ricollega il diritto e dovere di educare, mantenere e istruire i figli al semplice fatto della procreazione, avvenuta anche in assenza del matrimonio fra i genitori, ciò consente di sostenere con certezza che la norma si estende alla famiglia di fatto: "I contenuti fondamentali della relazione familiare che lega i genitori ai figli, infatti, non sono subordinati alla sussistenza del matrimonio dal momento che essi sono affermati e tutelati dall'ordinamento anche per i figli naturali. In tale prospettiva il disposto dell'art. 317 bis si colloca nell'ambito della tendenza a riconoscere autonoma rilevanza alla famiglia di fatto. Molti asseriscono che tale istituto è limitato esclusivamente alle coppie eterosessuali in quanto il concetto tradizionale non permette di ricomprendere nessun altro tipo di legame od unione se non quello che si istaura tra un uomo ed una donna, nella letteratura straniera fra tutti *Krauthammer, Court should stay out of the Gay marriage* Arena, in *Child trib.*, I marzo 2004. secondo altri invece la società evolve e le definizioni legali e le tutele costituzionali non autorizzano ad escludere la famiglia di fatto dal numero delle formazioni sociali devono di conseguenza cambiare per adeguarsi alle nuove esigenze... è arrivato il momento di modificare questo concetto per poter in tale modo, riconoscere l'impegno intimo che può essere assunto da individui appartenenti al medesimo genere. Per arrivare a ciò si evidenzia che sarebbe necessario un grande consenso popolare per riconoscere questo status, senza il quale la via del riconoscimento giudiziale violerebbe i principi sia strutturali sia normativo costituzionali, *Wardle, A critical analysis of Constitutional, Claims for same- sex Marriage*, in *Brigam young U.I. Rev.* 1, 1996.

3. Analisi d'impatto dell'emananda legge

Una delle definizioni più autorevoli del concetto di famiglia di fatto ritiene che deve considerarsi tale ogni consorzio di persone tra le quali intercorra un legame di interrelazioni continuative e relazioni affettive affini a quelle di una famiglia legittima ⁽²⁹⁾. Il punto di partenza per dare una definizione più completa del fenomeno famiglia di fatto consiste nel riconoscere come la famiglia legittima sia il modello di riferimento di qualsiasi relazione di tipo familiare.

Il disegno di legge Bindi/Pollastrini n. 1339/S, conformemente al diritto comunitario, lungi dall'affievolire la tutela pubblicistica tradizionalmente riconosciuta all'istituto matrimoniale, conferisce invece a quest'ultimo una nuova legittimazione sociale. Liberando infatti il tradizionale vincolo matrimoniale dalla funzione di forma necessaria imposta al fine di un riconoscimento giuridico della convivenza tra due persone, si delinea l'istituto matrimoniale quale frutto di una consapevole e libera scelta, tra diverse modalità di regolamentazione giuridica dello "stare insieme". È questa la prospettiva cui si orienta il presente disegno di legge, che intende fornire ai cittadini che scelgano forme non tradizionali di convivenza la necessaria tutela delle relative situazioni giuridiche soggettive, evitando così ogni forma di discriminazione ai loro danni. Nel perseguire quest'obiettivo, il disegno di legge in discussione prevede criteri e modalità di estensione, alle unioni civili, dei diritti spettanti al nucleo familiare nei casi sanciti dalla legge, secondo criteri di parità di trattamento, in conformità al principio di cui

⁽²⁹⁾ Cass. Pen., 15 marzo 1989, in *Cass. Pen.* 1991,1, 1997, altro Tribunale ha stabilito che non può ridursi a semplice coabitazione il rapporto di convivenza more uxorio, Trib. di Firenze 11 agosto 1986, in *diritto ecclesiastico*, 1989, II, 367; Il C.d.S. con parere del 9 gennaio 2001 ha rilevato che l'espletamento del servizio militare da parte del ricorrente priverebbe la famiglia di f. della possibilità di pagare il canone di locazione e quindi della abitazione in godimento, facendo emergere interessi di rilievo costituzionale quale quello del mantenimento della abitazione; da ultimo la sentenza che più ha dato impulso alla rilevanza della convivenza è stata la sentenza del 4 aprile 2002 n. 33305 secondo la quale il concetto di convivenza è ormai svincolato dai rapporti more uxorio nonché dai rapporti di parentela in quanto qualificati come una mera situazione di fatto conseguente a libera scelta della persona, purchè il giudice accerti un minimo tale da non farla definire episodica ma idonea ad essere valutata quale ragionevole presupposto per una attesa di apporto economico futuro e costante. La corte aveva già sancito la legittimazione del convivente a costituirsi parte civile nei giudizi per aggressione da parte di terzi, Cass. Pen., 7 luglio 1992, in *giur. Ital.*, 1993, I, 2, 659, e con sentenza Cass. Pen., sez. IV, 27 settembre 2001, n. 35121, in *CED*, Cass., N. 219818, aveva riconosciuto agli affidatari di un minore, deceduto per fatto illecito di un terzo, a costituirsi parte civile nel giudizio per aggressione da parte dei terzi, inserendosi in quel filone giurisprudenziale teso riconoscere rilevanza giuridica alla famiglia di fatto, ovvero alla convivenza di fatto ovvero in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale della famiglia di fatto.

all'art. 3 Cost.. A tale estensione dei diritti delle parti delle unioni civili, corrisponde del resto una parallela regolamentazione dei loro doveri ed oneri, tali da garantire la necessaria tutela non soltanto ai figli ma anche al contraente economicamente più debole nel caso di cessazione dell'unione civile, l'affidamento dei terzi in ordine alla situazione patrimoniale della coppia, la trasparenza dello stato giuridico delle parti.

Il presente disegno di legge, ed in particolare il suo capo II – intitolato alle “unioni di mutuo aiuto” – intende del resto riconoscere uno statuto normativo flessibile e “leggero” di diritti essenziali alle forme di convivenza non basate necessariamente e costitutivamente sulla relazione sessuale. Questo particolare tipo di disciplina – strutturalmente affine a quella prevista dalla *Ley catalana de 28 de diciembre de 1998, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua*, dalla *Norwegian Joint Household Act*, come modificata dalla legge del 4 luglio 1991, n. 45, nonché dal progetto di riforma del diritto di famiglia canadese elaborato dalla *Law Commission* nel 2000, nell'ambito del programma *Recognizing and Supporting Close Personal Relationships Between Adults* – appare funzionale alla regolamentazione minima (e come tale aperta, in larga misura, all'autonomia negoziale delle parti) della convivenza tra studenti, della coabitazione per motivi di assistenza a persone anziane, ovvero a tutela di peculiari situazioni di interdipendenza economica od affettiva, insuscettibili di ricomprensione all'interno del rigido paradigma della relazione di coppia. L'intensità del vincolo e la finalità assistenziale o solidaristica di tali forme di convivenza non determinano comunque un'assimilazione al concetto né alla disciplina della famiglia: la disponibilità delle parti nello specificare i termini della convivenza è massima, operando sia in sede di determinazione dei contenuti dell'accordo, sia in fase di risoluzione delle controversie, preferibilmente definite dalla transazione delle parti, e solo qualora ciò non sia possibile rimesse all'intervento del giudice o del collegio arbitrale. Le parti sono infatti ritenute libere di accordarsi per regolare sia la convivenza, sia gli effetti conseguenti alla sua cessazione, mediante accordi il cui contenuto può giungere sino al punto di escludere quel diritto altrimenti previsto *ex lege* in caso di estinzione dell'unione in ragione della morte di una delle parti. La stessa facoltà, di ricorso all'arbitrato, per risolvere eventuali controversie relative a situazioni di con titolarità, anche nella successione nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore parte dell'unione di mutuo aiuto, evidenzia come, sotto il profilo patrimoniale, la legge apra ad un regime di separazione dei beni, in cui ciascuna parte rimane proprietaria del proprio patrimonio, rispondendo personalmente verso i terzi delle obbligazioni contratte. La prevista annotazione nell'apposito registro dell'accordo estintivo dell'efficacia dell'unione, evidenzia peraltro come il rilievo giuridico di queste unioni sia affidato ad una dialettica costante tra autonomia negoziale delle parti e normazione minima, tesa a garantire la certezza delle situazioni giuridiche soggettive. La registrazione delle vicende costitutive, modificative ed estintive dell'unione, che non crea alcuno *status*, ma si limi-

ta a conferire rilievo giuridico alla volontà delle parti, non soltanto soddisfa un'esigenza di certezza normativa dell'ordinamento, al fine di evitare possibili difficoltà probatorie in ordine alle posizioni personali e patrimoniali delle parti, ma consente una forma adeguata di controllo di meritevolezza di tutela degli interessi coinvolti, soddisfatto solo qualora le parti ed i loro accordi presentino i requisiti previsti. Tale disciplina si conforma pertanto alla natura delle forme di convivenza oggetto di normazione, fondate come sono su di una manifestazione di consenso e di solidarietà, tale da realizzare una comunità di vita materiale e spirituale. Lo scopo assistenziale e solidaristico che informa tali forme di convivenza ne ispira così la disciplina. Ne sono espressione in particolare i criteri equitativi previsti ad esempio per la compensazione economica in ragione del lavoro prestato dalle parti, nonché il principio di solidarietà sociale che ispira la norma sulla tutela del convivente in caso di estinzione dell'unione per morte del conduttore, cui si surroga, nella medesima posizione contrattuale, la parte (o le parti) ancora in vita. La disciplina mira pertanto ad attribuire a tali forme di convivenza uno statuto normativo minimo ma essenziale al riconoscimento della rilevanza giuridica delle ipotesi di coabitazione a fini solidaristici e/o assistenziali, conformandosi a tale finalità in ogni sua specifica disposizione.

La disciplina complessivamente prevista dal presente disegno di legge appare quindi suscettibile di ricomprendere, nelle sue diverse disposizioni, le forme più varie e significative di convivenza, oggi di fatto ignorate dal diritto.

L'estensione delle categorie di soggetti legittimati a contrarre le unioni civili (possibili anche tra coppie omosessuali, conformemente alle indicazioni di fonte comunitaria), l'affermazione della pari dignità e rilevanza giuridica di tali unioni, il riconoscimento delle forme di convivenza basate su esigenze solidaristiche rappresentano del resto espressioni significative non soltanto del pluralismo, su cui si basa necessariamente ogni Stato di diritto, ma anche e soprattutto del principio personalistico che ispira la nostra Costituzione.

Consentire a ciascun cittadino di scegliere la forma di convivenza che meglio risponda alle proprie esigenze, senza per questo subire discriminazione alcuna, come espressamente sancito dall'art. 2 del presente disegno di legge, costituisce infatti un dovere fondamentale, cui uno Stato democratico di diritto quale il nostro non può sottrarsi.

Il disegno di legge sulle unioni civili presenta una grande novità, innanzitutto i benefici che se ne fanno derivare andrebbero a tutte le forme di convivenze tra le quali anche quelle fra fratelli, zii e nipoti, e si potrà avere diritto all'eredità o agli alimenti, a subentrare nell'affitto di casa e a prendere decisioni in tema di salute e di donazione di organi. La legge presenta effetti retroattivi e i conviventi potrebbero avere nove mesi per regolarizzare la loro posizione.

Il progetto di legge, come detto, non distingue fra coppie omosessuali ed

eterosessuali ma si limita a porre quale limite della convivenza, per l'applicazione delle sue discipline normative, il vincolo affettivo quale nesso primario di unione della coppia. La legge precisa inoltre che gli interessati non devono essere legati da vincoli di matrimonio, parentela in linea retta entro il secondo grado, affinità in linea retta entro il secondo grado, adozione, affiliazione, tutela, curatela: inoltre prevede che questa non venga applicata a persone legate da rapporti contrattuali, anche lavorativi che comportino necessariamente l'abitare in comune, con ciò escludendo di fatto il rapporto fra assistente ed assistito.

La proposta di legge incide sui diritti ereditari dei conviventi: trascorsi nove anni dall'inizio della convivenza, il convivente concorre alla successione legittima che viene quantificata alla presenza o meno di figli o altri eredi. Tali diritti sono contemplati all'art. 8 della proposta.

Così, se il convivente concorre con un figlio nella successione del convivente defunto, egli ha diritto ad $\frac{1}{3}$ dell'eredità, quindi a meno di ritenere che il disegno di legge abbia voluto intendere che nella successione intestata al figlio spettano $\frac{2}{3}$, quando $\frac{1}{3}$ spetta al convivente superstite, il significato dell'espressione in questione probabilmente dovrebbe essere che il figlio ha diritto ad $\frac{1}{3}$ dell'eredità, il convivente a $\frac{1}{3}$ e che il restante terzo rappresenta la quota disponibile. Lo stesso discorso si ripete se il superstite convivente concorre con una pluralità di figli: si afferma, che in tal caso, al convivente spetta $\frac{1}{4}$ dell'eredità e anche qui a meno di ritenere che, in caso di successione intestata ai figli vadano $\frac{3}{4}$ e $\frac{1}{4}$ sia del convivente, la lettura dovrebbe essere che al convivente spetta $\frac{1}{4}$, ai figli spettano $\frac{2}{4}$, mentre l'ultimo quarto rappresenta la quota disponibile. Una certa confusione fra successione legittima e necessaria verrebbe a crearsi quando il disegno di legge regola il concorso fra il convivente superstite e gli ascendenti del convivente defunto, che in mancanza di figli, sono suoi eredi necessari e i fratelli e le sorelle del convivente defunto i quali non appartengono alla categoria dei legittimari: qui il disegno di legge propone che al convivente sia devoluta la metà dell'eredità lasciando intendere presumibilmente che la rimanente metà verrà lasciata in concorso con ascendenti, fratelli e sorelle.

In mancanza di figli, di ascendenti, di fratelli e sorelle, al convivente, si devolvono $\frac{2}{3}$ dell'eredità, lasciando $\frac{1}{3}$ ai parenti del defunto entro il sesto grado o in mancanza allo Stato. In mancanza di altri parenti entro il secondo grado in linea collaterale, al convivente superstite spetterebbe l'intera eredità.

4. Che cosa dice il codice civile

Incongruente sembra essere questa affermazione quando nel comma precedente si era appena dichiarato che in mancanza di ascendenti e fratelli, al convivente spettavano $\frac{2}{3}$. Pertanto se mancano i parenti in linea collaterale di secondo grado (che sono i fratelli del defunto) perché al convi-

vente spetterebbe l'intera eredità? Secondo molti giuristi gli strumenti attualmente prestati dall'ordinamento civile e giurisprudenziale sarebbero di per sé sufficienti a proteggere adeguatamente le unioni civili ⁽³⁰⁾.

A tutti questi problemi può sovvenire invece la normativa del c.c. in materia di testamento. Ma il coniuge legalmente separato senza addebito, ed i figli eventualmente nati, sia naturali, sia legittimi, che adottivi, in presenza di un legato che leda le quote loro spettanti potranno, esperire l'azione di riduzione.

Di fronte alla volontà dei conviventi di lasciare beni o legati tra di essi lo strumento che più si confà ad evitare problemi successori, anche la possibile azione di riduzione, è senz'altro il legato, ma, dovrà essere attentamente valutata l'imposizione di oneri o di legati a carico di un legittimario in quanto le disposizioni testamentarie, possono pregiudicare i diritti che la legge riserva a questi (art. 457c.2, c.c.). la disposizione testamentaria a titolo particolare, appare infatti più idonea di quella a titolo universale a soddisfare gli scopi che il convivente si propone con la confezione del testamento, tra questi, il testatore può perseguire, in particolare, la finalità di garantire al convivente superstite la somministrazione dei mezzi necessari per provvedere ai suoi bisogni primari, quali l'abitazione ed il mantenimento, limitando però, l'attribuzione patrimoniale *mortis causa* al tempo in cui tali bisogni permarranno, al fine di evitare l'uscita definitiva del proprio patrimonio dalla cerchia dei familiari in favore di estranei.

Il legato può assumere varie forme, come quello di un legato di un

⁽³⁰⁾ POCAR- RONFANI, *Coniugi senza matrimonio, la convivenza nella società contemporanea*, Milano, 1992, l'immagine della famiglia di fatto è diffusa come speculare a quella della famiglia legittima, non mancandosi di adottare criteri proposti dalla sociologia del diritto: la coresidenza dei due partners, una certa stabilità dell'unione, un minimo di durata temporale, la sua qualificazione sociale, nel senso che l'ambiente sociale deve percepire i due partners come conviventi; e la giurisprudenza ha confermato questo orientamento, evidenziando di volta in volta la rilevanza di profili specifici, e ritiene che, per configurarsi una famiglia di fatto, questa debba essere inequivoca, stabile serena e duratura. VIRGINIA ZAMBRANO, *La famiglia di fatto, epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Milano, 2005, 16, l'autrice sostiene che una delle numerose questioni attraverso cui la famiglia di fatto è entrata nel mondo del diritto è stata quella relativa ai rapporti tra diritto all'assegno di separazione e prestazione di assistenza di tipo coniugale da parte del convivente *more uxorio*, per la prima volta il giudice, nella determinazione dell'importo, ha riconosciuto la necessità di tener conto anche delle spese gravanti sull'obbligato a favore di donna con lui convivente, TRIB. NAPOLI, 26 gennaio 1979, in *Diritto e giurispr.*, 1980, 580, con nota di COLELLA, *Sulla corresponsione dell'assegno familiare in favore del divorziato non convivente "More uxorio"*, nella quale per la prima volta il giudice ha riconosciuto la rilevanza della convivenza, solo però nella misura della situazione economica risolvendosi essa sul piano fattuale di una condizione e fonte non aleatoria di reddito. Ma tale rilevanza è solo indiretta, in quanto il consorzio fattuale, ancora oggi non è riconosciuto fonte di obblighi giuridici tra i conviventi.

usufrutto vitalizio: il testatore potrà disporre quindi della nuda proprietà, secondo i propri intendimenti, a favore dei familiari legittimi. Il legato si può distinguere anche in legato di abitazione disponendo la soddisfazione del bisogno abitativo del proprio convivente; unitamente a questo legato, il testatore può disporre un legato di uso dei mobili che corredano l'abitazione, si pone il problema di verificare la compatibilità di tali legati con la posizione successoria del coniuge legalmente separato senza addebito, del testatore⁽³¹⁾. Altro strumento che si presta alla soddisfazione del convivente è quello del legato di prestazione periodiche che, disciplinato dall' art. 670 c.c. è perfettamente adeguato a garantire al convivente superstite *more uxorio* superstite i mezzi finanziari per il suo sostentamento⁽³²⁾. Si tratta di un legato obbligatorio che determina il sorgere di una obbligazione di durata la cui prestazione è eseguita dall'onerato mediante atti di adempimento periodici, c.d. prestazione periodica. Similare di questo tipo di legato abbiamo il legato di rendita vitalizia, che ha ad oggetto, di regola, la prestazione periodica (mensile annuale) di una somma di denaro per tutta la durata della vita del beneficiario, la disposizione avente poi carattere alimentare può sottrarsi al pignoramento e al sequestro della rendita nei limiti del bisogno alimentare, art. 1881 c.c., vicino a questo è il legato di alimenti previsto dall'art. 660 c.c., questo costituisce a favore del legatario e a carico dell'erede o di altro legatario un'obbligazione alimentare, il cui contenuto, salva diversa volontà manifestata dal testatore, è quello previsto dall'art.438 c.c. in tema di somministrazione di alimenti *ex lege* presupposto necessario per l'operatività del legato in esame è lo stato di bisogno del legatario: se costui non versa in tale stato la disposizione rimane quiescente. La cessazione dello stato di bisogno non rende estinto il legato, con la conseguenza che l'onerato sarà tenuto allo stato di bisogno solo se e quando lo stato di bisogno si ripresenti. È opportuno subordinare la prestazione ad una condizione risolutiva della instaurazione di una nuova convivenza. Verrebbero soddisfatti così più di una esigenza da parte dei conviventi ovvero: che il debito alimentare sorge solo in corrispondenza di una situazione di bisogno da parte del convivente; che il debito alimentare è un debito di valore e si estingue alla morte del legatario. Ai bisogni di un convivente sovviene anche la figura del legato di contratto, che permette al convivente superstite di beneficiare di una collocazione lavorativa presso l'onerato o di beneficiare di un contratto di locazione particolarmente vantaggioso e per una durata

⁽³¹⁾ Alcuni autori sostengono che il coniuge privato del diritto di abitazione possa esperire l'azione di riduzione (MENGONI successione per causa di morte, successione necessaria, in trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo continuato da Luigi Mengoni) mentre altri sostengono l'esperibilità dell'azione di rivendica, V. per tutti AZZARITI, *Le successione e le donazioni*, Napoli, 1990, 252.

⁽³²⁾ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, 677.

non indifferente ⁽³³⁾. Buona cosa sarebbe apporre alla disposizione testamentaria elementi accidentali quali il termine e la condizione, ad esempio in primo luogo il testatore può voler sottoporre la disposizione *mortis causa* alla condizione risolutiva che il proprio convivente non contragga matrimonio o non istauri una nuova convivenza *more uxorio* nell'ottica dei negozi a favore del convivente utile risulta anche il contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) ⁽³⁴⁾, tra i vari schemi causali che il contratto in esame può assumere, si rivela particolarmente idoneo il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo, disciplinato dagli artt. 1920 e segg. c.c.. con tale contratto l'assicuratore si obbliga nei confronti del convivente stipulante a pagare in un'unica soluzione un capitale o una rendita alla morte di questi in favore del convivente superstite. Altri schemi causali che il contratto a favore di terzi può assumere nell'ambito delle pattuizioni in esame sono quelli della rendita vitalizia e del vitalizio alimentare o contratto di assistenza in questi casi, il promettente, cessionario del bene immobile o del capitale, si obbliga nei confronti dello stipulante, che cede, ad effettuare in corrispettivo della cessione, dopo la morte di costui, in favore del convivente, *more uxorio* di quest'ultimo, una prestazione periodica di danaro o a fornire i mezzi per il mantenimento correlati alle condizioni sociali del mantenuto.

Problemi sorgono anche, alla fine del rapporto, per l'attribuzione dei beni indivisi.

Allo stato attuale si deve constatare che quando ci si trovi in presenza di un bene acquistato dai partners durante la convivenza, in mancanza di prova scritta circa la natura di acquisto del bene, non si crea la presunzione di acquisto in comune ⁽³⁵⁾. Così è pure nella legislazione francese. In caso dello scioglimento della convivenza, il partner non intestatario nulla potrà rivendicare su tali beni, almeno che non provi che da parte sua ci sia stata una donazione o una interposizione fittizia di persona. E in caso di morte il convivente superstite non ha alcun diritto nella successione dell'altro. È controversa la questione relativa al diritto al risarcimento del danno in caso di decesso del convivente per opera di un terzo, per avervi diritto bisogna dimostrare che la convivenza si sia protratta per un periodo prolungato e che i legami siano ancora forti al momento del decesso ⁽³⁶⁾. Ma il contratto

⁽³³⁾ BONILINI, *Il mantenimento post mortem del coniuge e del convivente more uxorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 239 ss.

⁽³⁴⁾ PALAZZO, *I negozi trans mortem nell'ambito familiare*, in *nuovi quaderni di vita notarile*, n. 8, *I trasferimenti patrimoniali nella famiglia; aspetti civili e tributari*, Palermo 1988, 81.

⁽³⁵⁾ ALAGNA, *La famiglia di fatto al bivio: rilevanza di singole fattispecie, o riconoscimento generalizzato del fenomeno?* In *Giustizia civ.* 1982, 39.

⁽³⁶⁾ Fanno conforto a tale criterio gli art. 20 e 21 della disciplina sulla circolazione stradale l. 691 del 1992 il cui art. 20 recita "nel caso di lesioni mortali il risarci-

di affitto non può continuare con il superstite, come invece avviene in Francia⁽³⁷⁾.

mento del danno patrimoniale e morale compete anche al convivente della vittima che dimostra la sussistenza dei requisiti dell'unione e comunanza di vita, del mutuo affetto e della reciproca assistenza morale e materiale, per un periodo non inferiore a cinque anni, e il cui art. 21 che nel fissare il diritto al risarcimento del danno morale del coniuge non legalmente separato o dei figli o dei genitori conviventi con il danneggiato nel caso che costui abbia riportato lesioni comportanti gravissime alterazioni anatomiche, perdita dell'uso di organi o perdita di funzioni essenziali, estende tale diritto anche al convivente di fatto.

⁽³⁷⁾ In dottrina gli orientamenti sono contrastanti: sull'applicabilità del regime di comunione legale anche ai conviventi *more uxorio* cfr. BILFS, *La famiglia di fatto, profili patrimoniali*, in atti del convegno di Pontremoli, 27-29 maggio 1976; *La famiglia di fatto, tra libertà e coercizione giuridica, in persona e comunità familiare*, Contra OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991; Idem, *I contratti della crisi coniugale*, Milano 1999, 217ss.; *la convivenza fuor del matrimonio*, Padova, 1992, GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983; AUTORINO STANZIONE, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Diritto di famiglia*, Torino 1997, 417 e ss. SANTILLI, *Note critiche in tema di famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1980, II, 843, in senso contrario alla estensione analogica, JEMOLO, *La cosiddetta famiglia di fatto*, Raccolte di scritti in onore di Rosario Nicolò, Milano, 1982, 56 e ss; TRABUCCHI, *Pas par cete voie*, in *Riv. dir. civ.* 1981, I, 329, A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, BESSONE, *Favor Matrimoni e regime del convivere*, nel commentario del Codice civile; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, il regime patrimoniale della famiglia*, nel commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1983, 21; GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, MILANO, 1983, 123. È opportuno ricordare inoltre anche il pensiero della Chiesa cattolica secondo il quale "La famiglia costituisce, più ancora di un mero nucleo giuridico, sociale ed economico, una comunità di amore e di solidarietà che è in modo unico adatta ad insegnare e a trasmettere valori culturali, etici, sociali, spirituali e religiosi, essenziali per lo sviluppo e il benessere dei propri membri e della società" ed ancora sempre secondo il medesimo pensiero cattolico "Il pretesto addotto da coloro che premono per il riconoscimento delle unioni di fatto (cioè la "non discriminazione"), comporta una vera discriminazione della famiglia matrimoniale, che sarebbe posta su un piano di uguaglianza con tutte le altre forme di convivenza, senza tenere assolutamente conto dell'esistenza o meno di un impegno di fedeltà reciproca e di generazione-educazione dei figli. La tendenza attuale di alcune comunità politiche a discriminare il matrimonio riconoscendo alle unioni di fatto uno statuto istituzionale simile o equivalente a quello del matrimonio e della famiglia o perfino equiparandolo, è un grave segno di deterioramento della coscienza morale sociale, di "pensiero debole" di fronte al bene comune, quando non si tratta di una vera e propria imposizione ideologica esercitata da gruppi di pressione influenti. Occorre tenere ben presente, nello stesso ordine di principi, la distinzione tra interesse pubblico e interesse privato. Nel primo caso, la società e i poteri pubblici hanno il dovere di proteggerlo e promuoverlo. Nel secondo caso, lo Stato deve limitarsi a garantire la libertà. Dove l'interesse è pubblico, interviene il diritto pubblico. E ciò che risponde a interessi privati, deve essere rimesso, al contrario, all'ambito privato del c.c., e precisamente della contrattualistica. Il matrimonio e la famiglia rivestono un interesse pubblico e sono il nucleo fondamentale della società e dello Stato; come tali, devono essere riconosciuti e protetti. A differenza

In questo contesto la Corte Costituzionale con sentenza 7 aprile 1988, n. 404⁽³⁸⁾, si è pronunciata dichiarando incostituzionale l'art. 6, 1° comma della legge 27 luglio 1978, n.° 392: “nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione in caso di morte del conduttore”, il

delle unioni di fatto, nel matrimonio si assumono pubblicamente e formalmente impegni e responsabilità di rilevanza per la società, esigibili nell'ambito giuridico. altri oppositori alla equiparazione seppur laici sono: PROSPERI, *A proposito di una recente monografia in tema di famiglia di fatto*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984, 206; Idem, *La famiglia di fatto tra libertà e coercizione giuridica in Persona e comunità familiare* in «Atti del convegno di Salerno 5-7 novembre 1982» a cura di Stanzone, Napoli 1985, 306. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1980, 747; FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Rivista di diritto civile*, 1977, I, 609 nella tutela creditizia alcuni autori hanno sostenuto per il caso di acquisti o operazioni implicanti assunzioni di obblighi, compiuti da uno dei conviventi nell'interesse della famiglia, la possibilità di ricorrere al concetto di solidarietà tra conviventi, o a una presunzione di tacito consenso tra conviventi, dell'uno nei confronti dell'altro, soprattutto ai fini della tutela dei terzi di buona fede che abbiano contratto con uno dei conviventi ritenendolo coniuge. Fa da corollario a tale esigenza la necessità di affermare la differenza normativa tra famiglia legittima e famiglia di fatto, con applicazione a quest'ultima del principio della separazione dei beni, ergo degli acquisti e degli obblighi singolarmente assunti. Rimane valido comunque il criterio secondo cui ogni convivente risponde per sé stesso, salvi patti contenenti obbligazioni a carico di entrambi. Resta fermo comunque il criterio secondo il quale, in virtù dell'apparenza, e/o della presunzione di comunione legale non può ripetersi, assolta l'obbligazione, quanto pagato nei confronti dell'altro titolare dell'obbligazione e perciò del debito. BILF, *La famiglia di fatto: profili patrimoniali, La famiglia di fatto*, atti del convegno nazionale di Pontremoli, 27-30 maggio 1976), Montereaggio, 1977, 90. Secondo l'autore appare evidente la impossibilità di trasferire *tout court* nell'ambito della famiglia di fatto il principio della comunione degli acquisti. Questi se effettuati singolarmente, resteranno attribuiti al loro autore, purché egli risulti formalmente tale, nonostante l'altro abbia messo nella realtà a disposizione in tutto o in parte a disposizione, in tutto o in parte le risorse, e per vincere tale presunzione occorrerebbe una dichiarazione contraria che risultasse per iscritto. FUNAROLI, *Sui rapporti patrimoniali della convivenza "more uxorio*, in *Rivista dir. Comm.* 1941. II, 213, di parere contrario, TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino 1963, 4.

⁽³⁸⁾ FIORELLA D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2003, 163 l'Autrice auspica una soluzione attraverso un intervento legislativo *ad hoc* che consenta la successione, fino alla naturale scadenza del contratto, del convivente tanto in caso di morte del convivente quanto in caso di morte del conduttore, quanto in caso di allontanamento di quest'ultimo dalla casa condotta in locazione, e nel contempo, sempre perché qui rivela la tutela di un bisogno primario della persona, preveda, nell'ipotesi che il partner deceduto sia proprietario dell'immobile e non vi siano legittimari, un diritto di uso all'abitazione limitato nel tempo (due o tre anni), a favore del convivente superstite, ovvero illimitato in mancanza di successibili fino al sesto grado. Proprio in considerazione di questa esigenza primaria sembra essersi indirizzato il legislatore, con un primo intervento quando nel particolare settore delle cooperative edilizie a proprietà indivisa, in una specifica disposizione ha

convivente *more uxorio*, nonché l'art. 6, 3° comma della predetta legge: *“nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione del conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale”* e se così si sia convenuto tra le parti.

5. Raffronto tra il nuovo disegno di legge e la disciplina vigente

In alcuni punti la previsione del ddl appare essere più restrittiva di quella vigente imponendo la presenza di figli(necessariamente conviventi anche se non obbligatoriamente di età minore), ovvero una durata minima della convivenza. Tale tutela non può che sollevare critiche, comportando una *reformatio in peius*, della vigente disciplina. Uno dei punti che ha sollevato più perplessità ha riguardato la possibilità per il convivente di prestare assistenza e visitare l'altro. Rileva invece semmai altra e diversa facoltà in capo al convivente poter conferire con personale medico o paramedico per assumere informazioni sulla salute del convivente degente, ovvero concorrere d'intesa con quest'ultimo, a scelte terapeutiche od organizzative (es. il momento delle dimissioni dalla struttura ospedaliera) l'art. 5 introduce poi importanti petizioni di principio: viene riconosciuta la possibilità di designare l'altro quale rappresentante per il compimento di rilevanti atti di contenuto non patrimoniale sia durante la vita, sia dopo il decesso, più specificamente la designazione può avvenire in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, al fine di concorrere alle decisioni in materia di salute nei limiti previsti dalle disposizioni vigenti, è evidente che la previsione fa riferimento alla tematica più generale sul testamento biologico, che attualmente nel nostro ordinamento è privo di riconoscimento giuridico, anche se non mancano proposte di una regolamentazione. Ci si chiede in altri termini se e a quali condizioni una persona possa disporre ora per allora sulla propria salute, nel caso in cui per malattia o infermità non sarà più in grado di manifestare un valido consenso informato, che deve di regola precedere ogni intervento medico: il problema, tra l'altro si ricollega alle vicende terminali della vita e di gravi problemi di bioetica che talora le caratterizzano: dal cosiddetto accanimento terapeutico al mantenimento forzato in vita, fino all'eutanasia. Sta di fatto che ad oggi le disposizioni vigenti cui fa riferimento il citato art. 5 del ddl non esistono, onde il richiamo

attribuito il diritto a sostituirsi al socio assegnatario defunto “ in mancanza del coniuge e dei figli minorenni” al convivente *more uxorio*, a condizione che la convivenza, documentata da apposita certificazione anagrafica”, risulti instaurata, alla data del decesso, da almeno due anni (art. 17, 2° e 3° comma della legge 17 febbraio 1992, n. 179). Propone tale soluzione anche Patti, in questa direzione si sono orientate diverse proposte di legge che prevedono la successione nel contratto di locazione sia per morte del partner sia per accordo tra i conviventi. V. per tutte la proposta di legge CAPIELLO.

si dimostra privo di contenuto, dovendosi l'intera problematica sviluppare *de iure condendo*. Allo stato attuale, l'altro potrà designare il convivente solo per quanto riguarda le donazioni di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie, sempre nei limiti della legge. Infatti la legge 1 aprile 1999, n.° 91 subordina la donazione di organi e tessuti ad una espressa manifestazione di volontà dell'interessato, oppure ad una mancata opposizione a fronte di una formale notifica, sollecitante una manifestazione di volontà: controversa appare la disposizione che prevede di designare quale rappresentante *post mortem* il convivente che debba provvedere ai riti funebri in questo caso è previsto un atto scritto ed autografo (quasi un testamento olografo, mentre in caso di impossibilità di redigerlo viene formato un processo verbale alla presenza di tre testimoni che lo sottoscrivono. Sembra che sia necessaria la forma pubblica con l'attestazione da parte di un notaio o di altro pubblico ufficiale. All'art. 6 viene opportunamente previsto il rilascio del permesso di soggiorno per convivenza in favore del cittadino straniero extracomunitario o apolide che ne sia privo, convivente con un cittadino italiano o comunitario, il secondo comma disciplina la fattispecie del cittadino, europeo che non abbia un autonomo diritto di soggiorno. V'è solo da sperare che una volta diventata legge tale previsione non venga usata strumentalmente per acquisire permesso o diritti di soggiorno in difetto di una effettiva convivenza tra le parti. Il primo comma dell'art. 9 del ddl dispone che la legge e i contratti collettivi prendano in considerazione la convivenza in caso di trasferimento ed assegnazione di sede dei dipendenti pubblici e privati al fine di agevolare la convivenza, il mantenimento della comune residenza; ciò peraltro a condizione che la convivenza stessa abbia almeno una durata triennale, il secondo comma introduce una peculiare forma di partecipazione all'impresa familiare per il convivente. Come è noto l'art. 230 bis c.c. individua un elenco tassativo dei partecipanti all'impresa familiare (coniuge, parenti, entro il quarto grado ed affini entro il secondo); parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto di parificare la posizione del convivente *more uxorio* a quella del coniuge⁽³⁹⁾. La norma in esame attribuisce al convivente una posizione singolare (e notevolmente discriminata) in seno all'impresa: egli infatti non può partecipare agli utili⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. ital*, 1992, I, 2, 428, ma la corte di Cassazione, è andata di contrario avviso v. per tutte Cass., 2 maggio 1994, n.° 2404, in *Foro Italiano*, 1995, I, 1936.

⁽⁴⁰⁾ La rilevanza del lavoro domestico all'interno della famiglia di fatto è stato valutato con un primo d.d.l. n. 1647 presentato il 9 ottobre 1987, dagli onorevoli Calvanese ed altri, e recante il titolo "Nuove norme in materia di diritto di famiglia": L'art. 13 (Patrimonio della famiglia di fatto), disponeva che i conviventi possono rivolgersi al Giudice per chiedere la divisione della quota spettante a ciascuno del patrimonio costituito durante la convivenza. Il Giudice valutava al di là della titolarità dei beni, l'apporto del lavoro professionale o domestico apportato da ciascuno dei conviventi ai sensi degli artt. 177 178 e 2179 c.c. e procedeva alla divisione

6. Estensione dell'istituto dell'adozione a coppie di fatto anche omosessuali

Il percorso legislativo così iniziato che vede una progressiva estensione di diritti alle coppie di fatto può finire con la possibilità di adottare bambini in seno a coppie conviventi etero o omosessuali come già sta accadendo in diversi Stati.

del patrimonio ai sensi dell'art. 194, Una pronuncia storica è stata quella della Corte di Cassazione dell'8 febbraio 1977, n. 556 in cui i giudici accolgono e addirittura superano le enunciazioni della dottrina più avanzata osservando che la questione non può essere risolta se non nel quadro e nella visione prospettica del fenomeno sociale della cosiddetta famiglia di fatto, la Corte passa ad esaminare i caratteri e la funzione della famiglia di fatto, che si afferma costituita dalla convivenza di due persone e dai figli da essa procreati qualificata e caratterizzata dai caratteri tipici e sostanziali del rapporto matrimoniale, secondo la Corte la famiglia di fatto sembra avere acquistato piena rilevanza giuridica; puntuali in tal senso i riferimenti all'art. 317 bis codice civile che ha assunto per la prima volta la convivenza *more uxorio* a base di un rapporto giuridico avente un contenuto preciso personale e patrimoniale, nonché all'art. 2 Cost., configurandosi, l'unione di fatto come formazione sociale con funzioni di gratificazione affettiva e solidarietà sociale, luogo di arricchimento e sviluppo della personalità dei suoi componenti, analogamente a quanto avviene nell'ambito della famiglia legittima. Altra svolta importante è stata segnata dalla Corte Costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 384 e 307 c.p. sotto il profilo della mancata previsione del convivente *more uxorio* tra i prossimi congiunti, pur negando l'ammissibilità della questione deferita, la Corte ha riconosciuto come il problema della tutela della famiglia di fatto viene ad assumere ben altra rilevanza se posto in relazione all'art. 2 Cost., statuendo: un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante, quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle intrinseche manifestazioni solidaristiche. La pronuncia ha potuto, così, evidenziare la necessità di una tutela non solo dei figli nati fuori dal matrimonio, ma anche della posizione dei conviventi, in quanto soggetti che hanno dato vita ad un rapporto coniugale di fatto. Con questa sentenza di sicuro si è avanzati di un significativo passo verso il riconoscimento delle famiglie di fatto; su tale tema PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, 287 e ss. Anche nell'ordinamento penitenziario vi è una normativa che tutela la famiglia di fatto come la famiglia legittima per certi aspetti, agli artt. 29 e 30 si dispone che il detenuto deve migliorare i rapporti con la propria famiglia considerata senza aggettivi, e dall'altro, statuendo la possibilità di permessi al detenuto in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente. Sebbene l'interesse da tutelare, fosse quello di evitare conflitti di interessi tra sentimento familiare e obbligo di testimoniare, come pure ha fatto l'innovato art. 595 del c.p.p. che in tema di provvedimenti inerenti alla grazia dispone che la relativa domanda può essere sottoscritta anche dal convivente che da un prossimo congiunto, la posizione del coniuge e del convivente, secondo autorevole dottrina, non potevano essere equiparate: PALAZZANI, *La famiglia di fatto è giustificabile giuridicamente?* in *Iustitia*, 1999. Comunque la stessa Corte Cost. affermava però nel 1980, a proposito della successione nel contratto di locazione, che non sussisteva nella

Per gli esseri più indifesi della società, i bambini, si potrebbe avere uno sconvolgimento grave di parametri di riferimento importanti per la loro

fattispecie, violazione del principio di uguaglianza, in quanto il rapporto del convivente *more uxorio* con il conduttore defunto è nettamente diverso da quello del coniuge e degli altri soggetti indicati in modo tassativo dalle norme impugnate, Corte costituzionale, 14 aprile 1980, n. 45 in *Foro italiano*, 1980, I, 1564; TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, 1; *Id.*, *Una legislazione per la famiglia di fatto*; QUADRI, *La famiglia di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 1999, 5, 502; D'ANGELI, *la famiglia di fatto*, Milano, 1989, 1977; l'art. 2 della legge n. 485 del 1981 sul consultorio familiare è istituita per la risoluzione dei problemi della coppia; l'art. 5 della l. n. 194 del 1978 prevede l'eventuale partecipazione della persona indicata come padre del concepito alla procedura di interruzione della gravidanza. BUSNELLI e SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1993, 772, ss.; ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto*, *Evoluzione e prospettive*, in *Dir. Fam. e Pers.* 1999, 1462; STELLA RICTHER, *Aspetti civilistici del concubinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 1123; DE CUPIS, *Il concubinato nel diritto privato*, in *foro padano*, 1961, 3.

Segnali di apertura alla famiglia di fatto vengono anche da seppur non recentissime sentenze della Corte costituzionale, 16 dicembre 1968, n. 126 in *foro italiano*, 1969, I, 109, Corte Cost., 13 maggio 1998, 166, in *Famiglia e diritto*, 1998, 205. Sulla scia di questa sentenza si è formata una corrente dottrinale secondo la quale il costituente, pur attribuendo alla famiglia matrimoniale l'idoneità a priori ad assolvere i compiti della comunità familiare di educazione della prole e crescita di ciascun membro, non ha escluso che un diverso modello di aggregazione possa assolvere alla stessa funzione. Tale orientamento ricolloca dunque in posizione di chiara apertura nei confronti della famiglia di fatto, senza giungere ad una equiparazione, invero inadeguata, con la famiglia matrimoniale: v. FERRANDO, *famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1977, 930, secondo il quale si ravvisa una tutela in positivo della famiglia di fatto e non in negativo altri dotti non sono dello stesso avviso: BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, 1992, 153; PAVONE, *La convivenza more uxorio nella dottrina*, ASPREA, *sulla famiglia di fatto, in Italia e in Europa*, Milano 2003.

Cass. pen., 1981, in *Cass. pen.* (massimario), 1982, 1333, ha dichiarato che la costituzione di una nuova famiglia, dopo l'abbandono della famiglia legittima, non esclude la configurabilità del reato quando l'obbligato faccia mancare i mezzi di sussistenza alla famiglia legittima, essendo il suo un obbligo primario; invece la Pretura di Roma, 1 aprile 1971, in *Temì romana*, 1971, 412, ha escluso il delitto per mancanza di dolo quando l'obbligato abbia sospeso i mezzi di sussistenza alla famiglia legittima, per provvedere a gravi ed urgenti necessità della famiglia di fatto. Altra estensione alla e della famiglia di fatto sono state operate dalla Cassazione che ha ritenuto che agli effetti del reato dell'art. 572 sono da ricomprendere anche i legami di puro fatto tra un uomo e una donna quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella del matrimonio. Secondo l'art. 570 c.p. l'obbligazione di mantenere il convivente è solo una obbligazione naturale per cui il delitto si perfeziona solo allorché venga a mancare il sostentamento agli aventi diritto la cui pretesa agli alimenti si fonda su di una prioritaria obbligazione imposta dalla legge, pena la sua responsabilità penale per il delitto, diverso quando vi siano dei figli, per i quali l'obbligo di mantenere i figli è un obbligo costituzionalmente garan-

crescita dal momento che si passa da una struttura della famiglia definita con nomi, immaginari e simbologie ad una famiglia pensata su misura degli adulti. Non bisogna dimenticare che il primo valore dei bambini è la famiglia, non l'amicizia o il successo, ma sicure figure di attaccamento quali sono: mamma, papà, zio, zia, fratello e sorella. ⁽⁴¹⁾ Si tratta di salvaguardare il bene dell'origine e dell'identità dei figli infatti, la dignità della persona umana, per essere tutelata fin dall'origine, esige che essa nasca e sia custodita da una unione intima, totale, e permanente dei genitori che non può non avere il suo culmine nello *status* di sposi uniti in matrimonio.

Tale origine è l'unica capace di salvaguardare realmente il principio di

tito. La giurisprudenza è ormai costante nel ritenere che agli effetti del reato de quo deve intendersi per famiglia anche il legame di puro fatto stabilito tra un uomo e una donna quando risulti da una comunanza di vita e di affetti analoga a quella che si ha nel matrimonio e quindi ogni consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà affini a quelli della famiglia legittima. In tale concetto così esteso di famiglia si è ritenuto rientri anche il convivente *more uxorio*, non avendo alcuna rilevanza che siano cessati anche i rapporti sessuali.

Importanti modifiche sono al vaglio anche all'ordinamento penitenziario. Per garantire l'unità familiare senza discriminazione e la tutela degli affetti, è stata avanzata una proposta di legge, la n. 528 del 2006, intitolata "Misure a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori". La tutela della maternità e dell'infanzia è un principio riconosciuto, non solo nella nostra Costituzione, all'art. 31, ma affermato anche da disposizioni di trattati internazionali, quali l'art. 8 e 12 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, 848; l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti politici e civili del 1966, ratificati e resi esecutivi dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881; l'art. 9 e 10 della convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo ratificata e resa esecutiva dalla legge 27 maggio 1991, n. 176.

Un punto fondamentale di tale progetto riguarda la modifica dell'art. 275 4° comma, del codice di procedura penale, con la previsione del divieto della custodia cautelare in carcere quando imputati siano donna incinta o madre di bimbi di età inferiore a tre anni con lei conviventi, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Per garantire l'unità familiare e quindi anche alle famiglie di fatto anche agli stranieri, è inserita al comma 1° dell'art. 30 del D. legislativo 25 luglio 1998, dopo la lettera "d" la lettera "e", a norma della quale "al figlio minore della madre straniera ovvero del padre, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre, nei casi in cui nei confronti della stessa sia stata disposta una misura cautelare e/o debba espriare una pena detentiva, per potersi garantire l'unità familiare, il permesso di soggiorno è rilasciato della durata della misura cautelare e/o detentiva e/o alternativa Sempre sotto tale profilo, all'art. 7 dello stesso progetto di riforma si propone, infine, che "La presente legge si applica anche alle madri straniere i cui figli sono nel paese di origine, per i quali si dispone, in ossequio al principio dell'unità familiare un permesso di soggiorno.

⁽⁴¹⁾ Come vengono chiamati dal quotidiano francese cattolico *la Croix*.

identità dei figli, non soltanto dal punto di vista genetico o biologico, ma anche da quello biografico o storico la continuità ininterrotta tra coniugalità, maternità/paternità, e parentela (filiazione, fratellanza, ecc.), evita alla società molti e gravi problemi che sorgono quando si rompe la concatenazione dei diversi componenti e ciascuno di essi viene ad agire indipendentemente dagli altri. D'altra parte, il matrimonio costituisce l'ambito umano e umanizzante più propizio ad accogliere i figli quello che più facilmente garantisce una sicurezza affettiva, una maggiore unità e continuità nel processo di integrazione sociale e di educazione. Infatti tutti sanno che è meno arduo diventare persone muovendo dalla famiglia nucleare tradizionale con i suoi affetti di quanto possa essere muovendo da famiglie senza radici e origini, generate dalla pura volontà degli interessi a volte egoistici come accade oggi. In situazione di precaria completezza degli affetti e delle persone delegate alla educazione dei figli questi possono subire conseguenze che influenzeranno in negativo tutta la loro esistenza⁽⁴²⁾. Più volte il clero ha ribadito che "l'unione tra madre e concepito e l'insostituibile funzione del padre richiedono che il figlio sia accolto in una famiglia che gli garantisca, per quanto possibile, la presenza di entrambi i genitori"⁽⁴³⁾. Anche la moderna psicologia infantile nel cercare di dare ai figli gli strumenti migliori di crescita e sicurezza dai quali dipenderà tutto il loro futuro ha individuato nella famiglia il luogo privilegiato dove si costruiscono gli affetti, cioè il luogo privilegiato dove si trova il nutrimento emotivo e il patrimonio di sicurezza senza i quali il bambino sarà in futuro impreparato alle sfide della vita. Pur se attraverso i dico una coppia Gay può dispensare tanto amore, rimangono i punti fermi della necessità del bambino di avere come riferimento un uomo e una donna, i processi di identificazione e differenziazione nella crescita si verificano solo quando nello stesso tetto ci sono una radice psicologica affondata nel femminile e una nel maschile⁽⁴⁴⁾. Se la legge aprirà ad altri diritti quali l'adozione, l'affidamento e alla fecondazione assistita anche per le coppie conviventi omosessuali, ci sarà per questa futura generazione un albero genealogico valido? Un senso di appartenenza, la stirpe, o si deve buttare tutto il bagaglio genetico ereditario non patrimoniale. Tenuto conto che questo invece sia sempre un valido aiuto nella costituzione del carattere e delle scelte? Non da ultimo è da considerare che maschio e femmina dal loro incontro scontro producono una reazione sia all'interno che all'esterno della coppia stessa, che non può scaturire dalla relazione tra due maschi e due femmine: è come cercare di voler far scaturire per forza energia elettrica

⁽⁴²⁾ NORBERTO GALLI, *L'educazione dei giovani alla famiglia aperta*, in *La Famiglia crocevia della tensione fra pubblico e privato*, in pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 1979, 196.

⁽⁴³⁾ Giovanni Paolo II, *Gratissimam sane* (Lettera alle Famiglie), nn. 9-11.

⁽⁴⁴⁾ MARIA RITA PARISI, in quotidiano *l'Avvenire*, 27 febbraio 2007, 9

da due poli positivi, se non si contrasta il negativo con il positivo questa non verrà mai ottenuta ⁽⁴⁵⁾.

7. Unioni di fatto e Chiesa Cattolica

Con il disegno di legge n. S1339 Bindi-Pollastrini si è voluto segnare una via italiana alla regolamentazione delle convivenze senza copiare legislazioni di altri paesi, ma tenendo fede alla nostra Costituzione e salvaguardando i diritti delle persone, specialmente le più deboli nella convivenza fuori dal matrimonio. Si è creata una proposta di legge che sembra una versione addolcita dei *pacs* francesi. Di fronte a questa nuova prospettiva la Chiesa Cattolica ha preso posizione anche nei vari media affermando che la famiglia è patrimonio dell'intera società e che la Chiesa ha il diritto di alzare la voce per difendere l'uomo, quella creatura che proprio nell'unità inseparabile di corpo e anima, è l'immagine di Dio, ⁽⁴⁶⁾ e che sul matrimonio e sulla famiglia esiste una verità che la Chiesa non può tacere e che i credenti sono chiamati a preservare oltre che a vivere e testimoniare.

Le note eclatanti e pubbliche usate dalla Chiesa hanno attirato la critica di molti, i quali seppur d'accordo che la Chiesa porti avanti con vigore i propri insegnamenti, non lo sono perchè invece si adoperi affinché sia la legge civile a negare certi diritti a chi ha scelto di vivere fuori dagli insegnamenti della Chiesa ⁽⁴⁷⁾. Secondo questi la laicità dello Stato e soprattutto la sua liberalità consentono allo stesso di venire incontro e riconoscere i diritti dei suoi cittadini innanzitutto prima ancora che i diritti dei cristiani. Infatti è stata dichiarato infondata l'affermazione secondo la quale l'art. 29 Cost.

⁽⁴⁵⁾ Quotidiano Avvenire, 11 febbraio 2007, pag. 9 Come si è espresso l'arcivescovo Sepe, le convivenze sono una specie di matrimonio "apezzottato", ove il falsario, non può dare nessuna delle garanzie che si ottengono con l'originale. È di nuovo entra il problema della relativizzazione della differenza dei sessi, diventa uguale mettersi insieme per due donne e due uomini anziché con il sesso opposto. C'è in questo un deprezzamento della corporeità, da cui consegue che l'uomo, volendo emanciparsi dal suo corpo finisce per distruggere se stesso.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. GIACOBBE, *Vecchie e nuove problematiche in tema di famiglia di fatto*, in *Iustitia*, 1997 GAETANO VALLINI, in *L'osservatore romano* del 15 febbraio 2007.

⁽⁴⁷⁾ Sembra che la Chiesa voglia usare la legge come mezzo di coercizione e lo Stato come suo braccio secolare, per imporre la propria morale. Questa critica sembra giusta, soprattutto quando si sa che la Chiesa dovrebbe ricorrere, al fine di mantenere la società sulla retta via essenzialmente alle proprie capacità di ispirare le coscienze e orientare i comportamenti; senza adottare la tecnica di chiudere la stalla quando i buoi sono scappati, perché la sostanza della sua missione morale e religiosa dovrebbe consistere nel conquistare gli animi e attivare pratiche virtuose. Sembra invece per molti, che la Chiesa voglia riaffermare la sua volontà in quanto unica e buona impedendo che il compito della politica sia di farsi strumento, veicolo e garante di ogni situazione costituzionalmente rilevante.

porrebbe dei limiti al riconoscimento giuridico delle famiglie non tradizionali, o non fondate sul matrimonio. I giuristi costituzionalisti tra i quali figurano Stefano Rodotà e Gustavo Zagrebelski, affermano che la norma di riferimento (art. 29 della Cost.) non impone affatto di riconoscere come famiglia solo quella definita quale società naturale fondata sul matrimonio, impone invece alla Repubblica di riconoscere i diritti quale espressione dell'autonomia sociale. Infine sarebbe anticostituzionale una legge ordinaria che mirasse a disconoscere i diritti di tali famiglie e uno Stato che non prendesse incarica i nuovi fenomeni sociali commetterebbe una grave omissione⁽⁴⁸⁾. Anche secondo altri Costituzionalisti, nel prescrivere che la Repubblica riconosce la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 primo comma), la Costituzione non esclude il riconoscimento giuridico d'ogni altra formazione sociale, qualunque sia la causa associativa e il rapporto fra gli aderenti. Essa piuttosto garantisce alla famiglia un regime preferenziale conferisce alla stessa una sfera di autonomia rispetto al potere dello Stato privilegiata e diversa da quella garantita alle altre comunità intermedie, in ragione dell'infungibile funzione svolta nella società⁽⁴⁹⁾. Anche per questo

⁽⁴⁸⁾ GUIDO MERCOLINO, *I rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Dir. famiglia* 2004, 3-4, 917, secondo l'autore affermare che il riconoscimento della rilevanza giuridica della famiglia di fatto comporterebbe l'individuazione di un modello di rapporto familiare alternativo a quello della famiglia legittima, la cui compatibilità con l'ordinamento costituzionale sarebbe esclusa dal fatto che tale rapporto non trova fondamento nel matrimonio, significa voler attribuire alla scelta del Costituente un carattere esclusivo, che essa in realtà non sembra avere: l'art. 30 Cost., nell'assicurare ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, attribuisce certamente a quest'ultima una posizione di preminenza, che non sembra però incompatibile con la tutela della convivenza non fondata sul matrimonio, soprattutto quando i conviventi non siano legati ad altre persone da vincolo coniugale, o lo stesso sia stato sciolto, v. anche BARCELLONA, *Famiglia* (Dir. civ.) in *Enc. dir.*, Milano, 1967, secondo il quale la tutela della famiglia di fatto scaturirebbe dalla lettura dell'art. 29 in combinato con l'art. 2 della Costituzione, che prevede la tutela dell'individuo nelle formazioni sociali nelle quali svolge la sua personalità, il che consente di delineare la famiglia di fatto come società intermedia o formazione sociale meritevole di tutela. Se infatti l'ordinamento garantisce l'interesse essenziale della persona a realizzarsi nella famiglia, quale prima forma di convivenza umana, anche la famiglia di fatto rientra nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., dal momento che può essere idonea a favorire lo sviluppo e la crescita della persona. Questa è una tutela in negativo in quanto l'ordinamento non può ostacolare la formazione di queste spontanee agglomerazioni; vi è poi una tutela proposta in positivo ovvero si auspica che il legislatore ponga in essere delle leggi che salvaguardano la volontà di autoregolarsi ispirato ai principi di eguaglianza e parità di trattamento art. 3 e al principio personal – solidaristico art. 2 Cost.

⁽⁴⁹⁾ In un appello dei costituzionalisti tra i maggiori firmatari vi sono ANTONIO BALDASSARE, BENIAMINO CARAVITA, GIORGIO LOMBARDI, in un editoriale del 28 /2/2007 dell'Avvenire, p. 9; ALDO MORO diceva che la famiglia veniva tutelata come cellula

la Chiesa Cattolica vede nel riconoscimento delle famiglie di fatto un primo passo verso l'equiparazione alla famiglia legittima, denunciandone sia la mancanza di necessità che d'utilità sociale ⁽⁵⁰⁾, secondo una nota del Pontefice si sta perdendo quella che una volta era una convinzione forte e sostanziosa cioè che la famiglia non è una delle tante scelte di vita, bensì una necessità e una risorsa: essa può essere stabile e garante solo secondo l'ordinamento divino. Tale famiglia è dotata di più sfaccettature: biologico, psicologica filosofica, giuridica e affettiva tutte concentrate in un'unica realtà umana molto articolata e complessa, basta che pensiamo al ruolo di coniuge, di marito e di moglie, al rapporto genitori e figli, al rapporto con gli affini, della coppia, i loro ascendenti, e a tutta una rete di relazioni familiari per cui detta comunità diventa centro di riferimento di situazioni giuridiche oggi invece si chiede allo Stato di farsi garante di certi beni e di trasformare in diritti quelli che sono interessi privati della persona che non rinunciano alla propria individualità seppur con legami di sincero affetto, dette decisioni

creatrice della vita sociale, in quanto capace di trasmettere al singolo il primo impulso al sentimento della solidarietà.

⁽⁵⁰⁾ Infatti secondo Quest'ultima, innanzitutto un 'uguaglianza di fronte alla legge deve rispettare il principio di giustizia, che esige che si tratti ciò che è uguale come uguale, e ciò che è diverso come diverso; cioè che ciascuno abbia ciò che gli è dovuto in giustizia. Questo principio di giustizia si infrangerebbe se si desse alle unioni di fatto un trattamento giuridico simile o equivalente a quello spettante alla famiglia fondata sul matrimonio. Se la famiglia matrimoniale e le unioni di fatto non sono simili né equivalenti nei loro doveri, funzioni e servizi alla società, non possono neanche essere simili né equivalenti nello status giuridico. Ma la posizione della chiesa vuole si vuole ancor più distanziare da tale progetto, ricordando anzitutto che "la famiglia costituisce, più ancora di un mero nucleo giuridico, sociale ed economico, una comunità di amore e di solidarietà che è in modo unico adatta ad insegnare e a trasmettere valori culturali, etici, sociali, spirituali e religiosi, essenziali per lo sviluppo e il benessere dei propri membri e della società": Infatti ci sono beni che si producono solo all'interno della famiglia basata non solo su di un patto duraturo e impegnativo fra un uomo e una donna; ma su tutto ciò che costituisce il background familiare, eredità culturale e genetico trasmessa e trasmissibile a volte senza parole. Da tutto questo bagaglio i figli ne possono trarre vantaggio per ciò che concernerà la loro educazione alla responsabilità, alla accoglienza, alla apertura verso l'esterno, alla reciprocità, qui si forma la radice stessa del legame sociale, debole, fragile che rischia di essere reciso.

Non solo, ma la persona inserita in un contesto di convivenza, rischia di dover affrontare, secondo la dottrina della Chiesa, anche un grave ostacolo di riconoscimento della propria personalità soprattutto con il graduale riconoscimento delle coppie anche omosessuali e con la previsione del loro matrimonio, viene annullata una delle cause primarie della nullità del matrimonio stesso, cioè l'identità di sesso, con la conseguente perdita della sicurezza che derivano dall'appartenere e vivere degnamente e pienamente una delle due identità, valorizzando e apprezzando le differenze con l'altra. A questo principio di identità e di differenza di sesso non è venuto meno nemmeno la Corte di giustizia Europea che con sentenza del 27 aprile

non impegnano completamente le persone, ma compiono una operazione che mira all'ottenimento di tutte le garanzie del diritto senza alcun impegno attraverso il diritto. Infatti per la costituzione di una convivenza non è necessario alcun atto formale come pure per il suo scioglimento⁽⁵¹⁾. Anche se si provvedesse al loro riconoscimento non per certo le coppie così denotate dalla individualità vi ricorrerebbero e allora che risultato si avrebbe? L'iscrizione anagrafica di certo non rappresenta il modo di assumersi le responsabilità di una situazione che sempre si presenta serissima, fonte di problemi di tutto rispetto. Sorge quindi una domanda la natura giuridica della famiglia di fatto come si pone di fronte al suo riconoscimento giuridico considerato che la famiglia di fatto non vuole e vuole apparire come un essere e come un non essere e quale aggettivo allora può qualificarla? Se ogni cosa ha un nome e se la famiglia che con quell'aggettivo naturale fornisce la chiave scientifica di lettura che le generazioni ricordano fin dalla storia dell'uomo, la nuova parola da usare per le unioni civili quale potrebbe essere nell'immaginario collettivo?

La Chiesa attraverso, un discorso del Papa, ⁽⁵²⁾ prende posizione in proposito affermando che nessuna legge può sovvertire la norma del creatore e che cercando il compromesso con leggi in netto contrasto con il diritto naturale si rischia di rendere precario il futuro della società, infatti, secondo il Pontefice: “vi sono norme che precedono qualsiasi legge umana e che non ammettono interventi in deroga da parte di nessuno, perché nessuna legge umana può sovvertire una norma fatta dal Creatore”. La natura, infatti vince sempre, e riemerge anche quando è repressa oppure offuscata da leggi umane.

Molti obiettori delle tesi della Chiesa hanno asserito che Essa per il suo ruolo non dovrebbe neanche esprimersi in quanto privilegia una nozio-

2006 n.C-423/04 in *Famiglia e diritto*, 2/2007, 113. ha stabilito che un individuo di sesso maschile benché avesse cambiato sesso, in virtù di operazione chirurgica, non poteva essere considerato di sesso femminile ai fini della attribuzione della pensione sociale che avrebbe goduto all'età di 65 anni e non a 60 come sperato.

⁽⁵¹⁾ La Chiesa d'altro canto chiede che certi privilegi siano realizzarli e riconosciuti solo all'interno della famiglia che, se pur sostenuta con la forza dell'amore e della fede nei principi secolari, chiede che siano riconosciuti anche con la legge: questa visione della famiglia è ben espressa dall'editoriale di un quotidiano cattolico, che chiude l'articolo affermando che nella famiglia ogni componente può dire con le parole dei *blu brothers*: “siamo in missione per conto di Dio, così Francesco Belletti, direttore del Centro Internazionale Studi Famiglia, in *Avvenire* del 16 febbraio 2007. Secondo altri, il pensiero cattolico per quanto vero sia, ha valenza solo per gli uomini di buona volontà. Infatti sia le leggi del creatore che quelle civili sempre e da sempre hanno bisogno della collaborazione umana. In senso conforme anche il Vescovo di Firenze Ennio Antonelli ha dichiarato che “i dettati della chiesa non impongono ma propongono stili di vita rivolti soprattutto agli uomini di fede”.

⁽⁵²⁾ BENEDETTO XVI, lo ha ribadito in un discorso fatto il 12 febbraio 2007.

ne della famiglia conservatrice ed autoritaria che porta all'esclusione di ogni possibilità di soluzione del vincolo coniugale, proclamando la famiglia fondata sul matrimonio di qualità superiore a quella della famiglia di fatto. Si dimentica così che i *Patti Lateranensi* non consentono alla Chiesa di interferire negli affari politici, comunque non le impediscono di esprimere le sue idee infatti la posizione che i clerici assumono all'interno dell'Ordinamento Canonico non ha ripercussioni all'interno dello Stato italiano tali da limitare la sostanziale uguaglianza tra gli appartenenti allo Stato italiano e gli appartenenti alla Chiesa⁽⁵³⁾. Nel nostro ordinamento, inoltre, in base ad un principio di valenza costituzionale ogni confessione religiosa, e non soltanto la Chiesa Cattolica, può liberamente professare, in ogni forma espressiva e con ogni mezzo i propri convincimenti socio-religiosi e questi convincimenti possono ben investire anche il fenomeno delle convivenze⁽⁵⁴⁾. Tra i fautori dei matrimoni omosessuali v'è chi ha avuto l'ardire di sostenere che la presenza di unioni civili omosessuali da sempre sono state tollerate e che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia stato celebrato dalla Chiesa in più di qualche sporadica occasione⁽⁵⁵⁾.

8. Considerazioni conclusive

Nelle more per l'elaborazione del presente articolo, il presidente della commissione giustizia del Senato ha presentato ultimamente un progetto sulle unioni di fatto che non si chiama più *Dico* ma *Cus* (contratti di unioni sociali) tale tipo di contratto può essere stipulato a scelta dal Giudice di Pace o davanti a un notaio che, a fini di pubblicità, dovrà trasmetterlo entro

⁽⁵³⁾ GERARDO MORELLI *Gli ecclesiastici nel diritto italiano*, Milano, 1960, 111.

⁽⁵⁴⁾ FIORELLA D'ANGELI, *Il fenomeno della convivenza, quale tutela giuridica?*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, Milano, 2003; essere liberali, significa riconoscere a ciascuno la possibilità di dire non possumus, quindi anche a un vescovo, Editoriale dell'avvenire del 6 febbraio 2007.

⁽⁵⁵⁾ Così in un articolo del quotidiano *La Repubblica* del 7 febbraio Michela Bompani afferma che si sarebbe ratificato un matrimonio fra due omosessuali in chiesa, nel 1450; UMBERTO FOLENA ha subito chiarito sul quotidiano *Avvenire* di due giorni dopo, 9 febbraio 2007, che non di matrimonio si trattava, ma di un contratto fra due privati ove in cambio di mutua assistenza, si indicava l'altro come proprio erede al momento della propria morte. Un ricercatore John Boswell, nel suo libro *Homosexuality and religious life an historical approach*, in *homosexuality in the Priesthood and the religious*, Jeannine Gramik ediz., New York, 1989, 3, afferma che la Chiesa avrebbe celebrato matrimoni omosessuali. Si veda a tal proposito la sua monografia " *The marriage of likeness. Same sex-union in premodern europe*, Fontana press, London, 1995. Contra sia BAYLE in *homosexuality and western*, Cristian Tradition, Green, London, 1955, p. 70 che ESKIDGE, *A history of same sex marriage*, in 79 Va. L. rev., 1993, pag. 1419, 1435. Secondo i quali tali cerimonie erano riservate a dei missionari che ricevevano benedizione della Chiesa con rito ufficiale all'inizio della loro opera missionaria che spesso era svolta oltre Continente.

dieci giorni al Giudice di Pace. A differenza dei *Dico* i *Cus* vietano le unioni tra parenti ad esempio: nonno e nipote oppure tra fratelli e si presentano più impostati sui principi della contrattualistica. La disciplina della nuova proposta è inserita nel Codice Civile al primo libro e prevede l'applicazione delle norme in materia di contratti.

Possono ricorrere ai *Cus* persone anche di sesso uguale, purché libere di stato, non interdette, non legate da vincoli di parentela in linea retta o collaterale entro il secondo grado, o da vincoli di adozione, affiliazione, tutela, curatela o amministrazione di sostegno. Alcune differenze rispetto ai *Dico* riguardano la successione ereditaria, la quota spettante al convivente anziché un terzo, diventa un quarto se concorre con i figli dell'altro o con fratelli o sorelle o se concorre con entrambi. Inoltre in caso di scioglimento della convivenza, che può avvenire anche unilateralmente, non è previsto alcuno obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro convivente. Per quanto riguarda invece la successione nel contratto di locazione questa potrà avvenire soltanto in caso di morte di uno dei due conviventi.

Non bisogna sottovalutare che nell'ambito delle formazioni sociali, tuttavia, ciò che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce non sono i diritti del gruppo, ma quelli dell'individuo (anche se tale riconoscimento, non è riconducibile all'acquisizione di uno *status*), e l'essenza di tale protezione sta nella corrispondente pretesa dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, che la dottrina individua quale limite dei diritti spettanti ai membri della famiglia⁽⁵⁶⁾.

Il momento della crisi delle coppie rappresenta un problema certamente delicato specie per quanto riguarda le decisioni inerenti all'affidamento dei minori anche in una famiglia tradizionale⁽⁵⁷⁾. La rottura dell'unione

⁽⁵⁶⁾ Si è osservato che la preferenza accordata dalla Costituzione alla famiglia legittima trova giustificazione nel fatto che essa attribuisce uno *status*, in quanto determina una relazione giuridica non temporanea e non risolvibile a semplice volontà, distinguendo i suoi membri dagli estranei con una somma di diritti e di obblighi. Rispetto ad essa, la famiglia non fondata sul matrimonio si differenzia non soltanto per il fatto che, fondandosi unicamente sull'*affectio*, può sciogliersi in qualsiasi momento, ma anche perché determina tra i suoi membri una serie di rapporti individuali, non riconducibili ad unità, così MERCOLINO, *op. cit.*, Cfr. A. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 3 ss.

⁽⁵⁷⁾ OREFICE, *L'interesse morale e materiale della prole in caso di separazione personale dei coniugi*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1061; GALOPPONI, *Affidamento dei figli nella crisi coniugale e trasformazione dei ruoli genitoriali*, in *Dir. Fam.*, 1994, 725; SCIANCALEPRE, *Interesse del minore nella vis familiare*, in *Fam. dir.*, 2002, 611; GIACOBBE-FREZZA, *Affidamento esclusivo, congiunto e alternato*, in *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, 1317; PARCA, *La sorte dei figli in I separati. Inchiesta sul matrimonio in Italia*, Milano, 1969, 73; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 1977, 345 l'autore in proposito afferma che "L'assegnazione della prole ad uno dei genitori determina immancabilmente le reazioni dell'altro, per cui non appena il presidente ha deciso provvisoriamente su ciò subito insorgono i primi contrasti".

coniugale, infatti, determina crisi emotive difficilmente gestibili ed è proprio in questo momento che l'ordinamento è chiamato a svolgere un'azione di tutela partendo dal presupposto che i figli devono restare al di sopra di ogni interesse ⁽⁵⁸⁾. Interesse che viene fortemente compromesso quando questi possono formarsi e vivere tra "genitori" dello stesso sesso rischiando di perdere l'identità del proprio sesso e anche del proprio ruolo ⁽⁵⁹⁾. Occorre tenere ben presente, la distinzione tra interesse pubblico e interesse privato. Nel primo caso la società e i poteri pubblici hanno il dovere di proteggerlo e promuoverlo, nel secondo caso lo Stato deve limitarsi a garantire la libertà. Dove l'interesse è pubblico, interviene il diritto pubblico, e ciò che risponde a interessi privati deve essere lasciato all'ambito privato. Il matrimonio e la famiglia rivestono un interesse pubblico e sono il nucleo fondamentale della società e dello Stato; come tali, devono essere riconosciuti e protetti. Due o più persone possono decidere di vivere insieme, con o senza relazione sessuale, però questa convivenza o coabitazione non riveste per questo interesse pubblico e i poteri pubblici possono evitare di intromettersi in questa scelta, che ha carattere privato. Le unioni di fatto sono la conseguenza di comportamenti privati e su questo piano privato dovrebbero restare. Il loro riconoscimento pubblico o la loro equiparazione al matrimonio, con la conseguente elevazione degli interessi privati al rango di interessi pubblici, sarebbero pregiudizievoli per la famiglia fondata sul matrimonio. Nel ma-

⁽⁵⁸⁾ DOGLIOTTI, *Codice della famiglia*, sub. Art.155 c.c., Milano, 1999; FIGONE - DOGLIOTTI - MEZZAGALANTE, *Codice dei minori*, sub. Art. 155 c.c., Torino, 1999; DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini - Cattaneo, I, Torino, 1997, 486; BESSONE - DOGLIOTTI - FERRANDO, *Giurisprudenza di diritto di famiglia, Casi e materiali*, I, *Matrimonio separazione e divorzio*, a cura di Bessone, Milano 2000; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, ed. V, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, 251 ss.; BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini - Cattaneo, I, Torino, 1997; DE FILIPPO - CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova; BARCHIESI, *I provvedimenti riguardanti i figli*, La famiglia, V, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2000, 247; FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1977, 284 ss. il quale precisa che "il momento della crisi del matrimonio ed il tipo di rimedi apprestati dall'ordinamento costituiscono forse il momento di evidenziazione maggiore del tipo di visione etica, sociale e giuridica della famiglia dominante nella società in un dato momento storico" inoltre la crisi del rapporto coniugale, da sempre "espressione di una intervenuta rottura del legame spirituale che lega due persone" si manifesta nel tempo sempre con gli stessi caratteri ed "esige una risposta dall'ordinamento giuridico, e attraverso esso, dalla società, ed impone quindi che l'ordinamento risolva il conflitto tra due valori che, nella crisi, si prospettano come inconciliabili" da una parte infatti abbiamo il valore della famiglia, fondata sul matrimonio, dall'altro abbiamo il valore della persona, fondato sulla libertà.

⁽⁵⁹⁾ Dichiarazione del Consiglio Permanente della Conferenza Episcopale Francese, a proposito della proposta di legge di "patto civile di solidarietà", 17 settembre 1998.

trimonio, l'uomo e la donna costituiscono tra di loro un'alleanza di tutta la vita, ordinata, per sua stessa natura, al bene dei coniugi, alla generazione e all'educazione della prole. A differenza delle unioni di fatto, nel matrimonio si assumono pubblicamente e formalmente impegni e responsabilità di rilevanza per la società, esigibili nell'ambito giuridico. Quando la Costituzione dichiara che la famiglia naturale fondata sul matrimonio, l'ordinamento rileva un interesse alla salvaguardia della naturale fruttificazione della famiglia ovvero i figli, mentre quando pure si vuole salvaguardare all'art. 2 la persona nelle sue aggregazioni sociali, si salvaguarda l'interesse privato del singolo, per cui l'affetto che due conviventi possono maturare nello stare insieme è un interesse che attiene alla loro sfera privata e non può e non deve interessarsene lo Stato. Perciò l'ordinamento rivolge la sua tutela nella sua duplice veste al singolo e alla famiglia, ma è la famiglia fondata sul matrimonio con prole che costituisce un interesse pubblico e rappresenta un bene primario dello Stato. Diversamente quando si tratta la discriminazione degli omosessuali e questa discriminazione riguarda le coppie omosessuali, un conto è non discriminarle, un altro è permettere ad esse di avere uguali riconoscimenti, con le coppie legittime ⁽⁶⁰⁾.

GIUSEPPE CAROZZA
MONICA CAPPELLI

⁽⁶⁰⁾ In Francia il Codice Penale nelle sue formulazioni del 1791 e del 1810 non condannava l'omosessualità (ma fino a poco prima erano continuati i roghi di piazza), mentre nell'Inghilterra di quel periodo le persone omosessuali venivano impiccate insieme agli assassini e nell'impero tedesco il paragrafo 175 del codice penale prevedeva l'omosessualità come reato. La legge 774 del 6 agosto 1942, siamo nel regime di Vichy, modifica l'art. 334 del c.p. e porta a ventuno anni l'età minima per esprimere il consenso ai rapporti omosessuali. Nel 1960 viene aggiunto all'art. unico della legge n. 60-773 del 30 luglio 1960 un comma che inserisce l'omosessualità fra i "flagelli sociali" contro cui il governo è autorizzato ad adottare misure. Nel 1981 la legge n. 81-736 del 4 agosto concede l'amnistia per gli oltraggi pubblici al pudore aggravati dall'omosessualità (art. 330, 2° comma, c.p.). È solo nel 1982 che vengono abrogate le ultime norme contro l'omosessualità.

OGGETTO E LIMITI DEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO. LINEE INTERPRETATIVE DELLA GIURISPRUDENZA UMBRA

I. *Premesse metodologiche*

Non c'è commento sulle recenti innovazioni legislative in materia concorsuale -prima fra tutte quella sul concordato preventivo- in cui non siano evocate le espressioni "privatizzazione" o "autonomia negoziale", quasi a sottolineare la netta cesura (nel senso, quindi, di vera e propria "riforma") rispetto al sistema previgente, permeato dai profili "super-individuali" degli interessi in gioco e dalla natura "eteronoma" della decisione (in cui il sindacato giudiziale si estendeva *tout court* alla convenienza del concordato).

In realtà, se è innegabile lo spostamento del baricentro delle procedure concorsuali dal momento pubblicistico (eterotutela) a quello privatistico (autotutela), tuttavia deve rifuggirsi da "*letture aprioristiche*" della riforma -come quella, semplicistica, per cui "*il nuovo concordato rappresenterebbe nulla di diverso da un contratto che si perfeziona col voto favorevole della maggioranza dei creditori, in quanto tale non più sindacabile dall'autorità giudiziaria*"- per assumere, invece, un approccio metodologico corretto, che non dia per presupposto proprio ciò che deve essere dimostrato ⁽¹⁾.

In questa prospettiva, l'indagine esegetica su natura e limiti del giudizio di omologazione del concordato preventivo deve valorizzare il momento logico-letterale e, soprattutto, sistematico della riforma rispetto a quello teleologico, specie laddove quest'ultimo risulti impropriamente condizionato da letture di natura "giornalistica" ed anche se esso appaia in qualche modo suffragato dalla relazione ministeriale di accompagnamento al testo normativo, certamente non vincolante; del resto, lo stesso legislatore che intenda imprimere alla legge il senso della propria effettiva intenzione è tenuto ad esplicitarla attraverso la c.d. "interpretazione autentica", ossia

⁽¹⁾ STEFANO AMBROSINI, *Il Fall.* n. 9/06, p. 1037.

un ulteriore atto di esercizio della funzione legislativa, posta la biunivoca non interscambiabilità di funzioni tra legislatore ed interprete ⁽²⁾.

II. *Premesse normative*

L'origine delle "disarmonie", "aporie", "discrasie", "lacune", "distonie", "incongruenze", variamente ed innumerevolmente rilevate, talora anche con spirito sarcastico, da tutti gli annotatori di una riforma mai tanto pubblicizzata e attesa quanto criticata, va verosimilmente rintracciata, per un verso, nell'abbandono del disegno di legge collegato al D.L. 14 marzo 2005 n. 35 (il n. 5736/C, approvato dalla Camera dei Deputati nella scorsa legislatura), che conteneva anche ulteriori disposizioni sul concordato preventivo, però ben più dettagliate e coordinate ³ e, per altro verso, nelle occasioni (a più riprese) perse dal legislatore -nonostante le tempestive segnalazioni dei primi commentatori- per apportare correzioni al testo originario, dapprima in sede di conversione del DL (convertito con modificazioni dall'art. 1 della Legge 14 maggio 2005 n. 80) e poi in sede di emanazione del D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 (lì, forse, per non infondati dubbi su un possibile eccesso di delega, posto che l'art. 2 comma 6 della L. 80/05 attribuiva al governo -oltre alla delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali- *generici poteri di coordinamento* con la -già riformata-disciplina del concordato preventivo).

In ogni caso, con un discutibile metodo di "inserto" di rilevanti modifiche all'impianto normativo del 1942 (a cominciare da istituti consolidati, quali il concordato preventivo e la revocatoria fallimentare), mediante la decretazione d'urgenza (metodo che ben andrebbe definito inusuale, se il più recente legislatore non vi avesse inopinatamente indugiato), si è dapprima prodotta la sostituzione di (soli 6 su 26) articoli -gli artt. 160, 161, 163, 177, 180 e 181 - (ex art. 2 lett. d,e,f,g,h,i DL 35/05, applicabile a tutte le procedure non ancora omologate ex art. 2 co. 2-bis DL 35/05) e poi, attraverso la legislazione delegata, degli articoli 164, 166, 167 e 169 (artt. 141, 142 e 143 D.Lgs. 5/06), oltre alla modifica della rubrica del capo V ("*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti*"), all'introduzione degli artt. 182-bis e 182-ter

⁽²⁾ Proprio di recente le SS.UU. della Cassazione (n. 25506/06) hanno stigmatizzato, in materia tributaria, l'"abuso" di questo tipo di "interpretazione", che interferirebbe, svilendola, con la funzione nomofilattica della Cassazione, evidenziando che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 229/99, avrebbe verificato la legittimità della retroattività dell'interpretazione autentica senza indagare anche sui limiti di legittimità della stessa.

⁽³⁾ Si veda, ad esempio, il testo dell'art. 183, in tema di reclamo del decreto di omologazione alla corte d'appello e ricorso per cassazione avverso il decreto di quest'ultima, puntualmente riportato da MASSIMO FABIANI, *Il Fall.* n. 9/06, p. 1085.

ed agli effetti indiretti collegati alla ridefinizione dei requisiti soggettivi di cui all'art. 1 (come modificato dall'art. 1 del D. Lgs. 5/06).

Infine, con l'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 (c.d. decreto "milleproroghe"), è stato aggiunto nell'art. 160 un comma 2, per precisare - in modo forse troppo semplicisticamente risolutore dell'acceso dibattito dottrinario scaturitone- che "*ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Da ultimo, come anticipato, con l'art. 1 co. 3 della legge 12 luglio 2006 n. 228, che ha introdotto il comma 5-bis nell'art. 2 della L. n. 80/05, al legislatore delegato sono stati attribuiti generici poteri di coordinamento delle norme in materia di concordato preventivo (perdendosi così l'ennesima occasione, stavolta inescusabilmente, per porre mano alla ormai conclamata necessità di modifiche sistematiche).

III. Osservazioni generali

Non può sottacersi che il risultato complessivo dell'operazione normativa, partorita nel contesto programmatico di un rilancio della "*competitività*" delle aziende e, quindi, dell'intera economia nazionale, non può certo definirsi "*lusinghiero*"⁽⁴⁾.

In effetti, al di là delle enunciazioni trionfistiche e quasi "taumaturgiche" che l'hanno pubblicizzata, la riforma non sembra avere né creato un nuovo sistema capace di perseguire il recupero dei valori aziendali nelle situazioni di crisi imprenditoriale⁽⁵⁾, né fornito effettiva tutela al ceto creditorio, al tempo stesso manifestando scarso "coraggio" in alcuni passaggi più o meno significativi della riforma (si pensi al nodo, tuttora irrisolto, del pagamento integrale dei crediti privilegiati, ovvero all'anacronistico mantenimento di un deposito per spese di giustizia sanzionato con la massima misura del fallimento, attraverso l'improvvido richiamo, però, ad un comma dell'art. 173 - il "quarto" - frattanto abrogato).

È stata insomma delusa l'aspettativa di un globale ripensamento delle procedure concorsuali, idoneo ad anticipare significativamente la soglia di emersione della crisi, attraverso adeguati sistemi di prevenzione e di allerta; a tal fine sarebbe stata forse necessaria una più approfondita meditazione su alcune virtuose esperienze straniere, anche al fine di evitare una mera trasposizione di istituti altrove inseriti in tutt'altro contesto normativo ed economico o, comunque, per meglio valutarne la compatibilità coi principi del nostro ordinamento giuridico.

⁽⁴⁾ L'elegante espressione è di GIOVANNI LO CASCIO, *Il Fall.*, n. 9/06, p. 999, il quale al riguardo fa ipostaticamente riferimento a "finalità di vetrina" della riforma.

⁽⁵⁾ Come acutamente osserva LUCIANO PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, *Il Fall.*, n. 9/06, p.1009, la prosecuzione dell'attività non figura tra i requisiti di ammissibilità del concordato preventivo.

In ogni caso, l'impressione che "brutalmente" se ne ricava, è quella di un intervento che finisce sostanzialmente per giovare agli imprenditori più (eufemisticamente) "disinvolti" ed ai creditori più (semplificatoriamente) "forti", ad evidente detrimento sia degli imprenditori più "onesti" -che in questo nuovo sistema non trovano alcun incentivo a sacrificare, in nome di un'etica dell'economia, i loro interessi personali- sia dei creditori più "piccoli", che pure, secondo gli studi che fotografano il sistema economico nazionale, sembrerebbero rappresentarne l'ossatura o, quantomeno, la maggioranza (naturalmente numerica: la *boutade* è d'obbligo, visto lo stravolgimento del pregresso sistema delle maggioranze, bilanciato tra "creditori" e "credito", in chiave di prevalenza di quest'ultimo rispetto ai primi).

Inoltre, a fronte di un'elencazione quasi "tassonomica" dei possibili modelli di concordato (che nell'enunciazione dell'art. 160 arrivano a lambire le più evolute forme di attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o strumenti finanziari), nella prassi continua -più modestamente- a registrarsi la prevalenza del classico modello liquidatorio, secondo l'inveterata *cessio bonorum*, con buona pace del tanto sbandierato obiettivo di recupero dei valori aziendali (occupazione compresa).

Si è anche osservato che l'assimilazione della procedura di concordato preventivo a quella di fallimento - sotto il profilo del presupposto dell'insolvenza - soffrirebbe del difetto di legittimazione attiva dei creditori (con possibili dubbi di incostituzionalità), mentre la valorizzazione del concetto di crisi - in chiave anticipatoria dell'insolvenza - richiederebbe, come obiettivo primario, il recupero dell'impresa e, come obiettivo concorrente o secondario, l'assicurazione ai creditori di un trattamento più favorevole rispetto all'opzione fallimentare.⁽⁶⁾

Se così non fosse, infatti, la pesante compressione dei diritti soggettivi di credito risulterebbe del tutto ingiustificata, in mancanza di interessi prevalenti da tutelare e tanto più per la totale oblitterazione del presupposto di meritevolezza dell'imprenditore interessato al beneficio esdebitatorio; non può sfuggire, infatti, che l'istituto dell'esdebitazione è stato introdotto anche nei fallimenti "di nuova generazione", a beneficio dei soli imprenditori individuali che -si sottolinea- non abbiano posto in essere condotte penalmente rilevanti; condizione, questa, cui non sono stati invece sottoposti gli imprenditori, sia individuali che collettivi, che -pur se in stato d'insolvenza- richiedano l'ammissione al concordato preventivo (presupposti ed effetti ancora diversi valgono, poi, nel concordato fallimentare).

Sembra dunque che, nel nuovo sistema, l'imprenditore-debitore disponga di una non bilanciata discrezionalità di porre fine al proprio dissesto in modo alternativo alla liquidazione fallimentare (dalla quale peraltro non sempre derivano effetti deteriori) e, soprattutto, che non siano state

⁽⁶⁾ In termini, Lo Cascio, *op. loc. cit.*

doverosamente incentivate condotte imprenditoriali moralmente e professionalmente corrette (come, appunto, con l'esdebitazione del nuovo rito fallimentare), così trascurandosi, con grave miopia, che "è anche la selezione di persone idonee e meritevoli che può contribuire alla formazione" di una classe imprenditoriale affidabile, "con cui riavviare le attività produttive" ⁽⁷⁾.

Altrettanto miope -in questa prospettiva più economica che giuridica- appare una visione "unilateralistica" della tutela dell'attività d'impresa, quasi che non fossero imprenditori anche gran parte dei creditori, i cui interessi vengono sacrificati in nome di quello del debitore; non si comprende, infatti, che senso abbia il "salvataggio" (tanto più perché troppo spesso in chiave meramente liquidatoria) di un imprenditore, nemmeno "meritevole", se questo significa il pesante sacrificio (senza nemmeno l'ultima "Thule" della soglia del 40%) di imprese altrettanto -e anzi più- meritevoli di tutela, perché più "virtuose" e produttive di benefici effetti nel sistema economico.

Esse anzi, laddove piccole imprese o imprese artigiane, finiscono per risultare doppiamente pregiudicate, per non essere a loro volta ammissibili ai benefici (ora ancor più appetibili) del concordato preventivo, secondo l'unanime interpretazione dei presupposti soggettivi dell'istituto, fondata sul chiaro disposto normativo (art. 1).

Né il bilanciamento dell'essenziazione dal fallimento appare pienamente ripristinatorio, posto che le stesse restano comunque soggette -per l'intera esposizione debitoria e senza limiti di tempo (con evidente compromissione delle capacità di ripresa, magari dopo una semplice crisi non precipitata in definitivo dissesto)- alle iniziative esecutive individuali, spesso ancor più afflittive per la eccessiva durata (cui la recente riforma del processo esecutivo non sembra aver punto apportato rimedio) e destinate, comunque, a risolversi nella dispersione dei mezzi organizzativi del processo produttivo.

Peraltro, la clamorosa introduzione del beneficio dell'esdebitazione in sede fallimentare (sostanzialmente a fronte di una condotta immune da censure penalistiche e processualmente collaborativa), unitamente alla contestuale eliminazione degli effetti "infamanti" (o comunque limitativi di diritti costituzionalmente garantiti) della dichiarazione di fallimento, potrebbero paradossalmente indurre i piccoli imprenditori "onesti" a nascondere le proprie caratteristiche dimensionali, per non privarsi di un beneficio economico ed imprenditoriale di così grande portata.

Al tempo stesso, l'eliminazione del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese dischiude la procedura concordataria alle imprese irregolari o di fatto, con conseguente sacrificio dei principi di trasparenza e pubblicità propri di un sistema imprenditoriale "sano".

A chiusura di questa digressione sul tema generale del nuovo concorda-

⁽⁷⁾ LO CASCIO, *op. cit.*

to preventivo, non si trovano parole più calzanti e condivisibili, per entrare *in medias res*, delle seguenti:

“Nel novellato assetto del concordato preventivo, tendenzialmente (e sicuramente più di prima) retto da un principio di autotutela, piuttosto che di eterotutela, il nodo cruciale appare, infine, la quantità e, soprattutto, qualità di tutela effettiva apprestata per i creditori (e segnatamente per quelli deboli, ossia davvero bisognosi di una tutela all'interno del procedimento e con gli strumenti da esso previsti”, i quali perciò “non possono che confidare principalmente nella competenza, nell'onestà e nell'effettiva autonomia professionale dell'esperto (peraltro, di fiducia del debitore e vincolato sostanzialmente ai dati contabili da questi fornitigli), verificato dall'esterno dal tribunale e, dall'interno, (nel merito contabile ed aziendale, di attendibilità del piano e di proiezione di sua fattibilità) dal commissario giudiziale”⁽⁸⁾.

IV. Natura del procedimento di omologazione

Con una suggestiva espressione, il giudizio di omologazione è stato definito “una sorta di *prisma magico*, capace di rivelare di sé, all'interprete, facce sempre nuove e diverse”⁹.

È nota la lettura per cui il processo camerale, originariamente concepito per i giudizi di natura non contenziosa e di regola concluso con provvedimenti privi di attitudine al giudicato, formale e sostanziale, si sarebbe evoluto in una sorta di “*contenitore neutro*” (Cass.civ. 19.6.96 n. 5629, Foro IT., 1996, I, 3070), destinato ad accogliere non solo i procedimenti di c.d. volontaria giurisdizione, ma anche quelli di natura contenziosa, per l'esigenza di sottrarre alcuni diritti soggettivi alle disfunzioni del rito contenzioso ordinario.

Quest'opzione, che esprime l'attuale tendenza alla “*cameralizzazione dei diritti*” (Cass.civ. 28.7.04 n. 14200.Foro It., 2005, I, 777), è stata ascritta dalla Corte Costituzionale alla discrezionalità del legislatore -sia pure con esclusivo riferimento al rito disciplinato dagli artt. 737 e ss c.p.c., privo di regole cognitive predeterminate e di possibili rilievi di *errores in procedendo* (C. Cost. 1.8.03 n. 11715), ma ha trovato severe critiche in dottrina⁽¹⁰⁾.

In realtà, i recenti interventi legislativi in ambito fallimentare (concor-

⁽⁸⁾ ADRIANO PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, Il Fall. n. 9/06, p. 1025.

⁽⁹⁾ ILARIA PAGNI, *Il procedimento di omologa - profili processuali*, Il Fall., n. 9/06, p. 1074.

⁽¹⁰⁾ A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, F. It., 2000, V, 241, in termini di “*abuso del ricorso alla tutela camerale*” per la tutela giurisdizionale dei diritti, stante la possibilità di sopperire ad eventuali ragioni d'urgenza con le tutele sommarie.

dato preventivo e fallimentare, accertamento del passivo, procedura prefallimentare, reclami ex art. 26 e in genere, ai sensi del novellato art. 24, ogni causa derivante dal fallimento -tra le quali, ora, anche quelle immobiliari- e comprese le revocatorie fallimentari, ove non diversamente disposto), hanno delineato un rito camerale ibrido, in quanto arricchito con inserti di regole processuali tratte dal modello cognitorio ordinario che, specie nella fase istruttoria, possono creare “frizioni” con il criterio, sotteso all’art. 738 ult.co. c.p.c., della duplice atipicità, delle fonti di prova e dei loro modi di acquisizione (“*il giudice può assumere informazioni*”).

Inoltre, in questo nuovo rito camerale “ibrido” emerge una certa indifferenza per la natura del suo provvedimento conclusivo (spesso decreto, talora ordinanza o addirittura sentenza), che con troppa disinvoltura viene configurato diversamente anche in materie analoghe, con tutte le conseguenti difficoltà ermeneutiche, specie in tema di mezzi di impugnazione.

Eclatante è proprio il caso del giudizio di omologazione del concordato preventivo, che ai sensi dell’art. 181 si conclude con “*decreto motivato*” - anche se l’art. 182 continua a prevedere la *sentenza* per l’omologazione del concordato con cessione dei beni, l’art. 185 continua a far riferimento alle modalità di esecuzione stabilite nella *sentenza* di omologazione e l’art. 186 prevede che a risoluzione o annullamento del concordato si provveda con *sentenza*, mentre l’art. 183 prevede, al comma 1, l’appello “*contro la sentenza che omologa o respinge il concordato*” e al comma 3 la ricorribilità per cassazione avverso la *sentenza* che decide l’appello.

Non c’è da stupirsi, quindi, se avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo la Corte di Appello di Bologna, in data 27.1.06, ha ritenuto ammissibile il reclamo ex art. 739 cpc (per implicita abrogazione dell’art. 183 e in analogia con l’impugnazione del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione), la Corte di Appello di Bari, in data 24.5.06, ha ritenuto inammissibile il reclamo e necessario l’atto di appello, con giudizio a cognizione piena (interpretando il decreto come sentenza in senso sostanziale) e la Corte di Appello di Bologna, in data 24.2.06, ha ritenuto ammissibile l’appello con citazione ma, al tempo stesso, disposto il mutamento del rito in camera di consiglio ⁽¹¹⁾.

In effetti, di fronte ad una sorta di “rivoluzione copernicana del rito” del giudizio di omologazione del concordato preventivo -passato da processo di cognizione a carattere officioso e contraddittorio eventuale (in caso di interventi in opposizione), nel cui ambito viene svolta attività di volontaria giurisdizione, a procedimento camerale a contraddittorio pieno con inserti di cognizione ordinaria- occorre interrogarsi più approfonditamente sulle attuali connotazioni di questo giudizio, posto che l’unica costante, rispetto al

⁽¹¹⁾ In tale ultimo senso, G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, Riv. dir. proc., 2005, 912 e Cass.civ. 22.7.04 n. 13660, in materia di impugnazione dei provvedimenti di separazione dei coniugi.

passato, è l'esclusione di un accertamento con forza di giudicato sui crediti, la cui esistenza e natura viene deliberata solo *incidenter tantum* ed ai limitati fini dell'espressione del voto e del raggiungimento della maggioranza.

Tale giudizio appare infatti (ora più che mai) finalizzato alla legittimazione di un accordo raggiunto tra creditori e debitore, nel quale non viene però direttamente in gioco una contrapposizione di diritti soggettivi (quello del debitore all'effetto remissorio, più che un diritto preesistente risulta l'effetto dell'approvazione della sua proposta) ma, piuttosto, l'interesse (anche "superindividuale") alla definizione di una crisi, qui di impresa, analogamente a quanto avviene negli altri procedimenti camerali in materia societaria e di famiglia.

Peraltro, mentre in questi ultimi viene confermata la revocabilità del provvedimento conclusivo (per la sua inattitudine al giudicato) e, correlativamente, la non impugnabilità in cassazione ⁽¹²⁾, in materia di omologazione del concordato preventivo si ritiene che la revocabilità debba essere esclusa (sia per l'inaccettabile instabilità che ne deriverebbe rispetto alla collettività dei soggetti coinvolti, sia per la coesistenza di rimedi tipizzati, quali risoluzione e annullamento) mentre la ricorribilità per cassazione è positivamente contemplata (art. 183).

Del resto, proprio a fronte dei nuovi modelli elaborati dal legislatore, si comincia a sostenere l'inesistenza di una corrispondenza biunivoca assoluta tra esercizio della giurisdizione contenziosa e giudicato, così come tra ricorribilità per cassazione e natura contenziosa del giudizio, sebbene l'intervento della Corte di Legittimità sia ritenuto indice di una -se non proprio decisione, che compete al giudizio di cognizione piena, quantomeno- "incisione" di diritti, in quanto tale abbisognevole di una certa stabilità ⁽¹³⁾.

In altri termini, il giudizio di omologazione del concordato preventivo sembrerebbe appartenere alla categoria dei "processi a contenuto oggettivo" ⁽¹⁴⁾, tipica dei casi in cui, proprio per la presenza di interessi pubblici, vi può essere una "*giurisdizione senza azione*" -intesa, quest'ultima, quale iniziativa a tutela di un diritto soggettivo-, con funzione solo indirettamente satisfattiva (tipico il caso del procedimento pre-fallimentare, il cui *constitutum* è stato peraltro intaccato, nella recente riforma, dalla sostituzione dell'opposizione alla sentenza di fallimento con la sua impugnazione dinanzi alla corte d'appello).

Tuttavia, nello stesso giudizio di omologazione resta insito un contenuto decisorio (tra l'alternativa della regolazione convenzionale del passivo

⁽¹²⁾ In tal senso, per l'omologazione della separazione consensuale v. Cass.civ. 8.3.01 n. 3390 e per quella degli atti societari v. Cass.civ. 13.1.05 n. 522; in generale, per tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione, Cass.civ. SS.UU. 3.3.03 n. 3073, F. It., 2003, I, 2090.

⁽¹³⁾ R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 111.

⁽¹⁴⁾ secondo la nota classificazione di MONTESANO, voce *Giurisdizione volontaria*, Enc. Giur., XV, Roma, 1989, 4.

con effetto esdebitatorio e quella della tutela integrale dei diritti di credito, senza falcidia, secondo le regole dell'esecuzione, collettiva o individuale che sia), sicchè l'oggetto dell'accertamento giudiziale non potrebbe essere ridotto alla mera corrispondenza di un accordo negoziale al modello legale.

E, proprio in questa latitudine, è stato acutamente osservato come la composizione della "lite" tra le due "pretese", entrambe "strumentali" alla regolamentazione della crisi, passa attraverso una forma di controllo dell'autorità giudiziaria che, "per quanto assai meno penetrante rispetto al passato, non può essere definito di mera legalità", in quanto "il tribunale deve pur sempre valutare -senza necessità di eccezioni- la convenienza del concordato nell'ipotesi di formazione delle classi (non tutte consenzienti) e, per quanto appare più corretto -in chiave processuale- anche la fattibilità del piano"⁽¹⁵⁾.

Al tempo stesso va dato atto che, anche chi sostiene la tesi contrapposta per cui l'omologazione oscillerebbe tra la regola di una mera presa d'atto della maggioranza" di cui al 1° comma dell'art. 177" (come testualmente recita l'art. 180 co. 4) e l'eccezione di un pieno controllo di merito sulla convenienza (solo in presenza di classi dissenzienti)- finisce per ammetterne le evidenti "incongruenze" (rispetto ad una disciplina "approssimativa e scoordinata"), sia pure per relegarle al ruolo di mera critica rispetto ad intangibili "scelte di politica legislativa"⁽¹⁶⁾.

Al contrario, si ribadisce la preferibilità di una linea ermeneutica che, piuttosto, riconduca a coerenza e congruità norme positive e principi del nostro ordinamento giuridico.

V. Aspetti processuali

L'attuale assetto procedurale del concordato preventivo si configura -venuto meno il "diaframma" tra approvazione ed omologa, prima costituito dalla pubblicazione del decreto del giudice delegato, che apriva una fase a cognizione piena- come un *unicum iter*, retto dall'impulso iniziale di parte (ricorso ex art. 161), legittimato dal provvedimento giudiziale di apertura (decreto del tribunale ex art. 163), articolato nelle fasi di verifica e votazione (relazione del commissario giudiziale ed adunanza dei creditori presieduta dal giudice delegato, artt. 170-178), processualizzato nel contraddittorio tra debitore, creditori dissenzienti e terzi interessati (giudizio camerale di omologazione ex art. 180), chiuso col provvedimento di approvazione o diniego (decreto del tribunale ex artt. 180-181 o decreto di rigetto -oltre ad eventuale sentenza di fallimento- ai sensi dell'art., 179 e del discusso rinvio

⁽¹⁵⁾ M. FABIANI, *L'impugnazione del decreto nel giudizio di omologazione*, Il Fall., n. 9/06, p. 1089.

⁽¹⁶⁾ G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, Il Fall., n. 9/06, p. 1071-1073.

all'art. 162 co. 2), eseguito sotto la vigilanza degli organi concorsuali (tribunale, giudice delegato, commissario giudiziale o liquidatore ex artt. 182 e 185) nonché, eventualmente, "stabilizzato" in sede impugnatoria (appello e ricorso per cassazione ex art. 183) o, infine, seguito da "incidenti di accertamento di tipo risolutorio" (risoluzione o annullamento ex art. 186).

Sotto il profilo strettamente processuale, si rinvencono i seguenti punti nodali:

1) la necessità della notifica del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, a cura del debitore, oltre che (forse superflualmente) al commissario giudiziale, anche ai creditori dissenzienti, tra i quali non si ritengono inclusi i creditori non ammessi al voto, o che non abbiano partecipato all'adunanza, o che si siano astenuti o addirittura che non siano stati ancora individuati, per i quali sembra residuare solo la facoltà, laddove ascrivibili alla categoria di "*qualsiasi interessato*", di costituirsi in giudizio "*almeno 10 giorni prima dell'udienza fissata*", al fine di "*proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio*" ed indicare eventuali "*mezzi istruttori*" -sempre che del giudizio abbiano avuto, in qualche modo, tempestiva notizia- nonché, per chi lo ritiene ammissibile, il potere di impugnarne (nei ristretti termini previsti) il decreto di approvazione (di cui il c.g. è tenuto a "*dare notizia ai creditori*" -stavolta tutti- ex art. 180);

2) la coincidenza cronologica tra il termine per la costituzione in giudizio di tutte le parti (commissario giudiziale compreso) e quello assegnato a quest'ultimo per il deposito del "*proprio motivato parere*";

3) il ruolo, anfibologicamente rivestito dal commissario giudiziale, sia di organo della procedura che di parte vera e propria (come visto in quest'ultima veste destinatario della notifica del decreto di fissazione dell'udienza);

4) l'importazione di sintagmi propri del modello contenzioso ordinario, quali "*eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio*" e "*indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti*" -peraltro non accompagnata da analoghe scansioni temporali, strumentali all'effettività del contraddittorio- che non appaiono del tutto coerenti con la scelta semplificatoria del rito camerale e che, comunque, inducono una contestuale cristallizzazione, *in limine litis*, sia del *thema decidendum* che di quello *probandum*, poi però sostanzialmente svuotata dall'ampiezza dei poteri officiosi mantenuti in capo al tribunale, che "*nel contraddittorio delle parti assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie, eventualmente delegando uno dei componenti del collegio per l'espletamento dell'istruttoria*";

5) l'improprio impiego del termine "eccezione" (propria, o in senso stretto), a fronte di posizioni non esattamente qualificabili come diritti soggettivi, rispetto ai quali far così valere i classici "fatti impeditivi, modificativi o estintivi" (in chiave solo paralizzatoria della domanda, non già estensiva dell'oggetto del giudizio) e la conseguente difficoltà di individuare contestazioni formali e sostanziali che non siano anche rilevabili d'ufficio; in tal senso, se le eccezioni proprie di rito sono state genericamente ascritte ad ipotesi di "*nullità formali o extraformali del procedimento*", quelle di merito

sono state riferite a rilievi - da parte sia del debitore che di altri creditori - di prescrizioni, decadenze, annullabilità o vizi del titolo di un credito annoverato nel passivo e quindi considerato ai fini del calcolo della maggioranza (I. PAGNI, *op.cit.*, p. 1079), ferma restando la regola che condiziona l'ammissibilità dell'opposizione dei creditori alla loro esclusione dal voto all'influenza, della loro eventuale ammissione, sulla formazione della maggioranza (art. 176, c.d. *prova di resistenza*);

6) l'individuazione nel requisito della "fattibilità" del piano di un elemento costitutivo, piuttosto che nella sua non fattibilità di un fatto impeditivo (se assente *ab origine*) o estintivo (se sopravvenuto) della domanda, con la conseguenza, di centrale rilievo, che la sua esistenza sarebbe rilevabile anche d'ufficio ⁽¹⁷⁾ e non solo rimessa all'eccezione delle parti (tra le quali comunque figura, come visto, anche il CG, con tutte le possibili perplessità per questa duplicazione di funzioni);

7) la non trascurabile portata del potere del tribunale di "assumere informazioni", sia pure "nel contraddittorio delle parti", che significa deroga ai principi dell'istruttoria del processo a cognizione piena, superamento del principio di disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.) e dei loro limiti di ammissibilità e, quindi, atipicità sia dei mezzi di prova che delle loro modalità di assunzione nel processo;

8) la sensazione che il *thema decidendum* non sia stato preventivamente delineato dal legislatore, se non con riferimento "recettizio" al *thema probandum* introdotto dalle parti, che costringe gli stessi sostenitori della tesi del controllo meramente formale, ove non vi siano "opposizioni" (T. Milano 13 e 18.7.06; *contra* T. Milano 8.6.06), ad assumere che, nell'ipotesi opposta, si finisca per (ri)attribuire al collegio un penetrante potere di controllo nel merito, esteso addirittura alla convenienza, pur in assenza di classi dissenzienti ⁽¹⁸⁾;

9) la contraria opinione di chi sostiene, invece, che il controllo del tribunale - inquadrato come "controllo preventivo di legittimità" "suscettibile di incidere su diritti soggettivi altrui" - per un verso, possa estendersi all'esame della fattibilità del piano anche se esso sia stato approvato e non vi siano "opposizioni" e, per altro verso, non possa estendersi (salvo il *cram down*) a ulteriori profili di merito, quali convenienza o meritevolezza, solo perché introdotti nel giudizio per via di eccezione ⁽¹⁹⁾;

10) la statuizione sulle spese processuali, di regola collegata alla natura contenziosa o volontaria della giurisdizione (quest'ultima incompatibile col

⁽¹⁷⁾ ILARIA PAGNI, *op. loc. cit.*; cfr., in termini più dubitativi, MASSIMO FABIANI, *op.cit.* p. 1090.

⁽¹⁸⁾ GIUSEPPE BOZZA, *op. cit.*, p. 1072; in termini più perplessi, STEFANIA PACCHI, *La nuova disciplina del c.p. e gli accordi di ristrutturazione*.

⁽¹⁹⁾ ILARIA PAGNI, *op. loc. cit.*; Cfr. P.F. CENSONI, *La nuova disciplina del c.prev.*, *Atti Convegno di studio su competitività e sviluppo economico*, Verona, 22.6.05)

principio ex art. 91 cpc: v. Cass.civ. 13.4.05 n. 7644), su cui si registra ampia varietà di decisioni (App. Bologna 27.1.06 le pone a carico del debitore ove soccombente, Trib. Prato 5.12.05 esclude la pronuncia per la particolarità della materia, Trib. Como -Il Fall. 2006, p.287- le pone a carico della massa e Trib. S.M.C. Vetere 26.7.05 opta per la compensazione);

11) l'incoerente disciplina del provvedimento di chiusura del giudizio (come visto "decreto motivato" ex art. 181 e "sentenza" ex artt. 168, 182, 185 e 186) e la lacunosità delle forme di impugnazione ex art. 183 (con tutte le incongruenze di cui si è già dato atto).

VI. Oggetto e limiti del sindacato giurisdizionale

Come già emerso dalle osservazioni che precedono, la nuova formulazione dell'art. 181 non prevede più espressamente, in sede di giudizio di omologazione, la verifica di persistenza delle condizioni di ammissibilità (in revisione del vaglio già positivamente, ma più sommariamente, espresso in sede di apertura della procedura), mentre il novellato art. 180 richiede, apparentemente, solo il riscontro della maggioranza prescritta dall'art. 177 co. 1, con la sola eccezione di cui agli artt. 177 co. 2 e 180 co. 5, nel senso che, ferma restando tale maggioranza e quella numerica delle classi che siano state formate, il tribunale è chiamato a valutare la convenienza della proposta per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti (c.d. "cram down").

Tuttavia, il confinamento del controllo giudiziale in un angusto ambito di natura sostanzialmente "notarile" (forse più consono alla formulazione dell'art. 129, comma 4, in sede di concordato fallimentare) contrasta non tanto con improbabili opinioni di politica legislativa quanto con l'esigenza di una coerente lettura sistematica dell'intero tessuto normativo (segnatamente degli artt. 161, 173, 177 e 180), quale esso risulta all'esito del frammentario intervento riformatore.

Una siffatta operazione ermeneutica va preferita rispetto ad arbitrarie operazioni di "chirurgia normativa" dell'operatore, stante il principio generale, desumibile dall'art. 15 delle c.d. preleggi, per cui "l'abrogazione implica di una norma possa essere invocata solo quando lo *ius superveniens* intervenga a regolare il medesimo rapporto disciplinato dalla legge precedente e fra le due disposizioni sussista una tale contraddizione da renderne impossibile la contemporanea operatività, nel senso che l'applicazione e l'osservazione dell'una implicherebbe necessariamente disapplicazione o inosservanza dell'altra" ⁽²⁰⁾.

Ebbene, prendendo le mosse dall'art. 180, la facoltà per tutti i soggetti

⁽²⁰⁾ Su questa motivazione è stata, tra l'altro, fondata la decisione di definire con sentenza l'omologazione di concordato con cessione dei beni: Trib. Salerno 20.9.05 n. 2980; conf. FAUSTO SEVERINI, *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Itaedizioni Marzo 2006.

legittimati alla partecipazione al giudizio (debitore, creditori dissenzienti, commissario giudiziale e, addirittura, “*qualsiasi interessato*”), di “*sollevare eccezioni, processuali e di merito, non rilevabili d'ufficio*”, accanto al potere del tribunale di svolgere “*anche d'ufficio*” l'istruttoria necessaria, implicano logicamente la possibilità di una rivisitazione delle condizioni di ammissibilità, ai fini del riscontro della loro persistenza, a meno di voler assumere che l'intero apparato processuale sia stato così articolatamente configurato ad esclusivo riscontro delle maggioranze, con evidente eccedenza del mezzo rispetto al fine.

Sarebbe poi assurdo impedire una simile valutazione in sede di omologazione, quando lo stesso art. 173 co. 2 continua a prevedere che “*il fallimento è dichiarato ... se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”; la norma ben può essere configurata, come in passato, “*clausola residuale*” e “*valvola di sicurezza*” che consente al tribunale di non procedere all'omologazione di proposte concordatarie rivelatesi, per erronea valutazione iniziale o per circostanze sopravvenute, mancanti delle condizioni di ammissibilità prescritte dagli artt. 160 e 161 (nell'esercizio di un potere di emenda che sembra normale all'interno di una medesima fase giurisdizionale a formazione progressiva).

Un'interpretazione riduttiva sembra incompatibile anche con la previsione del parere motivato che, ai sensi dello stesso art. 180, il commissario giudiziale è tenuto a depositare proprio -e solo- in vista del giudizio di omologazione, in aggiunta, cioè, a quello già formulato ex art. 172 per l'adunanza dei creditori; infatti, stante la rilevata coincidenza del termine per il suo deposito con quello imposto per la costituzione delle parti (senza previsione di repliche), si desume chiaramente che esso non è destinato al contraddittorio, bensì solo ad una valutazione collegiale il più ponderata possibile.

Alla luce di questi rilievi sistematici, la giurisprudenza sembra sempre più coagularsi sulla tesi dell'ammissibilità di un controllo di merito del tribunale in sede di omologazione, sia pure limitatamente alla fattibilità del piano, con conseguente tenuta -almeno *in parte qua*- del pregresso e consolidato orientamento di legittimità, per cui “*le condizioni di ammissibilità e di convenienza del concordato preventivo devono essere accertate con riferimento alla situazione esistente al momento dell'omologazione, la quale quindi deve essere negata ove il giudice accerti che tali condizioni, quand'anche inizialmente esistenti, siano successivamente venute a mancare*” (v. Cass.civ. 19.3.04 n. 5562).

Con la dovuta precisazione che, ammettere la verifica giudiziale sulla fattibilità del piano è cosa ben diversa dall'estenderla alla sua convenienza (cfr. App. Bologna, 3° sez.civ., 24.2.06), così come -e a maggior ragione- alla meritevolezza dell'imprenditore, trattandosi di presupposti ontologicamente distinti ed ora non più richiesti nemmeno in sede di ammissione.

Riepilogando, le condizioni di ammissibilità del c.p. sono ben diverse

dalle precedenti, sicché, ai sensi dei novellati artt. 160, 161 e 163 possono pacificamente ritenersi esclusi, rispetto al passato:

- a) la meritevolezza dell'imprenditore;
- b) il contenuto della proposta;
- c) la percentuale minima offerta ai creditori chirografari;
- d) la convenienza economica del concordato (salvo quanto *infra*).

Sulla base della nuova normativa, vanno invece verificati in tutto il corso del giudizio di omologazione:

A) l'esistenza dei presupposti soggettivi - trattarsi, cioè, di imprenditore, non piccolo, in stato di crisi ovvero, indifferentemente, di insolvenza (salva l'acuta osservazione della necessità di un accertamento esplicito dell'eventuale insolvenza, sia a fini penali sia a salvaguardia della possibile riconoscibilità del concordato aperto in Italia come "procedura principale", ai sensi del Regolamento CEE n. 1346/2000 ⁽²¹⁾;

B) la persistenza dei presupposti oggettivi, quali la regolarità e completezza della domanda, la sua articolazione in un piano di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti, l'attendibilità dei dati ad esso sottesi e la sua fattibilità, secondo un giudizio di tipo prognostico (v. Trib. Bari 7.11.05, in Fall., 2006, 1, pag. 52), già sagacemente descritto, nei primi arresti giurisprudenziali, come "*credibilità del progetto di ristrutturazione dei debiti e soddisfacimento dei creditori, i cui obiettivi devono tendere alla concreta realizzazione in termini non di mera possibilità ma di probabilità di successo*", con esclusione di "*ogni assunto apodittico, privo di qualsiasi connotato valutativo*" (Trib. Roma 8.3.06, Dir. e Prat. del Fall., 2006, n. 4, p. 54 ss.).

Peraltro, a ben vedere il requisito della meritevolezza dell'imprenditore, piuttosto che completamente obliterato sembra essere stato trasferito dalla sfera eteronoma del giudizio del tribunale a quella autonoma del ceto creditorio, ad uso del quale continua infatti a prevedersi l'obbligo del commissario giudiziale di redigere "*una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori*", da depositare "*in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza dei creditori*" (art. 172).

Parimenti, e come più volte evidenziato, il requisito della convenienza economica non è stato completamente sottratto al vaglio giudiziale, persistendo la necessità della sua valutazione con riferimento ai i creditori appartenenti alle classi (minoritariamente) dissenzienti (il famigerato "*cram down*", asceso alla ribalta sin dai primi commenti, forse perché superficialmente visto quale "ultimo epigono" o "vessillo" di un potere officioso perduto).

Quanto poi al vecchio contenuto della proposta, esso può intendersi in certo qual modo compreso ed assorbito nella tipizzazione del piano e nella

⁽²¹⁾ GIORGIO JACHIA, L'impresa in crisi nel mercato e nel concordato preventivo, incontro CSM *Le riforme del diritto concorsuale*, Roma, 2-4.10.06.

valutazione di fattibilità.

Infine, la percentuale della falcidia concordataria in fondo già rappresentava un simulacro di sé stessa, quantomeno nella fase esecutiva dei (numericamente prevalenti) concordati con cessione dei beni, che nella prassi venivano costantemente “salvati” dalla risoluzione solo grazie all’originaria -ed inopinatamente immutata- disposizione dell’art. 186, co. 2, che la esclude nell’ipotesi (pressochè costantemente ricorrente) di ricavo, dalla liquidazione dei beni, di una “percentuale inferiore a quaranta per cento”.

Peraltro -e a contrario-, proprio a partire dall’ormai anacronistica vigenza di tale ultima disposizione, è stata tratta nuova linfa esegetica, nella stessa ottica privatistica della riforma.

Si è infatti sostenuto che, proprio perché “nel concordato è stato privilegiato l’aspetto negoziale, qualora il debitore abbia proposto ai creditori di soddisfarli in una percentuale determinata e la maggioranza dei creditori l’abbia accettata, quella proposta vincola le parti, in quanto il consenso è stato espresso e la volontà si è formata su di un determinato impegno”, la cui inottemperanza giustificherebbe la risoluzione o l’annullamento del concordato (su iniziativa del creditore e nelle forme previste); al tempo stesso, “il maggior realizzo in conseguenza della liquidazione dei beni superiore alle previsioni non sarà ceduto, ma resterà nella disponibilità della parte” (Trib. Ancona 23.1.06).

In effetti, il “mito” privatistico della piena autonomia delle parti ineludibilmente implica e presuppone una manifestazione di volontà pienamente informata (“senza se e senza ma”, potrebbe suggestivamente chiosarsi).

Ma allora -e sempre nell’ambito dell’interpretazione più “privatistica” della riforma- anche la non omologazione sarebbe giustificata, ove la sopravvenuta irrealizzabilità della percentuale offerta ed accettata (aspetto di merito) venga ad emergere in sede giudiziale, magari su impulso di un creditore non dissenziente¹²²⁾.

Su questo segmento si innesta la più ampia tematica della modificabilità della domanda di concordato.

Poiché in effetti -salvi i casi di assoluta non fattibilità- la valutazione di fattibilità del piano comporta, essenzialmente, un giudizio comparativo tra la percentuale proposta dal debitore e quella calcolata dal commissario, l’interrogativo che si pone, a fronte di una valutazione più negativa del C.G., è se sia possibile per il debitore, prima della chiusura delle votazioni, rettificare in senso peggiorativo la propria proposta, in linea con le valutazioni del CG (che in effetti l’art. 175 chiama ad illustrare in adunanza le “proposte

⁽²²⁾ cfr. MASSIMO FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di nuovo concordato preventivo*, G.Mer., 2006, 704, per il quale appunto l’irrealizzabilità della percentuale proposta preclude l’omologa e la sua mancata realizzazione consente la risoluzione del concordato.

definitive” del debitore), acquisendo il consenso -esplicito o implicito- del ceto creditorio, o se debba mettere a disposizione dei creditori ulteriori risorse per rendere fattibile il piano.

Tertium non datur, almeno secondo l’opinione dottrinale ⁽²³⁾ che non ammette che oggetto della votazione sia la *proposta tacitamente “modificata dal commissario giudiziale”*, con riferimento ad un “consenso informato” dei creditori, sia perché la valutazione di fattibilità resterebbe così rimessa in via esclusiva al CG, sia perché nella prassi sono assolutamente frequenti espressioni di voto che addirittura precedono il deposito della relazione ex art. 172 o, comunque, non seguono le evoluzioni dell’adunanza.

Se poi l’eventualità si verifici dopo la chiusura delle votazioni, si sostiene da più parti la necessità di una nuova convocazione dei creditori, su impulso del collegio ⁽²⁴⁾.

È chiaro che in tutte queste ipotesi, uno svilimento di un così importante snodo valutativo potrebbe essere giustificato solo dietro lo schermo, per ora meramente formale, dell’onere, gravante sui votanti, di tenersi informati e aggiornati sugli sviluppi della procedura (ciò che per lo più non corrisponde alla realtà, senza che se ne possa trarre argomento decisivo).

Per concludere, si registra l’esistenza di una comune e sempre più ampia piattaforma esegetica giurisprudenziale, che, nei termini sopra esposti, individua la finalità del giudizio di omologazione del concordato nella “*verifica della conformità alla legge e dell’aderenza agli interessi pubblici di un’attività privata*”, attraverso il contemporaneo riscontro di vari presupposti, formali e sostanziali, quali ritualità della procedura, corretta formazione della maggioranza, fattibilità del piano approvato e sua convenienza per le eventuali classi minoritarie dissenzienti (cfr., *ex multis*: Trib. Sulmona 6.6.05, Trib. Roma 30.7.05, Trib. La Spezia 4.8.05, Trib. Salerno 5.10.05, Trib. Monza 16.10.05, Trib. Pescara 20.10.05, Trib. Padova 20.10.05, Trib. Milano 27.10.05, Trib. Bari 7.11.05, Trib. Bologna 15.11.05, Trib. Chieti 24.11.05, Trib. Milano 1.12.05, Trib. Prato 5.12.05, Trib. Roma 20.12.05, Trib. Messina 29.12.05, Trib. Sulmona 13.1.06, Trib. Ancona 23.1.06, Trib. Roma 2.2.06, Trib. Chieti 23.2.06, Trib. Terni 17.3.06, Trib. Torino 23.3.06, Trib. Terni 5.5.06, Trib. Milano 18.5.06, Trib. Terni 12.10.06, App. Perugia 18.10.06, Trib. Sulmona 14.11.06; *contra*, Trib. Como 24.3.05, Trib. Mantova 15.12.05, Trib. Cagliari 23.6.05, Trib. Como 22.7.05, Trib. Monza 28.9.05, Trib. Taranto 28.9.05 e Trib. Torino 17.11.05 sent. n. 436), oltre ad una significativa convergenza dottrinale in tale direzione (FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di nuovo concordato preventivo*, G.Mer., 2006, 704; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: ambito del controllo giudiziario e requisiti di ammissibilità*, Giur. Comm.; U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano,

⁽²³⁾ FERRO, *op.cit.*; AMBROSINI, *op.cit.*

⁽²⁴⁾ v. Trib. Milano 20.10.05, commentato in GIORGIO JACHIA, *op.cit.*, p. 92.

2005, 52; S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 238; A. LA MALFA, *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, www.ilcaso.it; S. AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, *Il Fall.*, n. 9/06, p. 1033).

In ultima analisi, si può plasticamente immaginare una fattispecie di "controllo diacronico ad approfondimento progressivo" (*step by step*) dei requisiti di ammissibilità, rimessi dapprima al riscontro del professionista incaricato dal debitore, poi ad un primo controllo sommario del tribunale (in sede di apertura della procedura), quindi alla più ponderata valutazione tecnica del commissario giudiziale (compendiata nella prima relazione ex art. 172), poi all'autonoma valutazione di ciascuno dei creditori interessati (in sede di adunanza ed ai fini del voto), quindi ancora al raffinamento del parere del commissario giudiziale (ex art. 180) e, da ultimo, al definitivo vaglio giudiziale, arricchito dalla pienezza del contraddittorio con qualsiasi interessato.

VII. Prime applicazioni della giurisprudenza umbra

Un recente e complesso caso, già sottoposto in Umbria al vaglio dei primi due gradi di giudizio, merita di essere segnalato.

A tal fine si reputa sufficiente la trascrizione di ampi stralci dei provvedimenti pronunciati nel corso della vicenda, la quale può fornire un'utile prospettiva applicativa rispetto alle osservazioni e considerazioni sopra svolte.

La vicenda:

Con ricorso del 5.7.04, la società X X presentava domanda di concordato preventivo con cessione dei beni e soddisfazione del 40% dei creditori chirografari.

All'esito dell'udienza dell'11.2.05, in cui la società istante rendeva noto che con contratto del 2.7.04 aveva concesso in locazione l'azienda, per la durata di tre anni, alla società YY, il Tribunale, con decreto del 3.3.05, dichiarava aperta la procedura.

Nel corso delle operazioni di voto, interveniva la revoca del finanziamento già concesso dal Ministero delle Attività Produttive ex L. n. 488/92 di £ 2.725.470.000 (sul presupposto che la sopravvenuta messa in liquidazione della società beneficiata non avrebbe consentito la realizzazione del programma in funzione del quale il finanziamento era stato concesso).

Conseguentemente - e tenendo altresì conto della riforma della procedura introdotta con D.L. 14.3.05 n. 35 - il G.D. ordinava al C.G. di inviare lettera circolare a tutti i creditori, per renderli edotti della circostanza sopravvenuta -astrattamente idonea ad influire negativamente sulla percentuale proposta- e consentire loro l'eventuale revoca del voto favorevole già espresso; in tal senso si determinava un solo creditore.

All'udienza del 16.12.05 il C.G. segnalava che la società aveva impugnato dinanzi al TAR Lazio il DM di revoca e dava atto che avevano votato

favorevolmente il 67,28% dei creditori, con un solo voto contrario.

Con decreto del 23.12.05 il Tribunale, considerando che la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari sarebbe scesa dal 40% al 34,54% o 24,69%, rispettivamente nelle ipotesi di revoca parziale o totale del finanziamento, dava atto del raggiungimento della maggioranza prescritta e fissava l'udienza collegiale camerale del 30.1.06; in data 20.1.06 il P.M. in sede esprimeva parere favorevole.

All'udienza del 30.1.06 il C.G. sottolineava la portata dell'opzione per l'acquisto dell'azienda ma, in prosieguo, la società ricorrente riferiva l'indisponibilità della società affittuaria ad una rinuncia all'opzione.

Con decreto del 3.8.06, il Collegio riteneva non compiutamente informato il ceto creditorio circa le effettive conseguenze del patto di opzione stipulato tra la XX e la YY ed esprimeva comunque un giudizio negativo circa la fattibilità del piano così come proposto, che pertanto non omologava, disponendo la comparizione della ricorrente dinanzi a sé in camera di consiglio, per ogni ulteriore valutazione.

Avverso la suddetta decisione la XX interponeva, con ricorso, reclamo alla Corte di Appello di Perugia, che all'esito della discussione in camera di consiglio del 12.10.06 disponeva l'omologazione del concordato, con provvedimento del 18.10.06, mandando al Tribunale per i provvedimenti ulteriori previsti dall'art. 182 L.Fall..

Il provvedimento conclusivo del Tribunale:

“Con decreto del 3.8.06, il Tribunale aveva rilevato che il ceto creditorio, pur essendo stato reso edotto del fatto che, in ipotesi di esito sfavorevole della controversia tra la L. ed il Ministero delle Attività Produttive (pendente dinanzi al Consiglio di Stato), in ordine alla revoca del finanziamento agevolato già concesso alla società, la percentuale di pagamento dei creditori chirografari sarebbe scesa al 24,69% (rispetto al 40% di cui alla proposta di concordato), tuttavia aveva manifestato la propria volontà di voto senza tenere debitamente conto degli ulteriori effetti negativi derivanti dal patto di opzione stipulato tra la XX e la YY (art. 6 contratto di affitto d'azienda del 2.7.04) che, secondo i calcoli del C.G., avrebbero ridotto al 17% la percentuale in questione; percentuale che pertanto, nell'eventuale concomitanza di una revoca del finanziamento, sarebbe scesa al di sotto dello 0%, con conseguente impossibilità di pagamento alcuno in favore dei creditori chirografari.

“Il Tribunale aveva pure dato atto che, dopo il rigetto della sospensiva da parte del Consiglio di Stato (fondato sulla *“necessità di rinnovare il procedimento”* di revoca del finanziamento agevolato *“consentendo la partecipazione dei soggetti interessati”*) ed in ottemperanza alla sentenza di 1° grado del TAR, vi era stato da parte del Ministero l'effettivo scarico dal ruolo del recupero delle somme erogate (per l'importo di e 1.292.080,52) ma, al tempo stesso, aveva ritenuto di non poter presumere definitivamente l'esito positivo della controversia pendente -stante l'inevitabile alea insita in ogni giudizio- ai fini della valutazione prognostica circa la fattibilità del program-

ma concordatario.

“In effetti, allo stato non risulta che l’Amministrazione interessata abbia rinunciato agli atti del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato (rinuncia pur verosimilmente prevedibile, stanti le motivazioni formali -violazione degli artt. 7 e ss. L. n. 241/90- che sorreggono la decisione di primo grado) ed, anzi, è sopravvenuta l’iniziativa della banca incaricata dal Ministero di verificare le “*condizioni di permanenza delle agevolazioni concesse con DM n. 79686 del 4.11.99*”, evidente manifestazione della volontà dell’Amministrazione interessata di acquisire ogni elemento utile, in vista di una eventuale riattivazione del procedimento di revoca del finanziamento agevolato, con la dovuta partecipazione del soggetto interessato -che ovviamente potrà in quella sede far valere tutte le osservazioni e deduzioni già rappresentate a questo Tribunale per dimostrare la permanenza del diritto- salvo ed impregiudicato, però, l’esito dello stesso.

La Corte di Appello ha condiviso la tesi sostenuta dal Tribunale, nel senso della persistenza, anche nel nuovo sistema del concordato preventivo, del controllo sulle condizioni di ammissibilità del concordato in sede di omologazione, compresa quindi la fattibilità del piano proposto, ma ha ritenuto, in concreto, che “*nel valutare la realizzabilità del concordato si debbono tenere presenti le ipotesi almeno probabili, non quindi quelle dichiaratamente non ritenute tali*”, che “*in realtà il concordato proposto non fu vincolato alla realizzazione della soddisfazione dei chirografari nella misura del 40%*”, che l’attivo presumibilmente realizzabile sia pari ad e 6.988.000 -a fronte dell’attivo previsto nella domanda di concordato per e 7.659.632- e che l’esercizio dell’opzione consentirebbe, comunque, di soddisfare i crediti chirografari in una percentuale “*non lontana*” da quella che determinò “*la seconda votazione favorevole dei creditori*” (rectius, che fu rappresentata ai creditori con la circolare del 18.10.05, inviata a tutti i creditori per consentire una eventuale revoca del voto già favorevolmente espresso), concludendo che la stessa presenza di offerte di acquisto dei cespiti oggetto dell’opzione -subito dopo offerti in cessione ai creditori- ad un prezzo sensibilmente superiore a quello pattuito con l’attuale affittuaria dell’azienda (appartenente ad un medesimo “gruppo”) atterrebbe semplicemente alla “*convenienza economica del concordato*”, la cui valutazione (pacificamente) esula dal giudizio di omologazione ove non vi siano classi dissenzienti.

La Corte perugina non ha invece valorizzato il fatto che il valore dei beni sui quali è stata concessa l’opzione di acquisto ad un prezzo di e 6.300.000 è stato stimato, nel corso della procedura, nella superiore misura di e 7.650.176,22 (si rammenta che era già pervenuto un interessamento all’acquisto dell’azienda per euro 7.250.000), che la società ha offerto la cessione (anche) dei beni oggetto dell’opzione al valore di e 6.300.000, quando si era già (immediatamente prima) vincolata a cederli alla società affittuaria, su sua semplice richiesta, non già per l’intera somma suddetta, bensì per la stessa decurtata di tutti i canoni di locazione pagati fino alla data della cessione e che, in effetti, la proposta di concordato -non ripresentata o integra-

ta alla luce della recente novella legislativa- offriva una soddisfazione dei crediti chirografari al 40%, (fermo restando che, anche ai sensi dell'abrogato art. 186 co. 2 L.-Fall., l'eventuale ricavo di una percentuale inferiore al 40% non comportava la risoluzione del concordato con cessione dei beni).

Inoltre il C.G. aveva dato atto, nel proprio parere ex art. 180 L.Fall., di essere stato fuorviato dal fatto che la società in concordato aveva dapprima iscritto nel bilancio i canoni ricevuti alla voce "*fitti attivi*" -si da farli ritenere acquisiti all'attivo concordatario- per poi iscriverli (dopo il bilancio di verifica al 2.3.05), tra le poste patrimoniali passive, alla voce "*acconti da YY*", così suscitando il proprio allarme.

È alla luce delle considerazioni che precedono che il Tribunale intendeva acquisire ulteriori chiarimenti dalla società ricorrente, verificare l'eventuale disponibilità ad una modifica della proposta (con la liberatoria dal vincolo derivante dall'opzione) o quantomeno disporre una nuova consultazione del ceto creditorio, affinché il voto favorevolmente espresso si potesse ritenere fondato su un effettivo "consenso" -adeguatamente-"informato", facendo salve eventuali conseguenze in termini di fallimento, che peraltro ora non discendono più automaticamente da una eventuale non omologazione o non approvazione del concordato.

In ogni caso, stante la portata decisoria del decreto reso dall'adita Corte di Appello e l'opportunità di non procrastinare ulteriormente la procedura, occorre prendere atto della disposta omologazione del concordato e, conseguentemente, provvedere su tutti gli ulteriori aspetti."

VIII. *Conclusioni*

Per trarre le conclusioni finali sul tema d'indagine, non si può che prendere le mosse dalla scelta del nostro legislatore di consentire la sostanziale "espropriazione" di una quota del diritto soggettivo di credito di soggetti che (per loro sventura) abbiano concluso negozi giuridici con imprenditori poi caduti in stato di crisi, se non addirittura di insolvenza.

È palese che siffatta incisione (addirittura approssimabile allo zero) su un diritto soggettivo (che, quando esercitato in forma imprenditoriale -o comunque *lato sensu* lavorativa- trova a sua volta lo stesso -o analogo- rilievo costituzionale di quello, contrapposto, del proprio debitore: v. artt. 41 e 35 Cost.), deve trovare giustificazione, per essere ragionevolmente accettabile dalla collettività organizzata, nell'interesse generale al risanamento dell'impresa, rispetto al quale l'interesse particolare del debitore inadempiente deve restare solo strumentale.

Interessante, al riguardo, il rilievo svolto su analoga tematica (ossia la possibilità di un non integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati), nel senso che una falcidia concordataria non consentita (stante l'esclusione dal voto) comporterebbe la "*lesione del principio costituzionale dell'art. 42 terzo comma Cost., consistendo in un'evidente espro-*

priazione (per atto e volontà della sola controparte debitrice, in mancanza di alcuna espressione di volontà del titolare) del diritto di credito, senza alcun indennizzo” ⁽²⁵⁾.

In questa prospettiva, la componente negoziale e privatistica della composizione degli interessi contrapposti risponde pienamente al principio della disponibilità dei diritti soggettivi ed al modello consensuale ad esso sotteso.

Appare però altrettanto evidente che l'equilibrio tra le posizioni soggettive potrebbe essere completamente rimesso all'autonomia negoziale solo se il consenso fosse unanime.

È chiaro, infatti, che in tal caso l'intervento giudiziale sarebbe del tutto superfluo o comunque sproporzionato (all'eventuale esigenza di garanzia formale di legittimità ben potendo soccorrere, in ipotesi, altre forme di intervento esterno, latamente “notarili”).

L'assunto trova conferma nell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, introdotto con l'art. 182-bis, in cui il modello consensuale prevede, comunque, il duplice sbarramento di una significativa maggioranza e di un controllo formale omologatorio, senza che peraltro sembri intaccato il principio della non vincolatività dell'accordo per i soggetti che non vi abbiano aderito.

A questo punto, non risulta agevole concepire ed ammettere che una falcidia, in teoria (ed ancor più nella pratica) anche prossima al 100% del credito, possa essere consentita -sia pure in presenza di una sola classe di creditori chirografari (a fronte di privilegiati integralmente soddisfatti)- subordinatamente alla volontà anche di un solo creditore, purché titolare di un credito pari almeno al 50,1% dell'intera esposizione (ricorrente in letteratura l'esempio del credito chirografario di una banca, contemporaneamente titolare di credito privilegiato), che viene a risultare idonea e sufficiente a vincolare non solo i creditori comunque resi edotti dell'esistenza del procedimento (e perciò onerati della partecipazione ad esso attraverso la consultazione degli atti e l'espressione del voto) ma, addirittura (ai sensi dell'art. 184, non scalfito dalla riforma), anche i creditori anteriori all'apertura della procedura di concordato che, per una cattiva tenuta della contabilità del debitore ovvero per qualsiasi altra causa, ne abbiano totalmente ignorato l'esistenza.

Immaginabile l'ancor più clamorosa ripercussione delle considerazioni che precedono nell'ipotesi (purtroppo, nella prassi, prevalente) in cui la finalità perseguita dalla procedura di concordato, cui il diritto soggettivo di credito viene “immolato”, non sia quella di risanamento, bensì di mera li-

⁽²⁵⁾ ADRIANO PATTI, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, in atti convegno *La Riforma del diritto fallimentare*, Carate Brianza, 11-12.11.05; con il contrappunto del limite alla soddisfazione preferenziale dato dalla capienza dei beni gravati da prelazione ex artt. 2808, 2787 e 2798 nonché 2756 co. 3 c.c.; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del c.p.*, Il Fall., n. 9/06, p. 1106.

quidazione dell'impresa in crisi.

Naturalmente, la riflessione scientifica si è concentrata sulla ricerca di forme di tutela da riconoscere in tali casi, come l'opposizione di terzo ex art. 404 cpc avverso il decreto di omologazione (peraltro talora in giurisprudenza negata: v. Trib. Monza 16.12.89), ovvero una sorta di *actio nullitatis* per rimettere in discussione la legittimità del procedimento, o la revoca tipizzata dall'art. 742 c.p.c. per i procedimenti camerali.

In realtà, l'ambito normativo della tutela resta definito dagli artt. 183 (appello, nel termine di giorni 15 e ricorso per cassazione, nel termine ordinario, a decorrere dalla comunicazione della cancelleria all'unica parte ovvero dalla notificazione del decreto a cura di una delle più parti presenti in giudizio) e 186 (risoluzione ed annullamento).

Con la precisazione -qui di non poco momento - che, quantomeno secondo autorevole dottrina (e sebbene l'art. 183 co. 5 legittimi all'appello "*opponenti e debitore*" e, a sua volta, l'art. 180 co. 2 ammetta all'opposizione "*qualsiasi interessato*"), la legittimazione attiva al gravame non spetterebbe "*a quei terzi che, pur dimostrando di avervi interesse, non abbiano partecipato alla prima fase*"⁽²⁶⁾.

Tutto quanto precede induce a ritenere conclusivamente, senza ulteriori dubbi, che l'irragionevole "iato" esistente tra la tesi -letterale, ma non sistemica - del mero riscontro della maggioranza e il dato normativo -pacifico- del controllo esteso sino alla convenienza del concordato (rispetto all'ipotesi alternativa del fallimento) nei confronti dei creditori delle classi dissenzienti, possa essere colmato, attraverso una paziente ricostruzione sistematico-teleologica (in vista di una più sensibile combinazione tra i principi ispiratori della riforma e quelli radicati nell'ordinamento), individuando il contenuto ed il limite del controllo giudiziale sul concordato proprio in quella forma di controllo sulla persistenza delle condizioni di ammissibilità - tra le quali anche la fattibilità del piano- che non è meramente formale ma nemmeno assolutamente invasivo e sostitutivo della volontà privata (come peraltro ritenuto necessario dallo stesso legislatore nel caso del *cram down*) e, soprattutto, idoneo a fornire adeguato tutela anche ai creditori più deboli, meno decisivi e comunque meno informati o attrezzati, rispetto al complesso meccanismo concordatario, oltre che all'interesse generale -e quindi pubblicistico- che, a dispetto di inadeguati proclami (forse frutto di una lettura superficiale della riforma) continua certamente a permeare, ad avviso di chi scrive, l'istituto del concordato preventivo.

PAOLA VELLA

⁽²⁶⁾ MASSIMO FABIANI, *op.cit.* p. 1092.

PROFILI DEL RAPPORTO TRA PRIVATI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. *Premessa*. - 2. *L'evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici*. - 3. *Pubblica amministrazione e diritto privato*. - 4. *Accesso del privato agli atti amministrativi e suoi limiti*. - 5. *Considerazioni finali*.

1. *Premessa*

Le pagine che seguono hanno per oggetto l'esame della disciplina del ruolo della pubblica amministrazione nei rapporti con l'utenza, svolto sulla base dei contributi forniti dalla giurisprudenza comunitaria, oltre che dalla dottrina italiana e straniera.

Tale materia sospesa in un certo senso tra finalità di contenimento della spesa pubblica e logiche legislative attente ai risultati e all'efficienza dell'azione amministrativa, costituisce indubbiamente uno degli ambiti in cui si evidenziano le problematiche del diritto amministrativo attuale.

Ricordiamo che la nuova stagione legislativa, aperta nel 1990 con la legge 142 di riordinamento delle autonomie locali, subito seguita dalla legge 241 sulla trasparenza del procedimento amministrativo, ha portato alla realizzazione in pochi anni di strumenti del tutto nuovi per la pubblica amministrazione italiana, ad es. il diritto di accesso dei cittadini ai documenti amministrativi, l'individuazione del funzionario responsabile di ogni procedimento, l'estensione delle forme di autocertificazione e la drastica limitazione dei certificati e della autenticazione di firme richiesti per le diverse procedure. La loro attivazione 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 ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ G. REBORA, *Un decennio di riforme*, Milano, 1999, 55-56.

D'altro canto, la trasposizione in sede nazionale delle iniziative comunitarie ha aperto un capitolo per molti aspetti nuovo e difficile.

È così maturato, il convincimento che fosse necessario 'rileggere' alcuni punti del rapporto tra gestore del servizio pubblico e utente, privilegiandone l'aspetto pratico-applicativo. Si tratterebbe di tracciare il grado di corrispondenza tra le esigenze della vita sociale e la dinamica giuridica. D'altra parte, di fronte allo spirito del mondo sociale che muta, i fenomeni e gli avvenimenti si intrecciano variamente, così come gli istituti giuridici si particolarizzano.

Come sottolinea S. Licciardello ⁽²⁾, il progresso di un ordinamento non si misura dalla quantità delle innovazioni, quanto piuttosto dalla capacità delle innovazioni di corrispondere in quel momento, in quel contesto storico, ai bisogni della società.

Il presente lavoro è articolato essenzialmente in tre parti: la prima consiste in una breve indagine storico-giuridica sulla disciplina dei servizi pubblici in generale, al fine di analizzare come il rapporto cittadino-utente e gestore di pubblico servizio abbia perso col tempo le connotazioni pubblicistiche per essere sempre più attratto nell'orbita del diritto civile.

A seguire, nella seconda parte, si vedrà come l'amministrazione pubblica possa benissimo operare sullo stesso piano di un qualunque soggetto dell'ordinamento, senza privilegi e speciali garanzie. Nell'evidenziare quanto sia delicato il ruolo delle amministrazioni nazionali nel processo di integrazione comunitaria, sarà riservato un congruo spazio ai contratti pubblici, con particolare attenzione ad alcune figure giuridiche del nostro tempo, attualmente di diffusa applicazione, quali ad esempio i contratti di sponsorizzazione.

Nella terza parte, a diciassette anni di distanza dall'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 sulla trasparenza del procedimento amministrativo, saranno esaminati vari interventi giurisprudenziali, intesi a chiarire la portata, la natura e i limiti del diritto di accesso ai documenti amministrativi, anche se, in realtà questi interventi raramente sono giunti a conclusioni concordanti e univoche. In tale contesto si tenterà di comprendere se il nuovo modo di fare amministrazione sia in grado di soddisfare le esigenze della collettività, o meglio, fino a che punto questo rinnovamento sia percepito dai cittadini.

2. L'evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici.

I mutamenti economici, politici e ideologici tra XIX e XX secolo sono determinanti per il ruolo sociale che lo Stato viene acquisendo. Da un lato, l'affermarsi del liberalismo politico e degli ideali repubblicani sostituiscono

⁽²⁾ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino, 2000, 317.

lo Stato di diritto allo Stato autoritario; dall'altro, lo sviluppo industriale è altrettanto considerevole. Così lo Stato è chiamato a intervenire nell'economia per sostenerne i settori più rilevanti e per mediare nei conflitti sociali. Vi è stato chi ⁽³⁾ nel 1921 affermava: «Nella nuova concezione dello Stato, il servizio pubblico ha la funzione di legittimare il ruolo dei governanti aventi l'obbligo di utilizzare il potere materiale di cui dispongono per sviluppare e realizzare la solidarietà sociale». In questa accezione il servizio pubblico viene di fatto a coincidere con l'interesse generale e lo Stato da 'soggetto prescrittore' diventa 'soggetto prestatore'; il potere si trasforma in funzione, gli amministratori da organi di comando diventano gestori della collettività. Non vi sono più sudditi che subiscono l'imposizione unilaterale di norme, bensì utenti che traggono giovamento da una gestione il cui dovere è anzitutto di soddisfare i bisogni pubblici ⁽⁴⁾.

In taluni casi, tuttavia, la proclamazione di impegni delle amministrazioni erogatrici e dei concessionari privati convive con la loro sottrazione agli obblighi derivanti dall'applicazione delle norme di diritto comune. A tale proposito G. Napolitano ⁽⁵⁾ segnala che nella legislazione postale della seconda metà dell'ottocento si leggeva: «Il Governo prenderà tutte le precauzioni necessarie per assicurare il segreto delle corrispondenze telegrafiche e il buon andamento del servizio», ma contemporaneamente si avvertivano gli utenti che «non incombe all'amministrazione delle poste veruna responsabilità per l'operato dei propri agenti, o per eventuali errori o ritardi nella spedizione, nel trasporto o nella consegna». In realtà, col tempo, non avranno più ragione di esistere le norme di esonero di responsabilità (o di privilegio) per il soggetto gestore del servizio pubblico, perché in pieno contrasto con il principio di uguaglianza ⁽⁶⁾.

Tuttavia, ancora all'inizio del secolo scorso, il rapporto tra esercente e utente è regolato dal contratto 'imposto' dal primo al secondo, così come integrato da specifiche disposizioni normative, comprese quelle in materia di limitazione della responsabilità ⁽⁷⁾. In realtà, manca ancora il riconosci-

⁽³⁾ L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1921, 439-525.

⁽⁴⁾ V. SOTTILI, *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, a cura di L. G. RADICATI DI BROZOLO, Torino, 2001, 11.

⁽⁵⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 1 - 3.

⁽⁶⁾ Con la sentenza 303 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 1251 e ss., la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni) nella parte in cui disponevano che l'amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni non fosse tenuta al risarcimento dei danni in caso di perdita o di manomissione di raccomandate con le quali fossero stati spediti vaglia cambiari). V. altresì sull'argomento Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 463, in *Giur. cost.*, 1997, 4050 ss. e C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente tra consumatore -cliente e cittadino*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1- 2/2002, 228 ss.

⁽⁷⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 108.

mento all'utente di situazioni giuridiche soggettive attive.

A titolo esemplificativo, al fine di comprendere come il ruolo del gestore pubblico sia andato modificandosi nel tempo, si ritiene utile esaminare alcune vicende storico-politiche relative alla gestione dell'energia elettrica.

E. Rossi⁽⁸⁾ denuncia come le società elettriche fossero lasciate libere, fino al 1936, di vendere l'energia alle condizioni che meglio credevano e, poi, «la legislazione vincolistica non fece altro che cristallizzare le differenze di prezzo fra regioni e utenti, causate dalla molteplicità delle imprese elettrocommerciali e dalla diversa forza contrattuale dei consumatori».

Rileva come nel 1913 un pretore⁽⁹⁾ risolvesse una controversia relativa alla posatura di fili telefonici rispetto a quelli elettrici: «Dato l'uso sovraneamente 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».

La successiva nazionalizzazione dell'energia elettrica rappresenta un momento decisivo nella lotta ai monopoli e nell'affermazione dello Stato democratico contro i 'poteri' privati (in questo caso i 'baroni dell'elettricità').

La proposta di costituire un'azienda elettrica pubblica operante sull'intero territorio nazionale muove, dunque, dalla constatazione del «permanente e insanabile contrasto tra l'interesse privato e quello pubblico» e della «situazione non più oltre tollerabile nei rapporti tra monopoli elettrici ed esigenze della nostra economia e dell'utenza»⁽¹⁰⁾.

La legge 6 dicembre n. 1643 del 1962 espropria le imprese operanti nel settore, con le uniche eccezioni delle aziende municipalizzate e delle imprese autoproduttrici e istituisce l'Ente nazionale energia elettrica (ENEL), a cui è direttamente riservata l'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto e distribuzione. L'ENEL si configura come ente pubblico economico⁽¹¹⁾, con la possibilità di agire secondo criteri di economicità e di

⁽⁸⁾ E. ROSSI, *Elettricità senza baroni*, Bari, 1962, 65 - 66.

⁽⁹⁾ Pret. Reggio Calabria, 2 febbraio 1913, in *Riv. comunicaz.*, 1913, 652.

⁽¹⁰⁾ Proposta di legge n. 269 presentata alla Camera dei deputati il 20 settembre 1958, avente come primo firmatario Riccardo Lombardi, in *Energia e Parlamento*, Firenze, 1962, 157 ss. A. MORO, *Discorso al congresso della Democrazia Cristiana*, tenuto a Napoli il 27 gennaio 1962, in *Energia e Parlamento*, cit., 487, in modo molto prudente, a nome del suo partito, dichiara: «Non siamo in alcun modo contrari in linea di principio al pensiero di portare nella sua interezza il settore elettrico nella sfera pubblica; è questa, però, una misura che noi dovremmo prendere in relazione a un determinato obiettivo di una politica dell'energia e non come una misura che si giustifica in sé, per il solo fatto che essa riduce l'area dell'iniziativa privata».

⁽¹¹⁾ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 200, definisce gli enti pubblici economici come quelli che gestiscono imprese industriali o commerciali, usando dei mezzi giuridici del diritto privato e svolgono attività in concor-

imprenditorialità, grazie al riconoscimento di una capacità generale di diritto privato.

Nella citata normativa che nazionalizza l'energia elettrica e istituisce l'ENEL, definendone l'organizzazione e le modalità di svolgimento dell'attività, non compare invece alcuna regolamentazione delle relazioni con gli utenti⁽¹²⁾, che pur avendo un diritto soggettivo alla prestazione, oggetto di pubblico servizio, tuttavia non possono sindacare le modalità organizzative del servizio. Di conseguenza l'utente non può vantare una posizione di diritto soggettivo di fronte a situazioni nelle quali si tratta di costruire le infrastrutture necessarie a garantire la diffusione del servizio, di ripartire le risorse disponibili tra le diverse zone, di privilegiare l'una o l'altra categoria di utenza: in altri termini in tutti questi casi, gli utenti sono titolari di interessi semplici o mere aspettative di fatto⁽¹³⁾. Soltanto negli anni ottanta del secolo scorso, tuttavia, alla vigilia di privatizzazioni e liberalizzazioni, viene finalmente proposto un inquadramento unitario in chiave contrattuale dei rapporti di utenza. Dall'indagine emerge che i privilegi degli esercenti sono in larga parte superati e che gli utenti beneficiano, invece, di un sistema articolato di protezione.

In tale contesto l'utente si configura sempre più come un cittadino che beneficia di servizi gestiti ed erogati secondo criteri politici, mediante forme organizzative e giuridiche progressivamente attratte nell'ambito della prospettiva privatistica indicata infatti come quella maggiormente in grado di coniugare «le esigenze dell'imprenditorialità con quelle dell'interesse del consumatore e del pubblico in senso lato»⁽¹⁴⁾.

La Commissione europea con la comunicazione del 25 settembre 2000⁽¹⁵⁾ afferma espressamente che al centro della politica comunitaria in materia di servizi di interesse generale risiedono le esigenze dei cittadini. Si segnala che il predetto documento si riferisce ai servizi di interesse economico

renza, almeno potenziale, con i soggetti privati; v. sull'argomento Cass., 3 luglio 1979, n. 3723, in *Rass.giur. Enel*, 1981, 662: «L'ENEL costituisce lo strumento organizzativo mediante il quale vengono esercitate le attività elettriche dello Stato, che ha preferito, per ragioni organizzatorie, attribuire ad esso la gestione dell'impresa pubblica elettrica, piuttosto che gestirla direttamente come apparato di organi e stabilimenti propri o come azienda statale autonoma».

⁽¹²⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 180.

⁽¹³⁾ V. Cons. St. Sez.VI, 24 ottobre 1978, n. 1081, in *Cons. Stato*, 1978, 1, 1493 ss.

⁽¹⁴⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 217.

⁽¹⁵⁾ Pubblicata nella G.U.C.E. del 19 gennaio 2001, che conferma la posizione già assunta nella comunicazione dell'11 settembre 1996, in G.U.C.E. C 281/3 del 26 settembre 1996, 3, la quale si apre con una enunciazione significativa tesa a sottolineare l'importanza dei valori sociali: «L'attività comunitaria si ispira a un modello di economia aperta, basata sulla solidarietà e la coesione sociale, nonché sui meccanismi del mercato».

generale, dal momento che la nozione di 'servizio pubblico' ⁽¹⁶⁾ è pressoché sconosciuta al diritto comunitario, che invece definisce il concetto di 'servizio universale' come indicante l'insieme delle esigenze di interesse generale cui dovrebbero essere assoggettate nell'intera comunità determinate attività, come ad esempio le poste, l'elettricità e le telecomunicazioni ⁽¹⁷⁾. Il servizio universale ponendosi come strumento a garanzia delle condizioni minime ⁽¹⁸⁾ di soddisfazione dei bisogni generali espressi dalla società europea, svolge una funzione correttiva delle regole di mercato, che deve basarsi, non solo sulle esigenze emergenti nella società (mutevoli con l'evolversi della tecnologia), ma anche sulla struttura dei mercati che, modificandosi, potrebbero garantire spontaneamente la soddisfazione dei bisogni sottesi al servizio universale ⁽¹⁹⁾.

La legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, fornisce una definizione di 'consumatore' che comprende non solo la persona fisica che consuma un bene, ma anche l'utente di un servizio pubblico o privato. Tra i diritti fondamentali riconosciuti è altresì esplicitamente menzionato quello dell'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza ⁽²⁰⁾.

L. De Lucia ⁽²¹⁾ sostiene che il servizio pubblico (in senso ampio) si sostanzia in attività strumentali al godimento dei diritti e delle libertà dei cittadini, attenendo cioè a quelle situazioni giuridiche che per essere esercitate da tutti, in modo uguale, necessitano di prestazioni erogate secondo regole determinate. Ne deriva che in questi casi detti diritti e libertà assumono la veste di libertà complesse o di fattispecie complesse «concretizzabili solo con la realizzazione di due distinte situazioni soggettive: un diritto di

⁽¹⁶⁾ La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994 individua come 'servizi pubblici' quelli diretti «a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas».

⁽¹⁷⁾ D. CALDIROLA, *Servizi, privatizzazioni, concorrenza*, in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, Milano, 2001, 151.

⁽¹⁸⁾ V. ad esempio la direttiva 98/10/CE del 26 febbraio 1998 sulla telefonia vocale, che individua le prestazioni minime che devono essere assicurate a tutti gli utenti a prezzi accessibili, che non sono solo il servizio di telefonia vocale, ma anche il fax e il modem, l'accesso gratuito ai servizi di emergenza, l'aggiornamento degli elenchi telefonici, compreso il diritto di esserne esclusi, la fornitura dei telefoni pubblici.

⁽¹⁹⁾ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit., 567. V. sull'argomento G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 2, 1081 ss.

⁽²⁰⁾ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 41.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, 41.

prestazione e un diritto di libertà»⁽²²⁾. Tanto è vero che l'art. 117 Cost., comma 2, lett. m, a seguito della modifica di cui alla legge cost. n. 3/2001, attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; con ciò confermando non solo che vi sono alcune prestazioni preordinate al godimento di diritti e libertà, ma anche che detto godimento da parte di tutti i consociati (a prescindere dalle condizioni economiche) è una condizione per la stessa esistenza della collettività nazionale. Se, dunque, il servizio pubblico investe il singolo in relazione alla sua effettiva partecipazione alle diverse articolazioni della vita associata, ne deriva che esso rappresenta uno degli strumenti attraverso i quali i diritti, le libertà dei cittadini e il principio di uguaglianza sostanziale si vengono a coniugare, non potendosi questi sostanziare unicamente in libertà negative, ma al contrario, necessitando spesse volte interventi (di soggetti privati o pubblici) per la loro effettività. Insomma, la presa d'atto del diretto coinvolgimento dei servizi pubblici con diritti e libertà costituzionalmente garantiti spiega la circostanza della necessaria presenza a livello legislativo quanto meno di una responsabilità pubblica in ordine a detti settori⁽²³⁾. In sostanza, il nuovo regime dei servizi di pubblica utilità dirige il diritto alla prestazione non più verso lo Stato o altro ente pubblico, ma nei confronti di soggetti privati (le imprese erogatrici) che agiscono secondo la logica propria del mercato, gravando sulla sfera pubblica unicamente la responsabilità, variamente articolata, per il servizio complessivamente considerato. Così si può affermare che il servizio pubblico nel momento in cui rende effettivi diritti e libertà dei cittadini soddisfa direttamente l'interesse pubblico a questo connesso⁽²⁴⁾.

3. *Pubblica amministrazione e diritto privato.*

E. Mele⁽²⁵⁾ considera l'attività di diritto privato come uno strumento a disposizione della pubblica amministrazione per raggiungere i propri obiettivi, alla stessa stregua degli atti amministrativi. Quando il legislatore ritiene di apprestare meccanismi per il conseguimento dell'interesse pubblico stabilisce apposite norme disciplinanti, ad esempio, l'espropriazione, la requisizione, la concessione, ecc.; quando invece non ritiene di differenziare l'attività della pubblica amministrazione, non predispone alcuno strumento operativo ed ecco allora l'amministrazione operare sullo stesso piano e con le stesse regole di qualsiasi soggetto privato, comprando, vendendo, dando in locazione, e via di seguito. Da ciò la considerazione che, nono-

⁽²²⁾ *Ibidem*, 43.

⁽²³⁾ *Ibidem*, 43.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, 47.

⁽²⁵⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, 7.

stante l'ampia gamma di provvedimenti amministrativi predisposti dal nostro ordinamento, l'attività autoritativa di diritto pubblico rappresenta pur sempre un'eccezione⁽²⁶⁾, in quanto si può fare ricorso ad essa soltanto in presenza di norme specifiche che la prevedano, mentre in mancanza di tali previsioni la pubblica amministrazione è tenuta a operare per il raggiungimento degli interessi pubblici mediante gli strumenti giuridici a disposizione di tutti i cittadini⁽²⁷⁾. Sempre il Mele⁽²⁸⁾ afferma: «Se così stanno le cose, perde ogni consistenza la differenza tra l'agire pubblico e l'agire privato dell'amministrazione, che non opera mai privatisticamente, nel senso di curare interessi propri, ma sempre pubblicisticamente per curare interessi alieni, onde non è individuabile una doppia personalità, una di diritto pubblico e una di diritto privato». In realtà anche quando la pubblica amministrazione agisce *iure privatorum*, non assume la veste di soggetto di diritto privato, in quanto, in qualità di soggetto di diritto pubblico, esercita un'attività negoziale⁽²⁹⁾ inquadrata pur sempre in un procedimento pubblicistico, teso a soddisfare interessi pubblici.

Indubbiamente l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni pone una serie di problemi di carattere generale, come ad esempio quello relativo al limite che ad essa può essere imposto in tale attività. In altre parole, un'amministrazione pubblica può porre in essere qualsiasi operazione di natura negoziale o deve limitarsi soltanto a quelle che abbiano una certa attinenza immediata o mediata con gli interessi pubblici di cui è istituzionalmente tributaria?⁽³⁰⁾

⁽²⁶⁾ Eccezioni peraltro, sempre più limitate nei tempi attuali, in presenza di una diffusa 'privatizzazione' dell'attività della pubblica amministrazione.

⁽²⁷⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 9.

⁽²⁸⁾ E. MELE, *Autonomia negoziale della pubblica amministrazione e Costituzione*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1986, 2, 251.

⁽²⁹⁾ È pur vero, sostiene M. CAFAGNO, *Lo stato banditore gare e servizi locali*, Milano, 2001, 119-120, che la pubblica amministrazione si affaccia ai rapporti negoziali come contraente per natura 'anomalo' in quanto soggetto preposto, per il tramite dei suoi funzionari, alla gestione di rilevanti risorse di proprietà comune sotto la potenziale influenza di obiettivi e pressioni disparate. Il movimento lento, ma incessante, teso a eliminare i 'privilegi' creati per via interpretativa risente del superamento del concetto di autonomia privata e dell'accoglimento dell'autonomia negoziale. Mentre l'autonomia privata è intesa quale autonomia dei privati contrapposta alla potestà pubblica, l'autonomia negoziale non distingue tra i soggetti che ne fanno uso. Il superamento della dicotomia tra interesse pubblico e interesse privato è dimostrato dalle riforme legislative che hanno rivisto la struttura degli enti pubblici, avvicinandola sempre più a quella dei privati. Pertanto non costituisce più una contraddizione discorrere di enti pubblici che utilizzano strumenti privati o di enti privati che perseguono interessi pubblici. V. altresì sull'argomento M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 249.

⁽³⁰⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 13.

Il fatto è che utilizzando le amministrazioni pubbliche non denaro o mezzi propri, ma denaro e mezzi della collettività, esse devono, allorché procedono con attività strumentali, dare dimostrazione non solo della pertinenza all'interesse pubblico perseguito con queste attività secondarie, ma dimostrare anche la bontà dell'operazione, trovando in ogni caso applicazione l'art. 97 della Cost., in ordine al principio del buon andamento⁽³¹⁾, che

⁽³¹⁾ A parere di F. SPANTIGATI, *Noi e il tardo Impero: problemi attuali e esperienza del passato* in *Atti Acc. Rom. Cost.*, 13, Napoli, 2001, 791, «il tardo impero oggi per noi è importante perché è il luogo storico dove si forma l'amministrazione pubblica..., dove si distingue tra pubblico e privato in base non alla qualità degli interessi, ma al potere di cui gli stessi dispongono». Purtroppo, sottolinea F. LUCREZI, *Per un diritto amministrativo romano*, in *Atti Acc. Rom. Cost.*, 13, Napoli, 2001, 778, è innegabile il notevole ritardo accumulato dalla romanistica nello studio di quel grandioso fenomeno che è stata l'amministrazione civile dell'impero romano. Copiosa risulta, infatti, la produzione normativa del tardo impero anche sul buon andamento dell'amministrazione. Espressioni come *nostra mansuetudo* e *nostra serenitas* sono presenti in rapida successione in varie costituzioni, ad esempio in CTh. 15.1.26 del 390, in CTh. 10.10.20 del 392 e in tanti altri provvedimenti. Significativa al fine del buon andamento amministrativo CTh. 1.9.2, del 9 marzo del 386, indirizzata a *Principius magister officiorum*, avente ad oggetto la conservazione degli uffici: *ordinem vero militiae atque stipendia nemo praevertat* (nessun ministro sovverta l'ordine degli impiegati ed alteri gli stipendi) *ac si formam istius modi docebitur obtulisse, in locum, ex quo indecenter emergerat, revertatur, ut is gradu ceteros antecedit, quem stipendia longiora vel labor prolixior fecerit anteire* (colui che avrà commesso ciò dovrà ritornare al posto dal quale illecitamente fu innalzato ad un posto superiore e sarà avanzato in grado il più vicino di posto, o quello che avrà più soleremente adempiuto al suo dovere). Ricordiamo, di pari oggetto, anche CTh. 8.7.15, del 9 ottobre del 381, indirizzato a *Syagrius praefectus urbi: qui abhinc quinquennio desertis propriae apparitionis obsequiis in ordines indebitos evolarunt, pristinis officiis reddantur*. Anche qui è sancito il ritorno all'ufficio originario di chi è approdato a ordini indebiti. Tale normativa, seppure ponga regole limitatamente alla regressione delle cariche all'interno degli *officia palatina*, è indubbiamente ispirata all'idea che noi definiamo del buon andamento della pubblica amministrazione.

Allo stesso tempo non possiamo ignorare il fatto che la macchina amministrativa nel tardo impero risentisse di notevoli difficoltà oggettive, in quanto, come rileva A. CAMERON, *Il tardo impero romano*, trad. it. di M. DE NARDIS e P. ROSAFIO, Bologna, 1995, 133 ss., le opportunità che lo Stato aveva per svolgere un'efficiente attività di governo erano in genere assai limitate, data la vastità dell'impero, la lentezza dei mezzi di comunicazione e soprattutto la crisi economica, sociale e morale dell'impero. L'incertezza delle situazioni portava a nominare controllori su controllori nel tentativo di arginare il sistema della corruzione. La Cameron parla di un esercito di funzionari in cui ogni cosa era in vendita, incluso l'esercizio stesso del potere. Se ne deduce che il concetto di buon andamento nel periodo di riferimento costituiva indubbiamente obiettivo difficilmente realizzabile.

La situazione per certi aspetti non si allontana di molto con i risultati della glossa, che vuole l'imperatore «*dominus quoad protectionem et iurisdictionem*»; anzi, nel periodo medioevale, il prevalere del feudalesimo tendeva a confondere la proprietà con la sovranità, o meglio il principe era il vero proprietario di ogni cosa. V.

per tali vicende significa proficuità dell'operazione intrapresa. Se però que-

sul tema D. SEGOLONI, *La quaestio an imperator sit dominus totius mundi nei glossatori e in Bartolo*, estratto dagli Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia, 61, 1958, 13, il quale sottolinea che i giuristi medioevali nel commento ad alcuni frammenti del Digesto, come ad esempio D. 6,1,1, si sono posti la «*quaestio an princeps sit legibus solutus*», si sono cioè preoccupati della posizione del *princeps* di fronte alla legge e ne hanno limitato l'arbitrio, sottoponendolo ai vincoli della sua stessa legge e delle leggi naturali e divine. Se ne deduce che il significato di 'buon andamento' risulta inserito in un quadro di riferimento che in ogni caso subisce restrizioni rispondenti, oltre che a motivi giuridici, alle esigenze sociali ispirate dall'etica cristiana.

In realtà anche attualmente l'art. 97 della Costituzione della Repubblica Italiana ha contenuto generico, nel senso che è impossibile stabilire con esattezza una volta per tutte cosa significhino 'buon andamento' e 'imparzialità' o, se si vuole, quale significato giuridico possano avere.

F. SATTÀ, *Introduzioni ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 174, sostiene che si tratta pur sempre di un'espressione di comodo per l'amministrazione che «in questo modo può imporre il sacrificio perché c'è una legge che lo consente». B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 65 ss., rileva che in una prima ed elementare lettura del testo costituzionale peraltro sopravvissuta fino ai nostri giorni, «si riteneva che l'imparzialità assorbisse il buon andamento, sicché l'ineleganteendiadi avrebbe significato solo un categorico divieto di fare e subire favoritismi rivolto dal costituente alla pubblica amministrazione in senso soggettivo o meglio ai suoi talvolta poco affidabili funzionari». Sempre B. Cavallo definisce semplicemente «puerile» il monito di non compiere favoritismi e, al contempo, parla di «favola dell'imparzialità» riferendosi alla gestione dei mezzi di organizzazione in particolare nel settore delle costruzioni di opere pubbliche e delle forniture di beni e servizi alle amministrazioni.

F. SATTÀ, *Introduzioni ad un corso*, cit., 35, sostiene che il concetto di 'buon andamento' potrebbe farsi coincidere con quello di 'efficienza' o di 'economicità della gestione' o addirittura di 'pronto adeguamento' dell'apparato ai fini assunti dal potere politico. In astratto nessuno di questi significati in cui la terminologia può essere usata è estraneo alla Costituzione; di qui la conseguenza, inevitabile, sempre secondo Satta, che «il concetto di buon andamento sia stato formulato così, quasi più per doveroso omaggio a quello che la pubblica amministrazione dovrebbe essere che per espressa volontà di un'amministrazione organizzata in un dato modo». La sola ipotesi ragionevole è che il costituente abbia voluto deliberatamente inserire nella Costituzione una norma meramente programmatica, una direttiva, finale, addirittura una 'formula in bianco', determinare il cui contenuto sarebbe stato compito sia del Parlamento attraverso la legislazione ordinaria, sia della scienza dell'amministrazione, secondo il progredire delle tecniche amministrative.

Ricordiamo a tale proposito che fa parte del diritto positivo non solo la norma vigente, ma anche il 'canone interpretativo', quell'unità o indice di adeguamento alle esigenze mutevoli della società'. Talvolta la norma rinvia direttamente a parole del linguaggio comune e allora l'interprete ha il compito di chiarirne il senso secondo le convinzioni ricorrenti in quel momento nell'ambiente sociale. Tale discorso vale, a mio modo di vedere, per concetti quali 'correttezza', 'buon andamento', 'buona fede', 'equità', ecc., considerati da un'autorevole dottrina dei criteri di valutazione, ovvero metodi interpretativi per fornire una rappresentazione della

sta dimostrazione viene data, nessun dubbio vi è sull'utilizzabilità da parte

condotta o dell'attività dei soggetti: V. in tal senso S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1943, 391 ss.

In realtà questi canoni contribuiscono a rendere legittimi comportamenti che qualche decennio prima lo stesso ordinamento con le stesse disposizioni con una diversa interpretazione degli stessi proibiva. Col tempo permane l'uso di una terminologia che formalmente continua ad essere identica anche quando il suo contenuto è cambiato. A volte tali canoni subiscono mutamenti lievi, a volte rilevanti, come, ad es. nel caso del 'comune senso del pudore' che oggi è interpretato in modo assai diverso rispetto a qualche decennio fa, pur essendo praticamente invariata la normativa in materia, v. Cass., sez. III, 25 ottobre 2002, in *Foro ital.*, 2003, 1. A tale proposito la Suprema Corte è intervenuta più volte in casi di opere cinematografiche con immagini di particolare licenziosità o crudezza, v. ad esempio Cass, 3 febbraio 1984, in *Foro Ital.*, 1985, 1, in riferimento al film *Caligola* realizzato e successivamente rinnegato da T. Brass nel 1977, oggetto di liti giudiziarie a catena, proiettato in Italia nel novembre del 1979, sequestrato e rimontato nel 1984 da F. Rossellini: «Il comune senso del pudore, pur affievolito dalla evoluzione dei costumi, ha ancora una sua attuale dimensione, sia pure limitata, e questa è travolta dalla brutalità e bestialità descrittiva delle immagini e dalla loro corrosività rispetto alla sensibilità e riservatezza della generalità dei cittadini». Per non parlare del recente film *Apocalypso* di Mel Gibson, contenente scene di estrema violenza e di immagini disturbanti che si susseguono incessantemente per tutta la durata dello spettacolo; eppure il film in argomento, tra l'altro proprio 'di nazionalità USA' e classificato negli Stati Uniti d'America 'restricted', cioè vietato ai minori di anni 17, in Italia è uscito non vietato (solo il TAR del Lazio aveva comunque vietato il film nell'intera regione) e, solo in tempi successivi, vietato ai minori di 14 anni (v. sull'argomento T.A.R. del Lazio, sez. II *quater*, 14 marzo 2007, n. 2301).

Anche nel concetto di 'buon andamento' è necessario evidenziare un cambiamento di percorso: infatti in un'amministrazione che M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1988², 91, definisce 'per atti', ovvero in un'amministrazione chiusa in sé stessa, per 'buon andamento' si intendeva un comportamento non macchiato da incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere. In ogni caso buon andamento era precisione, regolarità, affidabilità, correttezza. Nell'amministrazione riammodernata per 'buon andamento' si intende, in aggiunta, anche 'amministrazione buona', che ha come finalità il miglioramento dell'efficienza e dell'economicità del settore pubblico. D'altra parte se con 'interpretazione' si intende l'accertamento teorico del significato dell'oggetto da interpretare, il risultato di una interpretazione giuridica può essere soltanto l'accertare lo schema costituito dal diritto da interpretare e quindi la conoscenza di più possibilità esistenti all'interno di questo schema. V. sull'argomento H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 384, secondo cui l'interpretazione di una legge deve possibilmente condurre a più conclusioni, tutte di uguale valore, nella misura in cui le si raffronta soltanto alla legge da applicare, anche se soltanto una di esse si trasforma in diritto positivo, mediante l'atto dell'organo che applica il diritto e particolarmente del tribunale. «Il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa in verità soltanto che si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge e non che essa è la norma individuale, bensì una fra le norme individuali che possono essere prodotte all'interno dello schema della norma generale».

Come sottolinea P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977³, 29, sono da considerare 'clausole generali' le norme che utilizzano concetti rivestiti dei caratteri descritti, es. correttezza (v. artt. 1175 e 2598, n. 3 c.c.), sensatezza della persona (art. 1435 c.c.), ecc., il cui uso «può essere giustificato e raccomandato per consentire l'adeguamento delle norme e del sistema alle mutate situazioni sociali ed economiche, ma può pure prestarsi nelle mani di una magistratura debole a piegare il diritto alla ideologia di una classe o di un gruppo (come avvenne in Germania attorno al '30, quando 'la fuga nelle clausole generali' finì per agevolare la disponibilità e poi la conversione della giustizia tedesca al nazismo)». In pratica il Rescigno afferma che le clausole generali sono le norme che contengono i canoni interpretativi; l'analisi delle eventuali differenziazioni tra clausole generali e canoni interpretativi non è oggetto di discussione in questa sede. Interessante al riguardo risulta comunque la posizione di G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 439-440, laddove definisce le clausole generali come un 'concetto *bisognoso di integrazione valutativa*', in quanto esse comportano la necessità che l'interprete ponga in essere dei *giudizi di valore* e proprio questo rinvio da esse operato all'interprete spiega la loro caratteristica di 'concetti elastici', contenenti previsioni capaci di 'adeguarsi' e 'adattarsi' ai mutamenti delle condizioni in cui viene a operare in ciascun momento storico l'ordinamento giuridico. V. altresì S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, 727 ss., secondo cui l'indeterminatezza delle clausole generali è intenzionale, voluta dallo stesso legislatore al fine di interpretare i cambiamenti sociali. Sull'argomento v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 376 ss., il quale sostiene «la essenzialità negli attuali sistemi dello strumento delle clausole generali e del loro stretto legame con il procedimento equitativo».

È necessario segnalare che a volte il rinvio alle clausole generali muove dall'incertezza o vaghezza del significato di un termine, da cui consegue la difficoltà di poter riferire tale significato a un caso specifico; v. C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 299 ss.; v. C. LUZZATTI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2000, 117 ss. Chiaramente, come sostiene G. NOCERA, *Autorità*, in *Enc. del dir.*, 1969, 465, «se del linguaggio caratteristico di un popolo si vuole cogliere tutto il significato, non basta far ricorso alle diverse accezioni lessicali delle parole e alle loro esemplificazioni filologiche, ma occorre collegare le espressioni con la vita che le ha generate e alimentate». Non a caso, per fare un esempio, il termine *auctoritas* ha assunto nella storia oltre il significato più ristretto di legittimità, garanzia, autenticità anche il senso più ampio di spinta, incoraggiamento, così come lo intendeva Cicerone (F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Torino, 1972, 299). A tale proposito, sempre G. NOCERA, *Autorità*, cit., 475, riporta un fatto, almeno all'apparenza, insolito: Dione Cassio (nato a Nicomedia in Bitinia sotto Antonino Pio intorno al 163 d.C.) nella sua *Storia romana* scrive che è assolutamente impossibile tradurre in greco il termine *auctoritas*: evidentemente quello storico non trovava nella sua lingua il corrispondente di una nozione propria *civium romanorum*. Confrontando infatti il romano *auctoritas* col greco ἄρτιπια può essere confermata l'intraducibilità di cui si doleva Dione Cassio: infatti il concetto di ἄρτιπια fa riferimento alla qualità che viene dal riconoscimento, mentre quello di *auctoritas* va ricollegato alla capacità personale creativa. Non a caso, al fine di individuare il precetto, sostiene E. ROPPO, *Istituzioni*

della pubblica amministrazione di qualsiasi negozio di diritto privato⁽³²⁾.

In questa ottica ad esempio il Consiglio di Stato⁽³³⁾ ha considerato illegittimo un contratto di acquisto di immobile con caratteristiche monumentali da parte di un Comune, non ravvisandosi nella specie tale necessità per la sede municipale.

Le problematiche relative ai 'contratti della pubblica amministrazione'⁽³⁴⁾ costituisce una delle tematiche più interessanti del rapporto, spesso conflittuale nel nostro ordinamento, tra disposizioni di diritto privato e pubbliche amministrazioni.

In un sistema normativo caratterizzato dalla proliferazione di leggi disorganiche e comunque lacunose, ha assunto cruciale importanza il ruolo della giurisprudenza che però a volte ha compiuto interpretazioni e rico-

di diritto privato, Bologna, 2001, 29, «l'interprete è chiamato a fare da mediatore tra il testo normativo e la realtà sociale».

Qualsiasi espressione venga adoperata dallo studioso di oggi, avverte giustamente S. A. FUSCO, *Storia costituzionale romana, storia concettuale e sociologia storica: le categorie del 'potere' nel pensiero di Max Weber* in *SDHI*, 61, 1995, 785, essa diventa automaticamente moderna, per il fatto stesso di essere utilizzata all'interno di una struttura di pensiero attuale.

⁽³²⁾ E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 14.

⁽³³⁾ C. Stato, sez. V, 23 ottobre 1981, n. 512, in *Foro it.*, 1982, 146: «È illegittima la deliberazione comunale di acquisto di un immobile avente caratteristiche monumentali ed artistiche, allorché l'acquisto si riveli, oltreché sproporzionato sul piano finanziario in rapporto alle modeste dimensioni dell'ente, non adeguatamente motivato sull'uso pubblico e sociale del compendio e non preordinato all'ulteriore, esclusiva utilizzazione ai fini propri dell'ente (nella specie: era in corso la costruzione di una nuova casa comunale)».

⁽³⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 800, 801, nota che la dottrina meno recente, salvo che in Francia, non si è occupata molto dell'attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, e quindi dei contratti, soprattutto ad evidenza pubblica. A tale proposito la dottrina francese ritenne inizialmente che il *contrat administratif* costituisse una figura di atto a sé stante; negli sviluppi più recenti ritenne il *contrat administratif* un contratto di diritto privato, in cui l'amministrazione ha delle "prerogative", che consistono in poteri di direzione, di controllo, di infliggere sanzioni pecuniarie, di modificare il rapporto, di non adempiere e di porre delle *clauses exorbitantes* rispetto a quello che sarebbe lo schema di contratto tra privati. M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuali della p.a.*, Torino, 2003, 13, sostiene che l'attuale opinione prevalentemente tende a collegare simmetricamente la qualificazione dei vari contratti dell'amministrazione all'ampiezza della legittimazione negoziale conferita dal legislatore all'amministrazione stessa. In buona sostanza laddove è possibile individuare una legittimazione negoziale ampia e incondizionata, il contratto che potrà stipularsi è del tutto simile alla fattispecie prevista per qualsivoglia soggetto di diritto privato: al restringersi di quella legittimazione, corrisponderanno ipotesi più singolari di fattispecie contrattuali.

È rilevante come in trattazioni ottocentesche della materia siano già contenute tesi interessanti sull'applicabilità o meno delle disposizioni di diritto privato alla

struzioni assai discutibili, riconoscendo una posizione diversa e in tutta evidenza di privilegio alla pubblica amministrazione ⁽³⁵⁾. Partendo da un presupposto smentito più volte nella pratica, e cioè la presunzione dell'agire lecito e corretto degli enti pubblici ⁽³⁶⁾, i giudici hanno ritenuto che gli artt. 1341, comma 2 ⁽³⁷⁾ e 1342 ⁽³⁸⁾ c.c. non riguardassero anche le strutture pubbliche: l'apposizione di clausole vessatorie ad opera della pubblica amministrazione non comportava alcun aumento delle garanzie, seppure soltanto formali, a favore di chi era costretto a subirle (contraente privato). Per capire quanto grave fosse il problema e in che misura si realizzasse la

pubblica amministrazione (v. L. VIOLA, *Condizioni generali di contratto e pubblica amministrazione*, Padova, 2000, 2). Tra le tesi contrarie, ricordiamo una citazione di G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880, 3, 385: «Il codice civile serve male a giudici e ad avvocati per le definizioni del diritto civile dello Stato, per le quali non è scritto». Tra le tesi favorevoli, riportiamo la citazione di G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1899, 2, 2: «La dottrina delle persone giuridiche deve studiare l'amministrazione pubblica negli atti di gestione patrimoniale, dismesse le attribuzioni autoritarie, la natura giuridica dei beni posseduti dallo Stato, i contratti e le altre obbligazioni fra lo Stato e i terzi, esaminando tutto questo con la logica del diritto privato».

⁽³⁵⁾ M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 11-12; F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali*, in *Corr. Giur.*, 1996, 294, afferma: «Fino alla fine degli anni '60 e in certa misura in epoca anche successiva era riscontrabile un orientamento giurisprudenziale propenso a dar foggia a una sorta di diritto speciale privato, da applicarsi alla p.a., allorché questa dismettesse i panni autoritativi, per acquisire la veste di contraente. In sostanza, l'affermazione in via di principio dell'assoggettamento del soggetto pubblico alla normativa di diritto comune risultava svilita in concreto dall'enucleazione di sconfinata 'zone franche' all'interno delle quali la p.a. poteva agire senza essere condizionata dai viluppi privatistici, godendo di privilegi sbrigativamente giustificati con il carattere collettivo degli interessi perseguiti».

⁽³⁶⁾ Cass., Sez. I, 23 luglio 1969, n. 2766, in *Mass. Foro it.*, 1970, I, 96, fa discendere automaticamente l'agire imparziale e giusto dal fine generale che è perseguito.

⁽³⁷⁾ Art. 1341, comma 2 c.c.: «In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria».

⁽³⁸⁾ Art. 1342 c.c.: «Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente».

disuguaglianza di trattamento è sufficiente considerare che l'ente pubblico faceva uso e continua a farne, di moduli negoziali ⁽³⁹⁾ dal medesimo predisposti per evidenti ragioni di uniformità, di celerità e di buon andamento dell'amministrazione ⁽⁴⁰⁾.

La giurisprudenza più recente appare decisamente orientata per la riduzione dell'area di privilegio della pubblica amministrazione. La stessa Cassazione è ritornata sui suoi passi, sancendo il rispetto degli artt. 1341, comma 2, e 1342 c.c. anche da parte della pubblica amministrazione ⁽⁴¹⁾.

V. Mengoli ⁽⁴²⁾ rileva altresì quanto sia importante (dall'entrata in vigo-

⁽³⁹⁾ Il riferimento è ai capitoli generali e speciali. Essi sono un insieme di regole contrattuali predisposte normalmente dalla pubblica amministrazione per ogni tipo negoziale. M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 125, usa l'espressione 'modulo convenzionale' per individuare quelle fattispecie in cui tra gli interessati e la pubblica amministrazione si giunge a 'soluzioni concordate', non imposte in via autoritativa. V. altresì sull'argomento C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti degli enti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2/2004, 188, secondo cui la locuzione 'modulo convenzionale' è così ampia da comprendere figure e istituzioni diverse che possono rientrare nell'ambito del contratto di diritto pubblico o nel contratto di diritto privato.

⁽⁴⁰⁾ M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 17.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, 18. A tale proposito rilevano Cass., 29 settembre 1984, n. 4832, in *Foro it.*, 1984, 1, 2442: «Le clausole limitative della responsabilità dell'amministrazione delle ferrovie dello stato, dalla stessa predisposte, per disciplinare in maniera uniforme una serie illimitata di futuri contratti, ed inserite nel capitolato di appalto di oo. pp., concluso a licitazione privata, sono inefficaci nei confronti dell'appaltatore che, avendole accettate senza trattative sul punto, non le abbia approvate specificamente per iscritto ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c.» e Corte cost. [ord.], 21 gennaio 1988, n. 61, in *C.E.D.*, *rv 10235*: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1341 e 1342 c.c., ove siano interpretati nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina relativa alla sottoscrizione delle clausole vessatorie ai contratti stipulati dalla p. a., in riferimento agli artt. 3 e 24 cost.». In riferimento alla sopra citata sentenza della Cassazione 4832/84, F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A.*, cit., 294, afferma: «Più di recente, è caduta una delle ultime barriere pervicacemente frapposte alla partecipazione del contraente pubblico a quello privato, rappresentata dalla pretesa inestensibilità del disposto dell'art. 1341 c.c., capoverso, in tema di approvazione specifica per iscritto delle condizioni generali di contratto di stampo vessatorio. A partire da uno storico *dictum* del 1984, la S.C. ha sgretolato quello che ormai sempre più chiaramente si appalesava alla stregua di dogma privo di fondamento razionale, argomentando dal rilievo che la citata disposizione contempla un onere formale di carattere generale, suscettibile di applicazione indipendentemente dalla necessità di tutelare un soggetto versante in condizioni sostanziali di inferiorità contrattuale. Di qui, la conclusione dell'inconferenza della pretesa estraneità del soggetto pubblico a logiche prevaricatrici rispetto all'attuazione del congegno formale predisposto dal legislatore del 1942».

⁽⁴²⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 5.

re dell'art. 11 della L. 241/1990) definire i confini tra il contratto di diritto privato e l'accordo amministrativo, dal momento che le fondamentali fattispecie di contratto di diritto pubblico, allo stato attuale, sono state ricondotte dalla giurisprudenza all'accordo amministrativo, quale disciplinato dall'art. 11 (si pensi ad esempio alla maggior parte delle convenzioni edilizie). Una parte della dottrina configura gli accordi come contratti di diritto comune, che si differenziano da quelli civilistici non per la natura giuridica, ma solo per l'oggetto (pubblico) ⁽⁴³⁾. V. Mengoli, utilizzando la definizione del contratto di cui all'art. 1321 c.c. ⁽⁴⁴⁾, ci fornisce una (possibile) definizione generale di accordo amministrativo, quale «accordo intercorrente fra una o più pubbliche amministrazioni e una o più parti private, concluso in sostituzione di un provvedimento o per determinarne il contenuto. Tale accordo è diretto a produrre, in via diretta o mediata, gli effetti tipici del relativo provvedimento, nonché a costituire, regolare o estinguere tra le parti che lo hanno concluso un rapporto giuridico patrimoniale» ⁽⁴⁵⁾. Ancora V. Mengoli ⁽⁴⁶⁾ fa notare come l'accordo amministrativo ex art. 11 L. 241/90 abbia la connotazione della vincolatività, ossia la capacità di impegnare le parti con la forza della legge e sulla base della loro concorde volontà, così come sancito dall'art. 1372 del c.c. Questo principio applicato agli accordi amministrativi, non solo conserva i suoi significati originari, ma ne acquista uno nuovo, cioè l'assunzione di impegni non solo per il soggetto privato, ma anche per l'amministrazione. Esiste tuttavia una fondamentale differenza tra i contratti e gli accordi amministrativi; mentre di norma un privato è libero di concludere un contratto con una parte piuttosto che con un'altra, nell'accordo amministrativo il privato è quasi sempre obbligato a concludere l'accordo con la parte pubblica presso la quale pende il procedimento, o che comunque risulta competente (ad esempio, per le convenzioni di lottizzazione, il Comune dove è sita l'area da lottizzare). Ciò rende la parte privata non perfettamente libera di determinare il contenuto dell'accordo, se non altro con riferimento alla parte soggettiva dell'altro con-

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, 16.

⁽⁴⁴⁾ D. MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 1-2, definendo il codice civile 'un appiglio sicuro' nella scelta dello strumento contrattuale, espone la convinzione che esista un diritto comune a pubblici e privati operatori, e che tale diritto debba essere identificato nel diritto privato. In primo luogo, l'applicazione delle regole generali non impedisce in via di eccezione di derogarvi; poi il diritto privato moderno e in particolare la disciplina del contratto hanno da tempo abbandonato il principio della indiscutibile parità formale dei contraenti, rivelandosi anno dopo anno strumenti sempre più duttili per il perseguimento della parità sostanziale delle parti contraenti e, proprio per questo, mezzo di affermazione di interessi superindividuali e collettivi.

⁽⁴⁵⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, cit., 18.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, 287.

traente. A tale proposito, mancando una espressa disciplina legislativa, spetterà al buon senso dell'amministrazione, ed eventualmente al giudice, determinare il confine entro il quale può esplicarsi la libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, considerando sempre che la parte debole e bisognosa di tutela nella maggior parte dei casi è il soggetto privato, che resta sempre esposto all'eventualità dell'esercizio non consensuale dei poteri autoritativi dell'amministrazione con cui contratta ⁽⁴⁷⁾.

D'altra parte, se così non fosse, l'accordo amministrativo si trasformerebbe in uno strumento perverso, che si ritorcerebbe contro gli stessi privati, permettendo all'amministrazione di realizzare effetti per essi pregiudizievoli ⁽⁴⁸⁾. Indubbiamente, sia nell'accordo amministrativo che nel provvedimento amministrativo, la causa è la stessa, ossia la finalizzazione al pubblico interesse (specifico e concreto). Il contenuto dell'accordo è di duplice natura, pubblicistico e privatistico: l'interesse privato si confronta con l'interesse pubblico, che da generico e indistinto diventa concreto e puntuale, tale da essere confrontato con quello o quelli privati presenti nell'ambito del procedimento. Pertanto la legge 241/90 muta la prospettiva: gli interessi privati non sono più sullo sfondo, in posizione defilata, ma costituiscono i fondamenti degli apporti privati decisivi per selezionare lo stesso interesse pubblico, per definirne i contorni e precisarne i modi di soddisfacimento ⁽⁴⁹⁾. In questa ottica il diritto privato viene spesso elevato a strumento di efficienza, in quanto più agile rispetto a un'organizzazione rigida e preconstituita in ogni sua parte, il più delle volte assolutamente inidonea allo snellimento dell'azione amministrativa. In realtà, come sottolinea P. Cerbo ⁽⁵⁰⁾, l'accordo amministrativo si fonda anche su una esigenza di 'organizzabilità'. D'altra parte, l'amministrazione col tempo si è trovata a far fronte a incarichi sempre più complessi, pur mantenendo un contesto strutturale organizzativo pensato in epoche in cui tali esigenze non sussistevano. Naturalmente, è impensabile che ogni amministrazione si possa

⁽⁴⁷⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 49-50; sull'argomento F. MANGANARO, *Risarcimento del danno ed amministrazione per accordi*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 204, rileva che l'amministrazione, dal momento che decide di conformare l'interesse pubblico stipulando un accordo, può sottrarsi agli obblighi pattuiti solo alle condizioni stabilite dal legislatore (recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico con la corresponsione di un indennizzo), ma non rimanendo inerte o emanando un provvedimento difforme da quanto concordato. F. LEDDA, *Nuove note sugli accordi di "diritto pubblico" su alcuni temi contigui*, in *Giur. it.*, 1998, 5, 395, afferma: «l'accordo deve pensarsi come impegnativo: se non è impegnativo non è accordo nel senso del diritto».

⁽⁴⁸⁾ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 1993, 21.

⁽⁴⁹⁾ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi*, cit., 62.

⁽⁵⁰⁾ P. CERBO, *Moduli convenzionali nell'organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003, 269.

dotare di tutte le strutture specializzate necessarie allo svolgimento del complesso dei suoi compiti, in quanto una simile scelta risulterebbe gravemente inefficiente: si moltiplicherebbero le strutture con funzioni simili, con dispersione delle risorse a disposizione e difficoltà a raggiungere gli obiettivi prefissati. Pertanto, l'amministrazione pubblica, laddove se ne ravvisi la necessità, può avvalersi delle capacità di tecnici di alta professionalità non alle proprie dipendenze⁽⁵¹⁾; a tale proposito rilevano gli accordi fra amministrazioni e professionisti privati, i c.d. contratti di collaborazione, consulenza, ecc.⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 400.

⁽⁵²⁾ Pur essendo oggetto specifico del diritto del lavoro, ho ritenuto opportuno dedicare un appropriato spazio ai contratti di consulenza, assistenza legale, ecc., considerate il ricorso crescente da parte degli enti pubblici. L'art. 7 del decreto lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al punto 6., recita: «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». L'atto di conferimento dell'incarico è provvedimento amministrativo, mentre il rapporto cui dà vita, comportando obbligazioni tra le parti, è contrattuale. L'incontro delle volontà precede il provvedimento amministrativo, che peraltro formalmente costituisce il rapporto. V. sull'argomento M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 401 ss. L'oggetto del contratto di collaborazione è una prestazione d'opera intellettuale, che tuttavia non ha i caratteri propri dell'appalto di servizi *ex art.* 1655 c.c., in quanto l'appaltatore deve necessariamente essere una media o grande impresa. Inoltre, l'oggetto del contratto di appalto di servizi – prestazione imprenditoriale di un risultato – si differenzia nettamente dal contratto d'opera, che è dato dalla prestazione intellettuale, senza che sia presupposta un'organizzazione di mezzi o l'utilizzazione di lavoro altrui. V. sull'argomento T.A.R. Liguria, sez. II, 22 giugno 2002, n. 705, in *Foro it.*, 2003, 258; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 14 febbraio 2002, n. 84, in *Foro it.*, 2002, 223; Cass., S.U., 19 ottobre 1998, n. 10370, in *Foro it.*, 1998, 108. Tale fenomeno viene spesso visto con diffidenza, non solo per il suo notevole impatto sulla spesa pubblica, ma anche per il 'depauperamento', in termini di conoscenze e competenze, che esso comporta per l'amministrazione; non di rado infatti si tratta di servizi che potrebbero essere erogati direttamente da figure professionali già esistenti all'interno dell'apparato amministrativo (E. BELISARIO, *I contratti d'opera e professionali della p.a.*, in *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2005, 2, 552).

In materia di affidamento di incarichi di collaborazione a soggetti estranei all'amministrazione, si segnala la disposizione contenuta all'art. 1, comma 9, d.l. 12.7.2004, n. 168 (*"Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica"* convertito in legge 30.7.2004, n. 191) che, nel recepire l'insegnamento della giurisprudenza contabile, ha disposto che l'affidamento di incarichi «in materia e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente, deve essere adeguatamente motivato ed è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero nell'ipotesi di eventi straordinari. In ogni caso va preventivamente comunicato agli organi di controllo e agli organi di revisione di ciascun ente»; v. C. conti, sez. giur. reg. Sardegna, 27 agosto 1997, n. 887, in *Foro it.*, 1998, 114; C. conti, sez. contr. reg.

Nell'ultimo decennio, hanno avuto impiego crescente anche i contratti associativi ⁽⁵³⁾ volti alla costituzione di società a partecipazione pubblica minoritaria o maggioritaria. Tale tendenza trova origine nella consapevo-

Sardegna, 7 giugno 1993, n. 106, in *Foro it.*, 1994, 69. Si prevede poi espressamente che l'affidamento di incarichi in assenza di questi presupposti costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale (v. T.A.R. Puglia, sez. II, 20 giugno 2003, n. 2535, in *Foro it.*, 2003, 551: «Costituisce violazione dei principi di economicità di gestione e di buon andamento della spesa pubblica l'affidamento di una consulenza legale esterna da parte di un ente locale dotato di un proprio ufficio contenzioso»).

⁽⁵³⁾ F. STADERINI-I. FRANCO-S. ZAMBARDI, *I contratti degli enti locali*, Padova, 2000², 504 ss. Il contratto di società (art. 2247 c.c.) ha trovato esplicito riconoscimento, quale possibile strumento organizzativo a disposizione degli enti locali, con l'art. 22, comma 3, lett. e, della legge 8 giugno 1990, n. 142, il quale ha previsto per Comuni e Province la possibilità di gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico. La legislazione successiva (art. 12 legge 23 dicembre 1992, n. 498; art. 4 D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito con legge 29 marzo 1995, n. 95) ha poi ampliato la possibilità di utilizzare il modulo societario, facendo cadere il requisito della proprietà maggioritaria in mano all'ente, con ciò esaltando l'effetto di privatizzazione che è proprio di tale modello. La carica innovativa portata dalle leggi n. 498 e n. 95 risiede, in particolare, nell'introduzione di società miste a partecipazione pubblica minoritaria, quali possibili affidatarie di servizi pubblici locali, in aggiunta alle preesistenti società a maggioranza pubblica. Con la soppressione del vincolo maggioritario, viene incentivato il processo di dismissione della proprietà pubblica e si rende il privato più partecipe alla gestione dell'impresa, secondo scelte legate alle regole del mercato. È stato chiarito, in primo luogo, che la scelta dell'ente locale (tra le diverse forme di gestione dei servizi che gli sono consentite) è ampiamente discrezionale, ma deve, tuttavia, aver riguardo al modo migliore di realizzare l'interesse pubblico, anche se, come sottolinea A. CAROSELLI, *L'affidamento del servizio pubblico alla società mista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8/2005, 856, mentre il rapporto tra l'autorità pubblica e i propri servizi risponde a logiche di pubblico interesse, la partecipazione del privato alla società si risolve in un investimento di carattere economico. Rimane comunque il fatto che la decisione di ricorrere al modulo societario deve trovare giustificazione nell'esistenza di motivi, riconducibili alla 'natura del servizio da erogare' ex art. 22 legge n. 142/1990, che rendano opportuno il coinvolgimento di altri soggetti, apportatori di capitali, tecnologie e capacità imprenditoriali.

L'art. 12 della legge n. 498/92 stabilisce, al quarto comma, che le tariffe dei servizi espletati dalle società partecipate siano determinate in modo da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, attraverso l'integrale copertura dei costi e l'adeguata remunerazione del capitale investito, che deve risultare coerente con le prevalenti condizioni di mercato. L'art. 5 del D.P.R. n. 533/96, infine, stabilisce che i rapporti tra ente pubblico e soci privati siano regolati all'atto della costituzione della società, ovvero con apposita convenzione, in modo che siano assicurati il corretto svolgimento del servizio e la verifica della economicità della gestione.

Circa la natura delle società partecipate, si è ritenuto pacificamente che esse operano in regime privatistico e sono assoggettate alla disciplina del diritto comu-

lezza che, attualmente, la gestione di alcuni servizi può venire più utilmente affidata a strutture private, riservando agli organi della pubblica amministrazione i compiti di indirizzo e controllo; essa risponde, inoltre, all'intento di accedere, per tale via, al finanziamento privato, alleggerendo gli oneri a carico dell'ente pubblico.

Sempre nell'esigenza dell'amministrazione di reperire nuove fonti di finanziamento va vista la ragione del progressivo ricorso al contratto di sponsorizzazione⁽⁵⁴⁾, quale modulo contrattuale alternativo all'appalto.

ne. V. sull'argomento F. STADERINI-I. FRANCO-S. ZAMBARDI, *I contratti degli enti locali*, cit., 507 ss.

Sempre a proposito di contratti associativi, nell'ambito della esternalizzazione della gestione dei servizi svolti dalle pubbliche amministrazioni, ricordiamo ad esempio, a seguito di deliberazione di Giunta del Comune di Terni n. 624 del 27 dicembre 2002, con contestuale approvazione di una convenzione, l'affidamento al Centro Multimediale s.p.a., quale partner tecnologico di minoranza, dell'incarico di progettazione, installazione e gestione dei sistemi di rilevazione degli accessi all'interno delle zone a traffico limitato, mediante apposite apparecchiature (varchi elettronici previsti dal D.P.R. n. 250/1999) e il successivo affidamento della gestione dei verbali redatti da personale della Polizia Municipale con deliberazione di Giunta comunale n. 388 del 6 luglio 2006.

F. BANDINI, *Multe in outsourcing. Con riserva*, in *Italia Oggi* del 18 ottobre 2005, 29, sottolinea che un Comune può affidare all'esterno il servizio di gestione delle contravvenzioni stradali solo a favore di soggetti iscritti all'albo indicato dall'art. 53 del d.lgs. n. 446/1997 (cessionari della riscossione dei tributi locali). E la mancanza di questo requisito comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara. V. sull'argomento Consiglio di Stato, sez. V, Napoli, 3 ottobre 2005, n. 5271, in *Giornale di dir. amm.*, 2005, 1329 (m).

⁽⁵⁴⁾ Si evidenzia che la questione del debito degli enti territoriali è divenuta, ormai, di stretta attualità, visto che le cifre dell'indebitamento di livello subnazionale aumentano con tassi di crescita piuttosto significativi. Ad esempio, G. P. MANZELLA, *Indebitamento degli enti territoriali e legge finanziaria 2005*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2005, 337, sottolinea che tra il 1999 e il 2003 il debito complessivo delle amministrazioni locali è passato da euro 32,6 mrd a euro 50,2 mrd. In realtà la situazione finanziaria degli enti locali è notoriamente in perenne affanno per l'impari rapporto tra le risorse disponibili e le crescenti esigenze della cittadinanza. Con l'art. 43 della legge 27.12.1997 n. 449 (c.d. finanziaria 1998 contenente "Misure per la razionalizzazione della finanza pubblica"), abrogato dall'art. 6 della legge 31 marzo 2000, n. 78, il legislatore, nell'intento di trovare un rimedio al problema della limitatezza della finanza pubblica, ha formalmente riconosciuto il contratto di sponsorizzazione, un istituto già utilizzato con una certa frequenza dalle pubbliche amministrazioni, (per quanto assai più conosciuto da parte del mondo privatistico), 'al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa, di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati'. Si consulti D. BEZZI-G. SANVITI, *Accordi di collaborazione e contratti di sponsorizzazione*, Milano, 1998, 8 ss.; v. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in *Foro it.*, 2002, 495; v. altresì S. STEFANELLI, *I contratti della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto privato del mercato*, a cura di A. PALAZZO e A. SASSI, Perugia, 2007, 551 ss.

Si rileva che la normativa di derivazione comunitaria nel nostro ordinamento non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo nell'ambito delle fattispecie complesse caratterizzanti i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni e a cui sono estranee le problematiche qualificatorie proprie del sistema giuridico interno⁽⁵⁵⁾. Ciò che guida il legislatore comunitario è il perseguimento del fine della tutela

Appare evidente come la possibilità di avvalersi della sponsorizzazione debba trovare riferimento nello statuto dell'ente locale, rientrando, anche se in senso lato, nelle forme di organizzazione e degli indirizzi dell'ente medesimo, sotto il profilo delle risorse economiche e del loro sfruttamento. L'asse decisionale e, quindi la realizzazione dei contratti di sponsorizzazione, è individuato nella dirigenza, che deve rispettare come linea di principio la scelta delle procedure di evidenza pubblica, lasciando come residuale l'ambito della trattativa privata, la cui opzione dovrà essere oggetto di adeguata motivazione. V. sull'argomento S. RAIMONDI- R. PATRASSI, *Impianti sportivi comunali*, Milano, 2001, 182 ss. Nella scelta dello sponsor, quindi, l'amministrazione dovrà sempre garantire che la realizzazione dell'interesse economico perseguita da detto soggetto sia strettamente connessa a quella dell'attività per cui l'amministrazione ha beneficiato del finanziamento derivante dalla sponsorizzazione. E' nel momento di costruzione dell'accordo negoziale, infatti, che l'amministrazione dovrà indicare con precisione quali siano le fonti, regolamentari e non, contenenti i principi di disciplina della materia e di cui si pone il necessario rispetto, potendo altresì inserire apposite clausole di salvaguardia della bozza contrattuale, che spesso si trova a disposizione dei concorrenti già in sede di invito a presentare l'offerta. Si deve inoltre considerare che si può parlare di risparmi di spesa solo nel caso in cui un'amministrazione abbia già previsto in bilancio uno stanziamento, secondo i programmi ordinari di spesa, e questo stanziamento, in tutto o in parte viene risparmiato attraverso la sponsorizzazione.

Dato l'interesse mostrato dagli enti pubblici a tale fenomeno, la legge 2 agosto 1982, n. 512 ha consentito ai soggetti che indirizzano la propria attività verso il campo della cultura in genere, la deducibilità, ai fini delle imposte sui redditi delle persone fisiche e giuridiche, delle erogazioni effettuate a favore dello Stato o di enti pubblici.

Marcello Iacubino, segretario comunale del Comune di Bovino (FG) al Convegno tenutosi a Firenze – Hotel Londra il 24 e il 25 novembre 2004 ha evidenziato alcune ipotesi applicative del contratto di sponsorizzazione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni: ad esempio, è interessante il caso del Comune di Chatillon, in Valle D'Aosta, che ha venduto la carta intestata del Municipio come spazio pubblicitario per un Istituto di credito; il Comune di Storo (TN) ha bandito un avviso pubblico per la sponsorizzazione del pavimento della palestra di un centro sociale pluriuso, affinché lo *sponsor* realizzasse i lavori di posa e finitura del parquet del campo da gioco, inserendo il proprio logo in una porzione di pavimento, per la durata di 10 anni. Per quanto sopra esposto, v. M. IACUBINO, *Il reperimento di risorse alternative da parte delle P.P.AA.: il contratto di sponsorizzazione. Ipotesi applicative*, in *Le sponsorizzazioni nella pubblica amministrazione*, Firenze, Hotel Londra 24-25 novembre 2004, 24.

⁽⁵⁵⁾ C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti degli enti pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2/2004, 189 ss.

della concorrenza e del mercato e per raggiungere tali obiettivi sono stati impiegati istituti propri dei diritti nazionali, come quelli disciplinati dall'ordinamento interno per i contratti delle pubbliche amministrazioni, nati secondo un principio ispiratore fondamentalmente diverso, cioè la tutela dell'interesse pubblico. Pertanto la materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni, pur rappresentando uno dei settori più importanti del diritto comunitario, è iniziata e si è sviluppata senza che vi fosse una disposizione specifica del Trattato di Roma a fondamento⁽⁵⁶⁾. Il settore dei contratti delle pubbliche amministrazioni, del resto, rappresenta per la Comunità ragione di grande interesse a causa della sua rilevanza economica (si pensi che il valore della domanda pubblica è stato quantificato intorno all'undici per cento del prodotto interno lordo dell'Unione europea)⁽⁵⁷⁾ e, quindi, del suo rilievo per la formazione di un effettivo libero mercato comune. Il

⁽⁵⁶⁾ Per le direttive emanate negli anni settanta e nella prima metà degli anni ottanta si faceva riferimento, come giustificazione dell'intervento, alle disposizioni di principio del Trattato che stabiliscono il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità (art. 12 par. 1 ex 6 del Trattato), il divieto delle restrizioni alle importazioni, nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente (ex art. 28 ss., ex 30 ss. del Trattato), il diritto di stabilimento (art. 43 ss., ex 52 ss del Trattato), la libera prestazione di servizi (art. 49 ss. ex 59 ss. del Trattato), il divieto di misure restrittive della concorrenza all'interno della Comunità (ex art. 86, ex 90 del Trattato). Sono intervenute da ultimo due direttive Ce, approvate dal Parlamento europeo il 19 gennaio 2004 e dal Consiglio il 3 febbraio 2004, per realizzare, basandosi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, un coordinamento delle procedure di aggiudicazione l'una degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, l'altra degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. La circolare n. 8756 del 6 giugno 2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie (in G.U. n. 178 del 31 luglio 2002) sottolinea come alla stregua dei principi comunitari «le pubbliche amministrazioni che intendono stipulare contratti non regolamentati sul piano europeo, pur non essendo vincolate da regole analitiche in punto di pubblicità e di procedura, siano comunque tenute ad osservare criteri di condotta che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie e alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie *chances* competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata». Degno di rilievo, con riferimento all'ambito di applicazione della normativa comunitaria, è sicuramente l'art. 192, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in tema di determinazioni a contrarre e relative procedure, in forza del quale «si applicano in ogni caso le procedure previste dalla normativa dell'Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano». V. sull'argomento C. PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti*, cit., 193 – 195. Del resto, l'art 117, comma 1, Cost., nella sua nuova formulazione sancisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

⁽⁵⁷⁾ PAGLIARIN, *Note sparse sui contratti*, cit., 193.

diritto comunitario, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, ha cambiato parzialmente la propria 'filosofia' di intervento, rendendola più incisiva, con un'evoluzione da una politica di natura essenzialmente negativa (realizzata fondamentalmente nella previsione di divieti alle limitazioni stabilite dalle legislazioni nazionali) a un orientamento positivo, impostato cioè sulla determinazione di misure a contenuto costruttivo, dirette a creare una disciplina omogenea dei settori stessi al fine di realizzare l'obiettivo comunitario di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

4. Accesso del privato agli atti amministrativi e suoi limiti.

La legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata prima dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, poi dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante "*Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*", convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80, ha introdotto importanti novità sull'accesso ai documenti amministrativi⁽⁵⁸⁾. Il Governo con il D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184 ha reso operative le modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80. I punti maggiormente interessanti del regolamento concernono le modalità dell'intervento normativo degli enti territoriali, le condizioni per il differimento dell'accesso, la determinazione dell'ambito di legittimazione attiva e passiva allo stesso, l'entità del dovere di collaborare con l'istante che incombe sulla pubblica amministrazione, l'individuazione del responsabile del procedimento. Sul piano sistematico, a mio modo di vedere, ne risulta un quadro complesso e, in un certo qual modo, ulteriormente complicato. Per effetto dell'art. 14, comma 2 del citato D.P.R. n. 184, che ha

⁽⁵⁸⁾ La recente riforma della legge 241 del 1990 ha tra le altre novità aggiunto un nuovo principio dell'azione amministrativa, contenuto nel nuovo comma 1 - bis dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, in base al quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente». Tale norma predilige l'elasticità dei moduli privatistici rispetto ai provvedimenti unilaterali di estrinsecazione del potere, anche se in pratica fa salva la disciplina vigente che postula atti a regime pubblicistico. F. CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, in *Urb. e App.*, 4/2005, 377 sostiene che «la norma si limita a esternare un principio ormai assodato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune». A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 4/2005, 449, sottolinea: «Non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione». G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della p.a.*, in *Urb. e App.*, 4/2005, 382, parla di 'portata assai residuale del comma 1 - bis dell'art. 1 della l. 241/1990'.

abrogato il precedente regolamento, approvato con D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352, le regioni e gli enti locali devono adeguare i rispettivi regolamenti in materia di accesso ai documenti amministrativi alle norme previste da detto regolamento. Le amministrazioni locali possono, tuttavia, disciplinare autonomamente le modalità organizzative e di esercizio del diritto di accesso, prevedendo livelli di tutela più alti rispetto a quelli previsti dal richiamato D.P.R. n. 184/2006. Ricordiamo che in base all'art. 6, comma 6 del D.P.R. in argomento, «il responsabile del procedimento di accesso è il dirigente, il funzionario preposto all'unità organizzativa o altro dipendente addetto all'unità competente a formare il documento o a detenerlo stabilmente». Se ne deduce che la necessità di individuare un responsabile va a configurare l'istanza di accesso come un vero e proprio procedimento amministrativo a sé stante, dotato di una propria autonomia. Inoltre il potere di differimento⁽⁵⁹⁾ dell'accesso, previsto dall'art. 9, comma 2 del D.P.R. n. 184/2006 è esercitato anche «per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione». Indubbiamente, in attuazione del principio di buon andamento, si ravvisa il dovere dell'amministrazione di collaborare con i privati agevolando l'accesso da parte loro agli atti, a condizione che sia comunque salvaguardata l'esigenza di non aggravare troppo l'attività istituzionale⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 23 della legge 241/90, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, al comma 4, prescrive: «L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato, ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento». In realtà tale potere è da intendersi come alternativa favorevole al cittadino istante, del diniego di accesso. Già il T.A.R. Lazio, I, 8 febbraio 1996, n. 177, in *Foro it.*, 1996, III, 344, precisava che il potere di differimento va esercitato in modo espresso e motivato; secondo il T.A.R. Lazio, I, 14 ottobre 2000, n. 8168, in *T.A.R.*, 2000, I, 4758, I, l'amministrazione può sempre esercitare il potere di differimento dell'accesso, quando si tratti di assicurare il buon andamento dell'attività amministrativa, nel quadro del contemperamento dell'interesse alla conoscenza con quello alla speditezza dell'azione amministrativa.

⁽⁶⁰⁾ Sul punto v. Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 1998, n. 548, in *Giur. ital.*, 1998, 1724, sez. V, 25 ottobre 1999, n. 1709, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1637; v. altresì, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 aprile 2005, n. 2067, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 4, 1224 (s. m.): «L'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma di legge non può essere compromesso da difficoltà organizzative della pubblica amministrazione, difficoltà che le moderne tecnologie consentono di superare con facilità». Rileva sull'argomento Tribunale delle Comunità europee, I sez. ampliata, 15 aprile 2005, causa T-2/03, avente ad oggetto il seguente caso: il VKI (associazione di consumatori austriaca legittimata ad agire dinanzi ai giudici civili nazionali per far valere i diritti pecuniari dei consumatori) chiedeva alla Commissione europea di consultare un fascicolo relativo a una decisione che sanzionava alcune banche austriache per aver applicato tassi di interesse ad alcune tipologie di investimenti e crediti ad un prezzo particolarmente elevato per i propri clienti. La Commissione respingeva la domanda di accesso del VKI, poiché il fascicolo conteneva più di 47.000 fogli, né concedeva una consultazione parziale, in quanto l'esame particolareggiato di ciascun documento avrebbe costituito per essa un carico di lavoro eccessivo e sproporziona-

Si evidenzia che nel nuovo regolamento non compare alcun riferimento alla riservatezza dell'amministrazione; risulta invece oggetto di specifica tutela (v. art. 3) la posizione, o per meglio dire, il diritto alla riservatezza dei controinteressati ⁽⁶¹⁾, (cioè di tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto), che potrebbe

to. Il VKI insorgeva contro la decisione, sostenendo tra le altre motivazioni, la violazione dell'obbligo sancito dall'art. 4 del regolamento n. 1049 (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, di accordare l'accesso parziale alle informazioni non interessate da alcuna eccezione. Il Tribunale, accogliendo il ricorso VKI, ha annullato la decisione dell'istituzione comunitaria, in quanto «il puro e semplice rifiuto di accesso opposto dalla Commissione al ricorrente è viziato da un errore di diritto». Si evidenzia che il regolamento n. 1049/2001 contrariamente a molte legislazioni nazionali, non contiene clausole relative alle domande abusive, ripetitive o manifestamente irragionevoli, né tanto meno un divieto come quello introdotto in Italia dall'art. 24, comma 3 della legge 241/90 novellata («non sono ammissibili istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»). In pratica il Tribunale, nel caso di specie, ha stabilito che l'onere della prova circa la portata di una eccezione per il carattere irragionevole del compito che la domanda comporta, grava sull'istituzione che si avvale di tale eccezione, la quale ha l'obbligo di tentare un accordo con il richiedente, di vagliare effettivamente tutte le alternative disponibili e di spiegare in modo circostanziato, nella sua decisione, le ragioni per le quali tali alternative implicano a loro volta un carico di lavoro irragionevole. Per quanto sopra esposto relativamente alla citata sentenza del Tribunale delle Comunità europee, si consulti P. CIRIELLI, *Le eccezioni del diritto di accesso e il carico di lavoro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2006, 28 ss. D'altra parte, si ricorda che le tematiche della pubblica amministrazione non solo sono da tempo oggetto di riflessione in Europa, ma hanno anche trovato spazio in numerosi documenti, come ad esempio il Codice del Consiglio d'Europa. Ed ancora: il 6 settembre 2001 il Parlamento europeo ha approvato con una specifica risoluzione, un codice di buona condotta amministrativa, affidando al Mediatore europeo il potere di condurre indagini su possibili casi di cattiva amministrazione. E il diritto a una buona amministrazione è riconosciuto dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione di Nizza, confluita nella nuova Costituzione europea.

⁽⁶¹⁾ V. ad es. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro it.*, 1997, 293: «Il responsabile del servizio tossicodipendenze di una usl, a tutela dei suoi interessi giuridicamente rilevanti, ha diritto di prendere visione delle lettere, note o segnalazioni con le quali tossicodipendenti in cura, o loro genitori, hanno esposto lamentale sul suo operato, indipendentemente da esigenze di riservatezza dei tossicodipendenti stessi, o dai timori, comunque infondati, di possibili ritorsioni a loro danno (nella specie, la decisione ha ordinato all'amministrazione non solo di lasciar prendere visione agli interessati dei documenti richiesti, ma di lasciarne copia)»; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 1998, n. 498, in *Foro it.*, 1998, 264: «Il diniego di accesso ai documenti amministrativi non può fondarsi su una asserita esigenza di riservatezza dei terzi, dovendosi al riguardo rilevare che, secondo i principi stabiliti dall'art. 24 della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'accesso stesso, qualora venga in rilievo per la cura o la difesa dei propri interessi, deve prevalere sull'esigenza di riservatezza del terzo»; Cons. Stato, V, 22 giugno 1998, n. 923, in *Foro it.*, 1998, 324:

essere compromesso dall'esercizio dell'accesso. Costituisce infatti un nuovo obbligo procedimentale da parte della pubblica amministrazione quello di comunicare ai controinteressati l'esistenza di una richiesta di accesso agli atti che li riguardano.

Al delicato rapporto tra il diritto di accesso e l'esigenza di tutela della riservatezza dei terzi sono dedicati la lett. d) del comma 1 e il comma 7 dell'art. 24 della l. 241/90, nella nuova stesura dello stesso operata dalla 'novella' del 2005. Il primo affida al regolamento governativo la previsione di casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi «quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono». Il comma 7 dell'art. 24 precisa che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici⁽⁶²⁾. Nel caso di documenti

«Colui il quale subisca un procedimento di controllo o ispettivo ha interesse qualificato a conoscere tutti i documenti amministrativi utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti di iniziativa (domande e richieste da cui scaturisca un obbligo di provvedere) e di preiniziativa (esposti o denunce che attivino i procedimenti officiosi dell'amministrazione)».

Sul tema in argomento rileva T.A.R. Toscana, sez. II, 18 novembre 2005, n. 6458, con nota di G. FERRARI, *Accesso ai documenti da parte del giornalista*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2006, 211 ss., che riconosce al giornalista il diritto di estrarre copia della documentazione posseduta da un Comune, relativa all'attribuzione di un premio in denaro erogato ai dipendenti meritevoli. Tale diritto deve essere esercitato senza che sia possibile ricondurre l'emolumento al nome del dipendente in favore del quale esso è stato riconosciuto, entro i limiti fissati dall'art. 136, comma 3 del d.lgs. n. 196/2003, ovvero nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato. Ricorda il Tribunale che ai sensi degli artt. 10 del T.U. 18 agosto 2000, n. 267 e 25 della legge 241/90, gli atti comunali e provinciali non sono riservati e inaccessibili, fatte salve le esclusioni previste dalle stesse norme. D'altra parte, l'art. 22, comma 1 lett. b della legge 241/90 condiziona l'accesso alla sola sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale del richiedente alla conoscenza del contenuto di un documento amministrativo. Nel caso in esame il giornalista ha senza il minimo dubbio un interesse concreto a chiedere documenti necessari ad esercitare il diritto costituzionalmente garantito, alla libera informazione.

⁽⁶²⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14, in *Foro it.*, 2004, 241: «...L'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse;...il bilanciamento tra il diritto di accesso degli interessati e il diritto alla riservatezza dei terzi non è stato rimesso alla potestà regolamentare o alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato compiuto direttamente dalla legge che, nel

contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 ⁽⁶³⁾, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

È pur vero che il diritto alla riservatezza costituisce un limite al diritto

prevedere la tutela della riservatezza dei terzi, ha fatto salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici». V. anche Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *C.E.D.*, *pd* 971119; T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, 1 agosto 2006, n. 628, in *C.E.D.*, *www.leggi d'Italia.it*, 2006 (m), che ha ritenuto incompressibili le esigenze contenute nel diritto di accesso rispetto alle ben note necessità di tutela della riservatezza. Rileva altresì sull'argomento Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2006, n. 7111, in *Urbanistica e appalti*, 2007, 2, 257, secondo cui il cliente, autore di un esposto al Consiglio di un ordine professionale per violazione di obblighi professionali da parte dell'avvocato, «può accedere agli atti emessi dal medesimo Consiglio, per verificare se esso abbia ravvisato la violazione delle regole deontologiche, ovvero la sussistenza del dolo o della colpa grave del professionista....In materia non sussistono preminenti ragioni di riservatezza del professionista, in quanto si tratta di accedere non a dati sensibili, bensì ad atti aventi stretto riferimento ai rapporti contrattuali intercorrenti con il cliente». V. anche T.A.R. Marche, sez. I, 12 luglio 2006, n. 543, in *C.E.D.*, *www.leggi d'Italia.it*, 2006 (m), con nota di S. MENDITTO, *Il diritto di accesso per i documenti relativi a mera attività interna della p. a.*, in *www.altalex.it*, che ha riconosciuto il diritto di accesso anche per i documenti relativi a mera attività interna della pubblica amministrazione, «dal momento che ai sensi dell'art. 22 della legge 241/1990 è accessibile ogni atto formato dall'amministrazione o comunque utilizzato ai fini della sua attività amministrativa». Per 'atti interni' si devono intendere quegli atti endoprocedimentali che non hanno effetto immediato verso il privato, ma che costituiscono gli antecedenti del provvedimento finale, ad esempio i pareri tecnici (obbligatori, consultivi, ecc.), anche formati da professionisti esterni e i nulla osta. In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2001, n. 1882, in *Foro it.*, 2001, 206.

⁽⁶³⁾ L'art. 60 del d.lgs. n. 196 del 2003 prende in considerazione i dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, disponendo che «il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile». In realtà la valutazione comparativa sul rango delle posizioni contrapposte spetta all'amministrazione cui è rivolta la richiesta di accesso. V. sull'argomento Cons. Stato, V, 3 luglio 2003, n. 4002, in *Foro amm.*, 2003, 2260 e T.A.R. Lazio, III, 25 maggio 2004, n. 4874, in *Foro amm.*, 2004, 148. Rileva a tale proposito T.A.R. Lazio, 6 dicembre 2006, n. 1600, con nota di G. B. GALLUS, *Paziente può avere accesso agli atti di indagine interna delle ASL*, in *www.altalex.it*, che ha accolto il ricorso di un paziente contro il Policlinico Umberto I di Roma, ammettendo l'accesso agli atti di indagine interna delle ASL. Nel caso in esame il paziente, che aveva perso la vista a un occhio, a seguito di una operazione chirurgica, aveva proposto domanda di accesso ai documenti relativi al procedimento interno all'Azienda resistente apertosi per l'insorgenza di otto casi di infezione postoperatoria su ventidue interventi. Il Policlinico aveva rigettato l'istanza,

all'accesso e quindi all'informazione, tuttavia è evidente che entrambi assicurano la concreta attuazione di canoni costituzionali, sanciti nel primo caso dall'art. 2, a garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e, nel secondo caso, dall'art. 97 per il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

In pratica il legislatore, nella modifica apportata alla legge n. 241/1990 ha inserito direttamente tra le prestazioni di 'rilievo costituzionale', il diritto di accesso. In altri termini, la riforma del procedimento amministrativo stabilisce una soglia di tutela al di sotto della quale non è possibile scendere, proprio perché ad essa viene conferita rilevanza costituzionale, collegandola alla definizione di prestazione relativa all'esercizio di un diritto civile o sociale; gli enti territoriali, con gli strumenti normativi a loro disposizione e nella piena espressione dell'autonomia loro conferita dall'ordinamento, potranno, come già specificato, aumentare il grado minimo di tutela della prestazione suddetta, ma mai ridurlo. Pertanto, si può affermare che il diritto di accesso è stato elevato (a seguito dell'art. 15 della legge di riforma n. 15/2005) a «principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza», inoltre lo stesso è stato qualificato come attinente «ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», al pari, pertanto, degli istituti più rilevanti per la vita sociale dei cittadini, quali ad esempio quelli relativi alla salute, all'istruzione, ecc.

Si rileva, altresì, che l'istituto dell'accesso si presta a essere considerato secondo una doppia prospettiva: quella pubblicistica, che fa dell'accesso strumento per la qualificazione dell'attività amministrativa, esigenza questa, rispetto alla quale la posizione giuridica del richiedente l'accesso si può ritenere ininfluenza, essendo centrale il solo effetto migliorativo che sulla funzione deriva dalla prevista possibilità di iniziative di accesso; quella privatistica, che attiene invece alla ragione che muove all'accesso il richiedente, il quale sicuramente non è interessato all'effetto migliorativo dell'attività amministrativa indotto dalla sua iniziativa, se non nei limiti della ricaduta favorevole che la stessa potrà avere nei suoi personali confronti.

Rimane il fatto che a tutt'oggi, anche dopo la legge 15/2005, esiste ancora una profonda incertezza circa la natura giuridica ⁽⁶⁴⁾ del diritto di acces-

ritenendola generica e priva di adeguata motivazione. Il T.A.R. con la citata sentenza è stato di diverso avviso, sottolineando che l'Azienda potrebbe esibire la documentazione richiesta «omettendo di ostendere dati sensibili relativi a persone o singoli episodi ininfluenti ai fini della tutela richiesta». Indubbiamente il diritto al risarcimento del danno subito (perdita della vista a un occhio) è stato giudicato un interesse concreto e attuale, pari a quello della riservatezza degli altri interessati, i cui dati sarebbe stato necessario ostendere.

⁽⁶⁴⁾ A distanza di diciassette anni il legislatore continua a utilizzare il termine 'diritto' senza null'altro specificare in ordine alla natura giuridica del medesimo. V.

so. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione del 18 aprile 2006, n. 6⁽⁶⁵⁾ non ritiene utile, né opportuno, ai fini della *quaestio* sottopo-

sull'argomento R. CARANTA-L FERRARIS-S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 208 ss. La questione della natura giuridica del diritto di accesso è già stata e continua a essere a tutt'oggi oggetto di accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, sebbene il riconoscimento operato con il comma 2 dell'art. 22 dell'accesso tra i diritti civili e sociali previsti dall'art. 117, m della Costituzione, sembra far propendere, in modo pressoché definitivo, verso il riconoscimento di una natura di diritto soggettivo. Tra le numerose decisioni a sostegno del diritto di accesso quale autonomo diritto soggettivo all'informazione, Cons. St., sez. IV, 16 aprile 1998, n. 641, in *Giur.it.* 1998, 1772; Cons. St., Sez. IV, 20 febbraio 1995, n. 108, in *Giur. it.* 1995, III, 1, 547; il T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 maggio 2004, n. 598, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 5, riconosce il diritto di accesso come diritto soggettivo a un'informazione qualificata. Rimane il fatto che con il diritto di accesso, quale posizione giuridica autonoma di diritto sostanziale, viene sancito il superamento di quella posizione di quasi estraneità che aveva in precedenza relegato il soggetto interessato a mero destinatario del provvedimento finale e delle sue conseguenze (R. CARANTA- L FERRARIS - S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 210). A tale proposito è necessaria una considerazione, cioè il fatto che la legge di riforma ha modificato radicalmente il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini, rendendolo paritario e il diritto soggettivo non è altro che la posizione giuridica propria dei rapporti paritari. Ritiene invece che la posizione soggettiva posta a base del diritto di accesso di cui all'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241 sia da qualificarsi come interesse legittimo, Cass., S.U., 27 maggio 1994, n. 5216, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 731, la quale sostiene tale tesi in quanto la pretesa di accesso sarebbe soggetta a un apprezzamento da parte della pubblica amministrazione; in tal senso Cons. St., sez. V, 7 aprile 2004, n. 1969, in *Foro amm.*, 2004, 1741.

Interessante risulta Cons. St., Ad. Plen., 24 giugno 1999, 3, 433, con nota di G. ROMEO, *Accesso ai documenti e riservatezza: rovescio e diritto di una medesima realtà*, in *Foro it.*, 1999, 435, il quale sostiene che l'art. 22 l. 241/90 non dà una definizione del diritto di accesso che ne fissi il significato, pertanto la dimensione dello stesso non può essere colta se non con l'aiuto di tutti i termini che la previsione normativa contiene: «Chiunque», «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», «trasparenza», ecc. «Chi esige l'accesso lo esige nei confronti di tutti e non nei confronti della sola pubblica amministrazione...Il diritto di accesso potrebbe pienamente rispondere a un interesse individuale/pubblico, dietro il quale si può intravedere, come nel diritto all'informazione, la tutela della libertà politica di ogni singolo cittadino...Non esiste contrasto tra interesse pubblico all'accesso e aspirazione privata alla riservatezza, ma rapporto tra interesse pubblico (cioè di tutti) a una adeguata informazione da parte dei singoli cittadini. Una coesistenza di 'opposti' nella medesima persona, come il diritto e il rovescio di un arazzo. ... Sarà dunque nella situazione concreta che l'oggetto del singolo diritto potrà essere valutato, e quindi protetto, secondo un rapporto con altro bene della persona, parimenti protetto».

⁽⁶⁵⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Dir. e giust.*, 2006, 22, 121. A suo tempo, sempre Cons. Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro it.*, 1999, 701, aveva già statuito che in materia di accesso ai documenti amministrativi, il

sta al suo esame, pronunciarsi in ordine alla natura giuridica del diritto di accesso agli atti amministrativi. In un'ottica di controllo democratico del-

termine 'diritto' andasse considerato in senso atecnico, essendo ravvisabile la posizione di interesse legittimo quando il provvedimento amministrativo fosse impugnabile, come nel caso del 'diritto di accesso', entro un termine perentorio, pure se incidente su posizioni che nel linguaggio comune sono più spesso definite come di 'diritto'. Si rileva che in precedenza il Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 1992, n. 193, in *Foro it.*, 1992, 3, 353, definendo il diritto di accesso, affermava un concetto, a mio modo di vedere, molto interessante: «più che un diritto civico, tutelato alla stregua di un interesse legittimo, identifichi, invece, un diritto soggettivo pubblico, tutelato direttamente e immediatamente dalla norma di relazione che lo prevede». Nella citata sentenza è altresì riportato: «si è passati da un ordinamento nel quale il segreto era la norma e la trasparenza una eccezione, ad altro ordinamento nel quale giustamente il segreto è diventato l'eccezione, mentre la trasparenza costituisce un principio di civiltà giuridica, generale e obbligatorio, dell'azione amministrativa». V. in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 18 febbraio 1994, n. 148, in *C.E.D.*, *pd* 940727. Si evidenzia che in particolare nella dottrina tedesca di fine '800, inizio '900 il dibattito intorno all'esistenza del diritto soggettivo pubblico, fu molto acceso; successivamente, tutti ammettevano che tale diritto esistesse e se ne discutevano le specie e la struttura. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., 655, sostiene che le norme possono configurare come interessi legittimi le situazioni soggettive del privato in ordine a prestazioni dell'amministrazione, ma possono altresì configurarle come diritti soggettivi; vi possono essere perciò, nei diversi diritti positivi, diritti alle prestazioni postali e telefoniche, ai trasporti pubblici e così via. Sempre il Giannini, *Diritto amministrativo* cit., 655, 656, afferma: «...e di diritti pubblici soggettivi si parla per assegnar loro quel ruolo tecnico che hanno in quanto possibili situazioni soggettive del privato nei rapporti con le amministrazioni pubbliche». In pratica il cittadino che richiede l'accesso agli atti potrebbe vantare una posizione giuridica configurabile come un diritto a prestazione amministrativa. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, Milano, 1996, 164, riporta che in C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1880, trad. it. parziale di LUCCHINI, i diritti pubblici soggettivi non erano altro che pretese alla legalità obiettiva; «al generale obbligo del potere statale di agire in conformità al diritto secondo le leggi, non si può contrapporre un diritto del cittadino singolo che avrebbe assunto su di sé tutta la sostanza di queste leggi nella forma di un diritto soggettivo». E. CASSETTA, voce *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. dir.*, 12, 1964, 794 ss. riferisce che G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, trad. it. di ORLANDO, Milano, 1912, 56, «configura il diritto subbiiettivo pubblico soltanto come ampliamento della libertà umana attraverso l'esercizio di una attività esclusivamente giuridica, fondata sulla capacità di mettere in movimento norme giuridiche nell'interesse individuale (*posse*), a differenza del diritto subbiiettivo privato, nel quale il riconoscimento di una libertà naturale (*licere*) si accompagna sempre necessariamente a un *posse* giuridico nei confronti di altri individui». Jellinek pertanto riconosce motivi di prevalente interesse generale nel caso del diritto soggettivo pubblico, che così apparterebbe all'individuo non in quanto persona singola, ma in quanto membro della comunità. Come sottolinea G. BERTI, *Il «causale» nell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, a cura di G. MARONGIU e G.C. DE MARTIN, Milano, 1992, 129, «il diritto soggettivo verso l'amministrazione non è mai uguale al diritto soggettivo nei rapporti di libertà o di autonomia privata: si tratta sempre della denominazione di una garanzia nei confronti

l'attività della pubblica amministrazione la fondatezza del diritto di accesso andrebbe verificata di volta in volta dapprima in sede amministrativa e poi, nel caso di tempestiva impugnazione della determinazione in sede giurisdizionale, esaminando l'eventuale preminenza delle ragioni di chi abbia chiesto l'accesso, rispetto a quelle riscontrate nel diniego o alle esigenze di riservatezza del terzo cui si riferiscono i documenti.

5. Considerazioni finali.

A proposito della cd. 'privatizzazione' della pubblica amministrazione, M. D'Antona⁽⁶⁶⁾ parlava di «una specie di matrimonio di interesse» tra pub-

di un atto auto-ritario». Per quanto sopra esposto, è necessario considerare che all'epoca di Gerber e di Jellinek i cd. diritti civili generali (e quindi il diritto spettante a ogni singolo cittadino di partecipare dei vantaggi derivanti dal potere statale) erano il riflesso del potere statale stesso. Tuttavia, oggi, in una amministrazione pubblica cd. privatizzata, potrebbe risultare utile, a mio modo di vedere, 'rileggere' l'espressione 'diritto soggettivo pubblico' in riferimento al diritto di accesso, così come riformato a seguito delle normative più recenti e degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione. Ricordiamo infatti che l'interesse generale (che non coincide con la somma degli interessi degli individui) molto spesso si risolve in un interesse individuale, vedi l'interesse pubblico (cioè di tutti i cittadini) ad una adeguata informazione, che diventerebbe, a mio avviso, diritto soggettivo pubblico nel momento in cui viene riconosciuto dalla legge come tale e, di conseguenza, azionabile da parte del singolo titolare. In realtà, a mio modo di vedere, il diritto di accesso quale modalità attraverso cui è possibile realizzare la trasparenza amministrativa potrebbe concretizzarsi in un diritto soggettivo pubblico, direttamente finalizzato alla soddisfazione di un interesse privato, anche se il rilascio delle informazioni è affidato per certi aspetti alla discrezionalità amministrativa. Più correttamente si dovrebbe parlare di 'diritto soggettivo pubblico' anziché di 'diritto pubblico soggettivo', in quanto si tratta di un diritto di cui è titolare il soggetto privato. Si nota infatti che le due espressioni vengono usate a volte in modo indifferente sia in dottrina che in giurisprudenza: v. sopra ad esempio il Giannini, il Gerber, il Casetta, che usano l'espressione 'diritto pubblico soggettivo', mentre Jellinek, così pure Cons. Stato, VI, 27 marzo 1992, n. 193, si riferiscono al 'diritto soggettivo pubblico'. Per quanto sopra esposto, il 'diritto soggettivo pubblico' può allora definirsi come quel diritto il cui esercizio da parte del privato titolare comporta un rapporto con la pubblica amministrazione ed è un diritto soggettivo in quanto azionabile. Il cittadino insomma non è solo il terminale di un provvedimento, ma diviene elemento indispensabile per la precisazione dell'interesse pubblico. Come sottolinea G. PASTORI, *Pluralità e unità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, cit., 101, i diritti dei cittadini sono i vincoli sostanziali, ovvero la misura dell'amministrazione; «in tale prospettiva...viene ad affermarsi il principio della fungibilità fra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato con un favore per l'impiego degli strumenti di diritto privato in un contesto di trasparenza».

⁽⁶⁶⁾ M. D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. e dir.*, 1996, 237.

blico e privato che «continuano a convivere nella disciplina dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni» e metteva in guardia rispetto alla tendenza a «dire cose vecchie con il vestito nuovo».

Parte della dottrina⁽⁶⁷⁾ preferì parlare di 'contrattualizzazione' del pubblico impiego, anziché di 'privatizzazione', per meglio sottolineare che il processo di assimilazione con il lavoro privato fu solo tendenziale, perché avrebbe espresso «una direzione di marcia del pubblico impiego verso il privato, ma non una coincidenza di meta»⁽⁶⁸⁾. Pubblico infatti è rimasto necessariamente il datore di lavoro, il fine cui l'attività amministrativa è preposta e il denaro con il quale viene finanziata⁽⁶⁹⁾.

In passato si riteneva che la pubblica amministrazione non potesse utilizzare strumenti privatistici in quanto intrinsecamente inidonei alla funzionalizzazione dell'attività di esercizio di poteri⁽⁷⁰⁾. Come sottolinea F. Caringella⁽⁷¹⁾, «questa esclusione è stata successivamente superata sulla scorta del rilievo che, anche attraverso l'attività contrattuale, la pubblica amministrazione può conseguire un fine pubblico e che, anzi, spesso il modello negoziale privatistico, per le sue caratteristiche, può rilevarsi idoneo a realizzare il soddisfacimento dell'interesse pubblico in modo più rapido e completo». In tale contesto, si evidenzia il grado di tutela che l'ordinamento interno ha predisposto per gli utenti dei 'servizi pubblici privatizzati', nel duplice senso di gestione in forma imprenditoriale e di apertura alla concorrenza dei relativi settori.

Per restare fedeli al programma proposto nella premessa, lo studio è stato diretto, verso moduli contrattuali 'nuovi', anche se ormai di frequente utilizzazione nell'ambito delle attività svolte dalla pubblica amministrazione (v. contratti societari, contratti di sponsorizzazione, contratti di collaborazione) e, in tale indagine, è apparso utile passare in rassegna alcuni orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni. Ne consegue che il quadro contrattuale che si apre ai lettori risulta di ampio respiro, in quanto soggetto ai mutamenti sia della normativa interna che della disciplina comunitaria. D'altra parte, nell'ultimo decennio del secolo XX, il sistema italiano delle pubbliche amministrazioni è entrato in una fase di intensa, anche se confusa trasformazione, destinata a dispiegare i suoi effetti sol-

⁽⁶⁷⁾ Vedi L. SCARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Padova, 2004, 41.

⁽⁶⁸⁾ F. CARINCI, *La riforma del pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, 1, 191.

⁽⁶⁹⁾ E. M. BARBIERI, *Dipendente pubblico, dipendente privato e dipendente «privatizzato»*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1294.

⁽⁷⁰⁾ E. NAPOLILLO, *L'autonomia privata della pubblica amministrazione, la gestione di strumenti negoziali ed i nuovi modelli di amministrazione funzionale*, in *L'attività contrattuale pubblica amministrazione*, a cura di G. CASSANO, Padova, 2005, cit., 1, 48.

⁽⁷¹⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 832.

tanto in un periodo successivo e quindi ormai ben dentro il terzo millennio ⁽⁷²⁾.

Tuttavia, è stato soprattutto dopo l'esplosione della cd. 'tangentopoli', con la crisi del sistema politico e l'aggravarsi delle condizioni della finanza pubblica, che questa corrente di riforme amministrative ha preso corpo e continuità ⁽⁷³⁾. Vi è chi sostiene ⁽⁷⁴⁾ che gli interventi per la semplificazione e trasparenza hanno assunto le caratteristiche di una vera e propria 'politica orizzontale', incentrata sull'obiettivo di migliorare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino. Anche la gestione della risorsa informatica è stata concepita e ricompresa in questo ambito, come leva fondamentale per il miglioramento dei livelli di servizio. Ricordiamo infatti la rilevanza dei contratti aventi ad oggetto acquisizione, elaborazione e diffusione dei dati a mezzo di strumenti informatici ⁽⁷⁵⁾. Così pure è sempre più avvertita da parte della pubblica amministrazione l'esigenza di comunicare per illustrare la propria attività, per sensibilizzare i cittadini su temi ritenuti di interesse o, più semplicemente, per promuovere la propria immagine o quella del proprio territorio ⁽⁷⁶⁾. D'altra parte, all'onere informativo che incombe sulla pubblica amministrazione corrisponde il diritto dei cittadini di essere informati. In questa ottica il legislatore all'art. 2, comma 2, l. 7.6.2000 n. 150 (recante "*Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*") ha contemplato espressamente la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere allo strumento editoriale per l'attuazione delle proprie attività di informazione e comunicazione. Si evidenzia tuttavia che le pubbliche amministrazioni, non essendo il più delle volte in grado di provvedere 'in proprio' a tali esigenze, non disponendo delle necessarie professionalità e attrezzature, si rivolgono all'esterno,

⁽⁷²⁾ Il 21 dicembre 1998 nel *Sole 24 ore* veniva riportata l'affermazione di S. Cassese circa le 'riforme all'italiana': «un'importante caratteristica è che esse sono a decorso lungo e risultato incerto».

⁽⁷³⁾ G. REBORA, *Un decennio di riforme*, cit., 51.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, 53.

⁽⁷⁵⁾ v. sull'argomento P. SILVESTRI, *I contratti informatici* in *L'attività contrattuale*, cit., 2, 586. Per contratto informatico, in senso proprio, deve intendersi quello concluso o eseguito mediante computer, in cui cioè la volontà negoziale si manifesta attraverso l'elaboratore, con il supporto dell'impulso elettronico (firma digitale). Ai sensi dell'art. 1, lett. n, del D.P.R. 7.4.2003, n. 137 si intende per firma digitale il «particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici». V. da ultimo E. FLORINDI, *Documento informatico e contratti digitali*, in AA.VV., *Diritto privato del mercato*, cit., 437 ss.

⁽⁷⁶⁾ E. BELISARIO, *L'appalto pubblico di servizi di editoria e di stampa*, in *L'attività contrattuale*, cit., 519.

stipulando appositi accordi con imprese del settore tipografico e/o editoriale ⁽⁷⁷⁾. In realtà nell'ambito del presente lavoro abbiamo avuto modo di vedere come negli ultimi anni la materia dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni sia stata interessata da numerose iniziative e come sia divenuto frequente il ricorso all'affidamento di servizi esterni. A mio modo di vedere, secondo quanto sottolinea anche F. Ledda ⁽⁷⁸⁾, «troppo spesso si sono affidati all'amministrazione dei ruoli confusi, per poi constatare che l'amministrazione non opera soddisfacentemente;...nell'attuale struttura momenti fondamentali di amministrazione sono affidati a funzionari onorari: tale attività spesso è discrezionale e i meccanismi di responsabilità sono a dir poco confusi». Spesso assistiamo anche ad affidamenti di funzioni dirigenziali per periodi di tempo determinato, sempre rinviando all'esigenza di imparzialità e di buon andamento.

Purtroppo, il più delle volte le amministrazioni riformate e riorganizzate sul piano delle strutture, delle funzioni, delle risorse, continuano a operare con logiche consuete, senza una sufficiente consapevolezza del grado di complessità della realtà che è oggetto di intervento ⁽⁷⁹⁾. A titolo di esempio, attualmente la maggior parte dei dipendenti pubblici è dotata di un personal computer, anche se pochi impiegati sono effettivamente capaci di usarlo, a cominciare dagli stessi dirigenti, che nella stragrande maggioranza dei casi ancora preferiscono scrivere le minute a mano per poi passarle ad impiegati per la trascrizione delle stesse al computer.

S. Cassese ⁽⁸⁰⁾ sottolinea che in Italia, a differenza degli altri Paesi europei, «siamo ancora a dibattere della legge del 1990, arrivata tardi, applicata con difficoltà, frequentemente modificata e sostanzialmente arretrata ...In-

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, 520. Sotto il *nomen iuris* di 'contratto di appalto di servizi di editoria o di stampa' l'amministrazione stipula con soggetti privati accordi riconducibili a diverse figure negoziali. Di norma le pubbliche amministrazioni procedono alla stipula di contratti di edizione (figura tipica che trova la sua disciplina negli artt. 118-135 l. 22.4.1941, n. 633-legge sul diritto d'autore-), solo quando intendano ricavare vantaggi patrimoniali dalla pubblicazione dell'opera. V. sull'argomento E. BELISARIO, *L'appalto pubblico di servizi di editoria*, cit., 521 ss., il quale sottolinea che molto più spesso le pubbliche amministrazioni ricorrono alla stipula del contratto di stampa, con il quale un soggetto (cd. stampatore o tipografo) si obbliga, dietro il pagamento di un corrispettivo, a riprodurre a stampa una determinata opera o documento e a consegnare al committente gli esemplari delle riproduzioni così eseguite. Questa figura si differenzia dal contratto di edizione in quanto non comporta alcun trasferimento dei diritti di autore e difetta dell'elemento essenziale della pubblicazione e messa in commercio dell'opera a spese dell'editore.

⁽⁷⁸⁾ F. LEDDA, *Sviluppo e «crisi» della legalità*, in AA.VV., *Democrazia e amministrazione*, cit., 171.

⁽⁷⁹⁾ V. sull'argomento G. REBORA, *Un decennio di riforme*, cit., 298.

⁽⁸⁰⁾ S. CASSESE, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di dir. amm.*, 1/2007, 5-6.

somma la vigente legge sul procedimento amministrativo non è all'altezza delle aspettative... è una legge carente, debole, superata». Nel dettaglio il Cassese afferma che la legge sull'accesso agli atti non contiene disposizioni sulla facoltà da parte del privato di rappresentare all'amministrazione situazioni di fatto, interessi, volontà e il diritto di ottenere un esame da parte dell'amministrazione e una sua risposta.

Eppure, la legge 241/90, tracciando le linee direzionali per una radicale trasformazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, denotava una spiccata propensione innovativa⁽⁸¹⁾. Nella sua stesura originaria era una legge di principi a maglie larghe, volta a fissare un numero ridotto di regole comuni, lasciando ampi spazi sia alla normazione di settore che all'interprete. «La l. 15/2005 guarda ai problemi dall'angolazione dell'amministrazione, erodendo gli spazi di garanzia e limitando i doveri di responsabilità delle pubbliche amministrazioni»⁽⁸²⁾. Basti guardare ad esempio al caso (abbastanza diffuso) in cui un'amministrazione sia inerte al pervenire di una d.i.a. (dichiarazione di inizio attività)⁽⁸³⁾ e al fatto pertanto che i terzi controinteressati non siano messi in condizione di interloquire con il dichiarante e con la pubblica amministrazione. Solo in autotutela, a seguito delle novità apportate dalla l. 15/2005 con gli artt. 21 *quinques* e 21 *nonies* (rispettivamente "revoca del provvedimento" e "annullamento d'uffi-

⁽⁸¹⁾ V. in tal senso A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2006, 686 ss.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*, 691.

⁽⁸³⁾ V. art. 19 l. 241/90: la dichiarazione di inizio attività si configura come un atto e/o titolo abilitativo tacito all'esecuzione dell'attività edificatoria, in cui l'istruzione del procedimento è in buona parte, ma non interamente, rimessa allo stesso dichiarante. Infatti ove la pubblica amministrazione non emani nel termine di 30 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 19, comma 2, l. 241/90, un provvedimento di divieto di prosecuzione di attività o un provvedimento con cui si intimi al dichiarante di conformarsi agli obblighi normativi, la d.i.a. stabilizzerà i suoi effetti di titolo giuridico che legittima l'intrapresa attività del privato. V. sull'argomento D. PANTANO, *Natura giuridica della d.i.a. e tutela dei terzi*, 2006, in www.altalex.it. Per quanto espresso, si sottolinea che la d.i.a. si configura come una forma di accesso partecipativo. Ricordiamo infatti che in riferimento al diritto di accesso agli atti del privato (tra l'altro riconosciuto dall'art. II - 102 della Cost. europea, rat. con l. 7 aprile 2005, n. 57), l'art. 10 T.U. 18 agosto 2000, n. 267 si pone in termini integrativi all'art. 22 legge 241/1990 (v. Cons. Stato, 8 settembre 2003, n. 5034, in *Cons. Stato*, 2003, 1, 1913). Infatti gli artt. 10 e 22 prevedono 2 forme di accesso: accesso partecipativo e accesso informativo (v. T.A.R. Lazio, 1, 15 dicembre 2000, n. 12144, in *T.A.R.*, 2001, 97). Nella prima previsione, come avviene nel caso della d.i.a., il cittadino può partecipare con funzione di collaborazione all'esercizio di una specifica attività provvedimentoale, o addirittura può sostituirsi alla pubblica amministrazione, come nel caso dell'autocertificazione (v. D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445). In riferimento all'accesso informativo, di cui all'art. 22 della l. 241/1990, esso è esercitabile indipendentemente dalla pendenza di un procedimento, in capo a chiunque vi abbia interesse «per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti».

cio”), il terzo vede tutelato il suo diritto a un ordinato svolgimento delle attività soggette a d.i.a. che lo interessano. L’istituto ora citato (che tra l’altro non costituisce oggetto di studio in questa sede), è tuttavia utile per comprendere che il cittadino, sempre citato quale beneficiario dell’azione amministrativa, purtroppo non sia ancora entrato in un processo interattivo con la pubblica amministrazione. In realtà, a mio modo di vedere, il cittadino nella ‘pretesa di essere servito’ si trova il più delle volte di fronte a una pubblica amministrazione poco attenta alla complessità del reale e che spesso dispone, altresì, di personale poco professionale⁽⁸⁴⁾, tra l’altro con insufficiente formazione. Ne consegue che questo ‘nuovo modo di fare amministrazione’ finisce da un lato per disorientare il cittadino, dall’altro per creare appesantimento di lavoro agli operatori pubblici. Infatti per il privato può non avere rilevanza ad esempio l’individuazione del responsabile del procedimento, ma ha un peso particolare il contatto con l’operatore di sportello, giudicato particolarmente efficiente nel caso in cui sia educato e riesca ad esempio a rilasciare un certificato nella metà del tempo normalmente richiesto. La pattuglia della polizia stradale (dotata di dispositivo elettronico ‘autovelox’ per la rilevazione della eccessiva velocità) che si colloca ai margini delle strade in posizione arretrata, e pertanto non visibile agli automobilisti, non fornisce agli stessi una visione di trasparenza⁽⁸⁵⁾, né quan-

⁽⁸⁴⁾ Mi è parsa molto interessante Cass. Civ., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *C.E.D.*, rv 569995, a chiarificazione che la pubblica amministrazione paga se danneggia cittadini e imprese fornendo informazioni inesatte. In questo caso l’amministrazione sarà chiamata a risarcire il danno a titolo di responsabilità extracontrattuale, ossia per aver leso l’affidamento che il soggetto che entra con la pubblica amministrazione ripone nel buon andamento, correttezza e imparzialità degli uffici pubblici. Però, perché possa darsi luogo al risarcimento è necessario che la pubblica amministrazione abbia agito con dolo o con colpa (in tal senso si era già pronunciata Cass. Civ. 22 novembre 1999, n. 12941, in *C.E.D.*, rv 531394 e Cass. Civ., S.U., 15 novembre 1994, n. 9593, in *Corr. Giur.* 1995, 205).

Nel caso di specie, una società impegnata nella lavorazione di mobili in legno, in relazione alla informazione fornita da un funzionario di quella amministrazione circa la non necessità di autorizzare ex DPR n. 915 del 1982 per lo svolgimento di attività di riciclo di cascami lignei, informazione, poi rivelatasi inesatta, in base alla quale la ricorrente aveva asserito di aver effettuato ingenti investimenti, vanificati dal successivo diniego di autorizzazione; i giudici di merito avevano nell’occasione ritenuto, con apprezzamento non censurato dalla Corte di legittimità, che l’errata informazione fosse frutto di errore scusabile in quanto all’epoca era prevalente l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale l’autorizzazione per lo smaltimento di rifiuti fosse necessaria solo con riferimento ai rifiuti tossici o nocivi. V. altresì sull’argomento L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 752 – 753.

⁽⁸⁵⁾ Nell’attuazione dei servizi di vigilanza e repressione delle infrazioni stradali l’art. 43 del codice della strada e l’art. 183 del regolamento di attuazione dello stesso codice (D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) prevedono che siano facilmente

to meno risponde all'esigenza dell'agire amministrativo come improntato alla comunicazione con i privati; l'impiegato, quando arrogante e incompetente, non fa che incrementare la sfiducia nelle istituzioni: ecco perché sempre più spesso il cittadino, nel momento in cui è destinatario di un qualunque procedimento amministrativo, è portato a verificarne la legittimità. In realtà l'efficienza di una pubblica amministrazione si manifesta nella sua capacità di aprirsi al cittadino, ai suoi bisogni e alle sue richieste di chiarimenti. Tuttavia, malgrado le problematiche esposte, sono dell'avviso che non si può non tener conto che le cose stanno cambiando. L'art. 2, comma 1, lett. e, del D.L.gs. 30 marzo 2001, n. 165, riconosce, tra i criteri di indirizzo dell'attività organizzativa della pubblica amministrazione, «l'armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza». Come sottolinea E. Ales ⁽⁸⁶⁾, si tratta di una materia di confine tra organizzazione e gestione, nella quale è difficile distinguere il profilo imprenditoriale da quello datoriale, vista la reciproca interazione derivante nel caso di specie dalla funzionalizzazione dell'orario di lavoro a quello di servizio e di quest'ultimo alle modalità di apertura degli uffici. In tale contesto, a mio modo di vedere, rileva in particolare la capacità concreta delle pubbliche amministrazioni di interpretare e adattare vigenti istituti giuridici per la soluzione delle diverse problematiche che di volta in volta andranno ad emergere. D'altra parte, attualmente, ogni attività amministrativa deve essere svolta secondo la logica del conseguimento del risultato, sulla base di regole di convenienza aziendalistica. Ed è in questa

visibili a distanza, sia di giorno che di notte, gli operatori di polizia e i loro mezzi, anche mediante l'uso di appositi capi di vestiario e di autoveicoli con colori d'istituto. In tal senso, v. ad esempio, giudice di pace di Mantova, 4 maggio 2005, n. 620, in www.iurislav.it: «L'attività di controllo della circolazione stradale deve sempre ispirarsi a principi di correttezza amministrativa e di trasparenza e non può comunque prescindere dall'osservanza di precisi obblighi connessi alla tutela del diritto di difesa dell'utente della strada. Nel caso di specie... quel giorno il dispositivo di rilevamento e gli agenti si trovavano dietro al muro di cinta di una casa... e ciò malgrado a margine della strada esistesse una idonea banchina». La tematica della visibilità o meno dell'"autovelox" e dei verbalizzanti, così come quella relativa alla contestazione immediata delle violazioni per eccesso di velocità sono già state e continuano ad essere a tutt'oggi oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali, sebbene l'art. 4 della legge 1 agosto 2002, n. 168, disponga in modo chiaro che dell'utilizzazione e installazione dei dispositivi di rilevamento elettronico della velocità deve essere data informazione all'automobilista. V. in tal senso Cass. Civ., sez. II, 31 maggio 2007, n. 12833, in www.altalex.it, con nota di A. G. ANNUNZIATA, che ha respinto il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno avverso la sentenza del giudice di pace di Lagonegro del 26 novembre 2004, che aveva annullato un verbale redatto per eccesso di velocità per la mancanza in loco di cartelli indicanti la presenza di 'autovelox'.

⁽⁸⁶⁾ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Milano, 2002, 141.

ottica che assumono rilevanza i controlli sulle attività, tra cui ricordiamo il controllo di gestione ⁽⁸⁷⁾, definito dal Giannini ⁽⁸⁸⁾ come il controllo di maggiore efficienza sull'attività amministrativa. Infatti il controllo attualmente è concepito come monitoraggio per governare: si crea un sistema per capire dove si sta andando, si fissano gli obiettivi, nella scelta razionale dell'impiego delle risorse che consenta una verifica costante in merito al raggiungimento di tali obiettivi; in pratica si tiene sotto osservazione la gestione attraverso reports periodici. In tale contesto il budget diventa uno strumento di programmazione e di motivazione, poiché inevitabilmente innesca un sistema in cui è senz'altro rilevante la gratificazione personale. Il controllo in prospettiva si presenta allo stesso tempo come monitoraggio per governare. Le stesse previsioni economiche costruite per raggiungere determinati obiettivi sono fondate sulla base di una spesa logica incrementata, cioè sul passato più qualche cosa. In definitiva, con il controllo sulla gestione si vuole o quantomeno si cerca di capire la direzione di marcia.

Credo utile evidenziare, per concludere, 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 2007, in tema di "*Interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni e pubblicità dell'attività negoziale*". A mio modo di vedere si tratta di un segnale positivo per l'agevolazione dei rapporti dei privati con la pubblica amministrazione, in quanto, preso atto del fatto che allo stato attuale la quantità delle procedure attivabili mediante strumento elettronico risulta ridotta, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ritenuto necessario «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 infatti 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».

STEFANIA TUCCANI

⁽⁸⁷⁾ Sul controllo di gestione v. capo IV, artt. 191 - 198 bis del D.L.gs.18 agosto 2000, n. 267.

⁽⁸⁸⁾ M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 323.

OGGETTO E LIMITI DEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE
DEL CONCORDATO PREVENTIVO. LINEE INTERPRETATIVE
DELLA GIURISPRUDENZA UMBRA

I. *Premesse metodologiche*

Non c'è commento sulle recenti innovazioni legislative in materia concorsuale -prima fra tutte quella sul concordato preventivo- in cui non siano evocate le espressioni "privatizzazione" o "autonomia negoziale", quasi a sottolineare la netta cesura (nel senso, quindi, di vera e propria "riforma") rispetto al sistema previgente, permeato dai profili "super-individuali" degli interessi in gioco e dalla natura "eteronoma" della decisione (in cui il sindacato giudiziale si estendeva *tout court* alla convenienza del concordato).

In realtà, se è innegabile lo spostamento del baricentro delle procedure concorsuali dal momento pubblicistico (eterotutela) a quello privatistico (autotutela), tuttavia deve rifuggirsi da "**letture aprioristiche**" della riforma -come quella, semplicistica, per cui "*il nuovo concordato rappresenterebbe nulla di diverso da un contratto che si perfeziona col voto favorevole della maggioranza dei creditori, in quanto tale non più sindacabile dall'autorità giudiziaria*"- per assumere, invece, un approccio metodologico corretto, che non dia per presupposto proprio ciò che deve essere dimostrato ⁽¹⁾.

In questa prospettiva, l'indagine esegetica su natura e limiti del giudizio di omologazione del concordato preventivo deve valorizzare il momento **logico-letterale** e, soprattutto, **sistematico** della riforma rispetto a quello **teleologico**, specie laddove quest'ultimo risulti impropriamente condizionato da letture di natura "giornalistica" ed anche se esso appaia in qualche modo suffragato dalla relazione ministeriale di accompagnamento al testo normativo, certamente non vincolante; del resto, lo stesso legislatore che intenda imprimere alla legge il senso della propria effettiva intenzione è tenuto ad esplicitarla attraverso la c.d. "interpretazione autentica", ossia

⁽¹⁾ STEFANO AMBROSINI, *Il Fall.* n. 9/06, p. 1037.

un ulteriore atto di esercizio della funzione legislativa, posta la biunivoca non interscambiabilità di funzioni tra legislatore ed interprete ⁽²⁾.

II. *Premesse normative*

L'origine delle "disarmonie", "aporie", "discrasie", "lacune", "distonie", "incongruenze", variamente ed innumerevolmente rilevate, talora anche con spirito sarcastico, da tutti gli annotatori di una riforma mai tanto pubblicizzata e attesa quanto criticata, va verosimilmente rintracciata, per un verso, nell'**abbandono del disegno di legge collegato al D.L. 14 marzo 2005 n. 35** (il n. 5736/C, approvato dalla Camera dei Deputati nella scorsa legislatura), che conteneva anche ulteriori disposizioni sul concordato preventivo, però ben più dettagliate e coordinate ³ e, per altro verso, nelle **occasioni (a più riprese) perse dal legislatore** -nonostante le tempestive segnalazioni dei primi commentatori- per apportare **correzioni** al testo originario, dapprima in sede di conversione del DL (convertito con modificazioni dall'art. 1 della Legge 14 maggio 2005 n. 80) e poi in sede di emanazione del D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 (lì, forse, per non infondati dubbi su un possibile eccesso di delega, posto che l'art. 2 comma 6 della L. 80/05 attribuiva al governo -oltre alla delega per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali- *generici poteri di coordinamento* con la -già riformata- disciplina del concordato preventivo).

In ogni caso, con un discutibile metodo di "**inserto**" di rilevanti modifiche all'impianto normativo del 1942 (a cominciare da istituti consolidati, quali il concordato preventivo e la revocatoria fallimentare), mediante la decretazione d'urgenza (metodo che ben andrebbe definito inusuale, se il più recente legislatore non vi avesse inopinatamente indugiato), si è dapprima prodotta la sostituzione di (soli 6 su 26) **articoli** -gli artt. **160, 161, 163, 177, 180 e 181** - (ex art. 2 lett. d,e,f,g,h,i DL 35/05, applicabile a tutte le procedure non ancora omologate ex art. 2 co. 2-bis DL 35/05) e poi, attraverso la legislazione delegata, degli **articoli 164, 166, 167 e 169** (artt. 141, 142 e 143 D.Lgs. 5/06), oltre alla modifica della rubrica del **capo V** ("*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti*"), all'introduzione degli artt. **182-bis** e

⁽²⁾ Proprio di recente le SS.UU. della Cassazione (n. 25506/06) hanno stigmatizzato, in materia tributaria, l' "abuso" di questo tipo di "interpretazione", che interferirebbe, svilendola, con la funzione nomofilattica della Cassazione, evidenziando che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 229/99, avrebbe verificato la legittimità della retroattività dell'interpretazione autentica senza indagare anche sui limiti di legittimità della stessa.

⁽³⁾ Si veda, ad esempio, il testo dell'art. 183, in tema di reclamo del decreto di omologazione alla corte d'appello e ricorso per cassazione avverso il decreto di quest'ultima, puntualmente riportato da MASSIMO FABIANI, *Il Fall.* n. 9/06, p. 1085.

182-ter ed agli effetti indiretti collegati alla ridefinizione dei requisiti soggettivi di cui all'**art. 1** (come modificato dall'art. 1 del D. Lgs. 5/06).

Infine, con l'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 (c.d. decreto "milleproroghe"), è stato aggiunto nell'**art. 160** un **comma 2**, per precisare -in modo forse troppo semplicisticamente risolutore dell'accesso dibattito dottrinario scaturitone- che "*ai fini di cui al primo comma, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Da ultimo, come anticipato, con l'art. 1 co. 3 della legge 12 luglio 2006 n. 228, che ha introdotto il comma 5-bis nell'art. 2 della L. n. 80/05, al legislatore delegato sono stati attribuiti generici poteri di coordinamento delle norme in materia di concordato preventivo (perdendosi così l'ennesima occasione, stavolta inescusabilmente, per porre mano alla ormai conclamata necessità di modifiche sistematiche).

III. Osservazioni generali

Non può sottacersi che il risultato complessivo dell'operazione normativa, partorita nel contesto programmatico di un rilancio della "**competitività**" delle aziende e, quindi, dell'intera economia nazionale, non può certo definirsi "*lusinghiero*"⁽⁴⁾.

In effetti, al di là delle enunciazioni trionfistiche e quasi "taumaturgiche" che l'hanno pubblicizzata, la riforma non sembra avere né creato un nuovo sistema capace di perseguire il recupero dei valori aziendali nelle situazioni di crisi imprenditoriale⁽⁵⁾, né fornito effettiva tutela al ceto creditorio, al tempo stesso manifestando scarso "coraggio" in alcuni passaggi più o meno significativi della riforma (si pensi al nodo, tuttora irrisolto, del pagamento integrale dei crediti privilegiati, ovvero all'anacronistico mantenimento di un deposito per spese di giustizia sanzionato con la massima misura del fallimento, attraverso l'improvvido richiamo, però, ad un comma dell'art. 173 - il "quarto"- frattanto abrogato).

È stata insomma delusa l'aspettativa di un globale ripensamento delle procedure concorsuali, idoneo ad **anticipare significativamente la soglia di emersione della crisi**, attraverso adeguati sistemi di prevenzione e di allerta; a tal fine sarebbe stata forse necessaria una più approfondita meditazione su alcune virtuose esperienze straniere, anche al fine di evitare una mera trasposizione di istituti altrove inseriti in tutt'altro contesto normativo ed economico o, comunque, per meglio valutarne la compatibilità coi principi del nostro ordinamento giuridico.

⁽⁴⁾ L'elegante espressione è di GIOVANNI LO CASCIO, *Il Fall.*, n. 9/06, p. 999, il quale al riguardo fa ipostaticamente riferimento a "finalità di vetrina" della riforma.

⁽⁵⁾ Come acutamente osserva LUCIANO PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, *Il Fall.*, n. 9/06, p.1009, la prosecuzione dell'attività non figura tra i requisiti di ammissibilità del concordato preventivo.

In ogni caso, l'impressione che "brutalmente" se ne ricava, è quella di un intervento che finisce sostanzialmente per giovare agli imprenditori più (eufemisticamente) "disinvolti" ed ai creditori più (semplificatoriamente) "forti", ad evidente detrimento sia degli imprenditori più "onesti" -che in questo nuovo sistema non trovano alcun incentivo a sacrificare, in nome di un'etica dell'economia, i loro interessi personali- sia dei creditori più "piccoli", che pure, secondo gli studi che fotografano il sistema economico nazionale, sembrerebbero rappresentarne l'ossatura o, quantomeno, la maggioranza (naturalmente numerica: la *boutade* è d'obbligo, visto lo stravolgimento del pregresso sistema delle maggioranze, bilanciato tra "creditori" e "credito", in chiave di prevalenza di quest'ultimo rispetto ai primi).

Inoltre, a fronte di un'elencazione quasi "tassonomica" dei possibili modelli di concordato (che nell'enunciazione dell'art. 160 arrivano a lambire le più evolute forme di attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o strumenti finanziari), nella prassi continua -più modestamente- a registrarsi la prevalenza del classico modello liquidatorio, secondo l'inveterata *cessio bonorum*, con buona pace del tanto sbandierato obiettivo di recupero dei valori aziendali (occupazione compresa).

Si è anche osservato che l'assimilazione della procedura di concordato preventivo a quella di fallimento - sotto il profilo del presupposto dell'insolvenza - soffrirebbe del difetto di legittimazione attiva dei creditori (con possibili dubbi di incostituzionalità), mentre la valorizzazione del concetto di crisi - in chiave anticipatoria dell'insolvenza - richiederebbe, come obiettivo primario, il recupero dell'impresa e, come obiettivo concorrente o secondario, l'assicurazione ai creditori di un trattamento più favorevole rispetto all'opzione fallimentare.⁽⁶⁾

Se così non fosse, infatti, la pesante compressione dei diritti soggettivi di credito risulterebbe del tutto ingiustificata, in mancanza di interessi prevalenti da tutelare e tanto più per la totale obliterazione del presupposto di **meritevolezza** dell'imprenditore interessato al beneficio esdebitatorio; non può sfuggire, infatti, che l'istituto dell'esdebitazione è stato introdotto anche nei fallimenti "di nuova generazione", a beneficio dei soli imprenditori individuali che -si sottolinea- non abbiano posto in essere **condotte penalmente rilevanti**; condizione, questa, cui non sono stati invece sottoposti gli imprenditori, sia individuali che collettivi, che -pur se in stato d'insolvenza- richiedano l'ammissione al concordato preventivo (presupposti ed effetti ancora diversi valgono, poi, nel concordato fallimentare).

Sembra dunque che, nel nuovo sistema, l'imprenditore-debitore disponga di una non bilanciata discrezionalità di porre fine al proprio dissesto in modo alternativo alla liquidazione fallimentare (dalla quale peraltro non sempre derivano effetti deteriori) e, soprattutto, che non siano state

⁽⁶⁾ In termini, LO CASCIO, *op. loc. cit.*

doverosamente incentivate condotte imprenditoriali moralmente e professionalmente corrette (come, appunto, con l'esdebitazione del nuovo rito fallimentare), così trascurandosi, con grave miopia, che "è anche la selezione di persone idonee e meritevoli che può contribuire alla formazione" di una **classe imprenditoriale affidabile**, "con cui riavviare le attività produttive" ⁽⁷⁾.

Altrettanto miope -in questa prospettiva più economica che giuridica- appare una visione "unilateralistica" della tutela dell'attività d'impresa, quasi che non fossero imprenditori anche gran parte dei creditori, i cui interessi vengono sacrificati in nome di quello del debitore; non si comprende, infatti, che senso abbia il "salvataggio" (tanto più perché troppo spesso in chiave meramente liquidatoria) di un imprenditore, nemmeno "meritevole", se questo significa il pesante sacrificio (senza nemmeno l'ultima "Thule" della soglia del 40%) di imprese altrettanto -e anzi più- meritevoli di tutela, perché più "virtuose" e produttive di benefici effetti nel sistema economico.

Esse anzi, laddove **piccole imprese o imprese artigiane**, finiscono per risultare doppiamente pregiudicate, per non essere a loro volta ammissibili ai benefici (ora ancor più appetibili) del concordato preventivo, secondo l'unanime interpretazione dei presupposti soggettivi dell'istituto, fondata sul chiaro disposto normativo (art. 1).

Né il bilanciamento dell'esenzione dal fallimento appare pienamente ripristinatorio, posto che le stesse restano comunque soggette -per l'intera esposizione debitoria e senza limiti di tempo (con evidente compromissione delle capacità di ripresa, magari dopo una semplice crisi non precipitata in definitivo dissesto)- alle iniziative esecutive individuali, spesso ancor più afflittive per la eccessiva durata (cui la recente riforma del processo esecutivo non sembra aver punto apportato rimedio) e destinate, comunque, a risolversi nella dispersione dei mezzi organizzativi del processo produttivo.

Peraltro, la clamorosa introduzione del beneficio dell'esdebitazione in sede fallimentare (sostanzialmente a fronte di una condotta immune da censure penalistiche e processualmente collaborativa), unitamente alla contestuale eliminazione degli effetti "infamanti" (o comunque limitativi di diritti costituzionalmente garantiti) della dichiarazione di fallimento, potrebbero paradossalmente indurre i piccoli imprenditori "onesti" a nascondere le proprie caratteristiche dimensionali, per non privarsi di un beneficio economico ed imprenditoriale di così grande portata.

Al tempo stesso, l'eliminazione del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese dischiude la procedura concordataria alle imprese irregolari o di fatto, con conseguente sacrificio dei principi di trasparenza e pubblicità propri di un sistema imprenditoriale "sano".

⁽⁷⁾ Lo Cascio, *op. cit.*

A chiusura di questa digressione sul tema generale del nuovo concordato preventivo, non si trovano parole più calzanti e condivisibili, per entrare *in medias res*, delle seguenti:

*“Nel novellato assetto del concordato preventivo, tendenzialmente (e sicuramente più di prima) retto da un principio di autotutela, piuttosto che di eterotutela, **il nodo cruciale appare, infine, la quantità e, soprattutto, qualità di tutela effettiva apprestata per i creditori (e segnatamente per quelli deboli, ossia davvero bisognosi di una tutela all'interno del procedimento e con gli strumenti da esso previsti**”, i quali perciò **“non possono che confidare principalmente nella competenza, nell'onestà e nell'effettiva autonomia professionale dell'esperto (peraltro, di fiducia del debitore e vincolato sostanzialmente ai dati contabili da questi fornitigli), verificato dall'esterno dal tribunale e, dall'interno, (nel merito contabile ed aziendale, di attendibilità del piano e di proiezione di sua fattibilità) dal commissario giudiziale”** ⁽⁸⁾.*

IV. Natura del procedimento di omologazione

Con una suggestiva espressione, il giudizio di omologazione è stato definito *“una sorta di **prisma magico**, capace di rivelare di sé, all'interprete, facce sempre nuove e diverse”* ⁹.

È nota la lettura per cui il **processo camerale**, originariamente concepito per i giudizi di natura non contenziosa e di regola concluso con provvedimenti privi di attitudine al giudicato, formale e sostanziale, si sarebbe evoluto in una sorta di **“contenitore neutro”** (Cass.civ. 19.6.96 n. 5629, Foro IT., 1996, I, 3070), destinato ad accogliere non solo i procedimenti di c.d. volontaria giurisdizione, ma anche quelli di natura contenziosa, per l'esigenza di sottrarre alcuni diritti soggettivi alle disfunzioni del rito contenzioso ordinario.

Quest'opzione, che esprime l'attuale tendenza alla **“cameralizzazione dei diritti”** (Cass.civ. 28.7.04 n. 14200.Foro It., 2005, I, 777), è stata ascritta dalla Corte Costituzionale alla discrezionalità del legislatore -sia pure con esclusivo riferimento al rito disciplinato dagli artt. 737 e ss c.p.c., privo di regole cognitive predeterminate e di possibili rilievi di *errores in procedendo* (C. Cost. 1.8.03 n. 11715), ma ha trovato severe critiche in dottrina ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ ADRIANO PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, Il Fall. n. 9/06, p. 1025.

⁽⁹⁾ ILARIA PAGNI, *Il procedimento di omologa – profili processuali*, Il Fall., n. 9/06, p. 1074.

⁽¹⁰⁾ A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, F. It., 2000, V, 241, in termini di **“abuso del ricorso alla tutela camerale”** per la tutela giurisdizionale dei diritti, stante la possibilità di sopperire ad eventuali ragioni d'urgenza con le tutele sommarie.

In realtà, i recenti interventi legislativi in ambito fallimentare (concordato preventivo e fallimentare, accertamento del passivo, procedura prefallimentare, reclami ex art. 26 e in genere, ai sensi del novellato art. 24, ogni causa derivante dal fallimento -tra le quali, ora, anche quelle immobiliari- e comprese le revocatorie fallimentari, ove non diversamente disposto), hanno delineato un **rito camerale ibrido**, in quanto arricchito con inserti di regole processuali tratte dal modello cognitorio ordinario che, specie nella fase istruttoria, possono creare “frizioni” con il criterio, sotteso all’art. 738 ult.co. c.p.c., della duplice atipicità, delle fonti di prova e dei loro modi di acquisizione (“*il giudice può assumere informazioni*”).

Inoltre, in questo nuovo rito camerale “ibrido” emerge una certa indifferenza per la natura del suo **provvedimento conclusivo** (spesso decreto, talora ordinanza o addirittura sentenza), che con troppa disinvoltura viene configurato diversamente anche in materie analoghe, con tutte le conseguenti difficoltà ermeneutiche, specie in tema di mezzi di impugnazione.

Eclatante è proprio il caso del giudizio di omologazione del concordato preventivo, che ai sensi dell’art. 181 si conclude con “**decreto motivato**” - anche se l’art. 182 continua a prevedere la *sentenza* per l’omologazione del concordato con cessione dei beni, l’art. 185 continua a far riferimento alle modalità di esecuzione stabilite nella *sentenza* di omologazione e l’art. 186 prevede che a risoluzione o annullamento del concordato si provveda con *sentenza*-, mentre l’art. 183 prevede, al comma 1, l’**appello** “*contro la sentenza che omologa o respinge il concordato*” e al comma 3 la ricorribilità per **cassazione** avverso la *sentenza* che decide l’appello.

Non c’è da stupirsi, quindi, se avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo la Corte di Appello di Bologna, in data 27.1.06, ha ritenuto ammissibile il reclamo ex art. 739 cpc (per implicita abrogazione dell’art. 183 e in analogia con l’impugnazione del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione), la Corte di Appello di Bari, in data 24.5.06, ha ritenuto inammissibile il reclamo e necessario l’atto di appello, con giudizio a cognizione piena (interpretando il decreto come sentenza in senso sostanziale) e la Corte di Appello di Bologna, in data 24.2.06, ha ritenuto ammissibile l’appello con citazione ma, al tempo stesso, disposto il mutamento del rito in camera di consiglio ⁽¹¹⁾.

In effetti, di fronte ad una sorta di “**rivoluzione copernicana del rito**” del giudizio di omologazione del concordato preventivo -passato da processo di cognizione a carattere **officioso** e **contraddittorio eventuale** (in caso di interventi in opposizione), nel cui ambito viene svolta **attività di volontaria giurisdizione**, a procedimento camerale a **contraddittorio pieno** con inserti di cognizione ordinaria- occorre inter-

⁽¹¹⁾ In tale ultimo senso, G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, Riv. dir. proc., 2005, 912 e Cass.civ. 22.7.04 n. 13660, in materia di impugnazione dei provvedimenti di separazione dei coniugi.

rogarsi più approfonditamente sulle attuali connotazioni di questo giudizio, posto che l'unica costante, rispetto al passato, è l'esclusione di un accertamento con forza di giudicato sui crediti, la cui esistenza e natura viene delibata solo *incidenter tantum* ed ai limitati fini dell'espressione del voto e del raggiungimento della maggioranza.

Tale giudizio appare infatti (ora più che mai) finalizzato alla legittimazione di un accordo raggiunto tra creditori e debitore, nel quale non viene però direttamente in gioco una contrapposizione di **diritti soggettivi** (quello del debitore all'effetto remissorio, più che un diritto preesistente risulta l'effetto dell'approvazione della sua proposta) ma, piuttosto, l'interesse (anche "superindividuale") alla definizione di una crisi, qui di impresa, analogamente a quanto avviene negli altri procedimenti camerali in materia societaria e di famiglia.

Peraltro, mentre in questi ultimi viene confermata la **revocabilità** del provvedimento conclusivo (per la sua inattitudine al giudicato) e, correlativamente, la **non impugnabilità in cassazione** ⁽¹²⁾, in materia di omologazione del concordato preventivo si ritiene che la **revocabilità** debba essere **esclusa** (sia per l'inaccettabile instabilità che ne deriverebbe rispetto alla collettività dei soggetti coinvolti, sia per la coesistenza di rimedi tipizzati, quali risoluzione e annullamento) mentre la **ricorribilità per cassazione** è positivamente contemplata (art. 183).

Del resto, proprio a fronte dei nuovi modelli elaborati dal legislatore, si comincia a sostenere l'inesistenza di una corrispondenza biunivoca assoluta tra esercizio della giurisdizione contenziosa e giudicato, così come tra ricorribilità per cassazione e natura contenziosa del giudizio, sebbene l'intervento della Corte di Legittimità sia ritenuto indice di una -se non proprio **decisione**, che compete al giudizio di cognizione piena, quantomeno- "**incisione**" di **diritti**, in quanto tale abbinabile a una **certa stabilità** ⁽¹³⁾.

In altri termini, il giudizio di omologazione del concordato preventivo sembrerebbe appartenere alla categoria dei "**processi a contenuto oggettivo**" ⁽¹⁴⁾, tipica dei casi in cui, proprio per la presenza di **interessi pubblici**, vi può essere una "*giurisdizione senza azione*" -intesa, quest'ultima, quale iniziativa a tutela di un diritto soggettivo-, con funzione solo **indirettamente satisfattiva** (tipico il caso del procedimento pre-fallimentare, il cui *constitutum* è stato peraltro intaccato, nella recente riforma, dalla sostituzione dell'opposizione alla sentenza di fallimento con la sua impugnazione dinanzi alla corte d'appello).

⁽¹²⁾ In tal senso, per l'omologazione della separazione consensuale v. Cass.civ. 8.3.01 n. 3390 e per quella degli atti societari v. Cass.civ. 13.1.05 n. 522; in generale, per tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione, Cass.civ. SS.UU. 3.3.03 n. 3073, F. It., 2003, I, 2090.

⁽¹³⁾ R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 111.

⁽¹⁴⁾ secondo la nota classificazione di MONTESANO, *voce Giurisdizione volontaria*, Enc. Giur., XV, Roma, 1989, 4.

Tuttavia, nello stesso giudizio di omologazione resta insito un **contenuto decisorio** (tra l'alternativa della regolazione convenzionale del passivo con effetto esdebitatorio e quella della tutela integrale dei diritti di credito, senza falcidia, secondo le regole dell'esecuzione, collettiva o individuale che sia), sicchè l'oggetto dell'accertamento giudiziale non potrebbe essere ridotto alla mera corrispondenza di un accordo negoziale al modello legale.

E, proprio in questa latitudine, è stato acutamente osservato come la composizione della "lite" tra le due "**pretese**", entrambe "**strumentali**" alla regolamentazione della crisi, passa attraverso una forma di controllo dell'autorità giudiziaria che, "**per quanto assai meno penetrante rispetto al passato, non può essere definito di mera legalità**", in quanto "**il tribunale deve pur sempre valutare -senza necessità di eccezioni- la convenienza del concordato nell'ipotesi di formazione delle classi (non tutte consenzienti) e, per quanto appare più corretto -in chiave processuale- anche la fattibilità del piano**"⁽¹⁵⁾.

Al tempo stesso va dato atto che, anche chi sostiene la tesi contrapposta per cui l'omologazione oscillerebbe tra la **regola di una mera presa d'atto della maggioranza**" di cui al 1° comma dell'art. 177" (come testualmente recita l'art. 180 co. 4) e l'**eccezione** di un pieno controllo di merito sulla **convenienza** (solo in presenza di classi dissenzienti)- finisce per ammetterne le evidenti "**incongruenze**" (rispetto ad una disciplina "**approssimativa e sordinata**"), sia pure per relegarle al ruolo di mera critica rispetto ad intangibili "**scelte di politica legislativa**"⁽¹⁶⁾.

Al contrario, si ribadisce la preferibilità di una linea ermeneutica che, piuttosto, riconduca a **coerenza e congruità** norme positive e principi del nostro ordinamento giuridico.

V. Aspetti processuali

L'attuale assetto procedurale del concordato preventivo si configura -venuto meno il "diaframma" tra approvazione ed omologa, prima costituito dalla pubblicazione del decreto del giudice delegato, che apriva una fase a cognizione piena- come un **unicum iter**, retto dall'**impulso iniziale di parte** (ricorso ex art. 161), legittimato dal provvedimento giudiziale di **apertura** (decreto del tribunale ex art. 163), articolato nelle **fasi di verifica e votazione** (relazione del commissario giudiziale ed adunanza dei creditori presieduta dal giudice delegato, artt. 170-178), processualizzato nel **contraddittorio** tra debitore, creditori dissenzienti e terzi interessati

⁽¹⁵⁾ M. FABIANI, *L'impugnazione del decreto nel giudizio di omologazione*, Il Fall., n. 9/06, p. 1089.

⁽¹⁶⁾ G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, Il Fall., n. 9/06, p. 1071-1073.

(giudizio camerale di omologazione ex art. 180), chiuso col provvedimento di **approvazione o diniego** (decreto del tribunale ex artt. 180-181 o decreto di rigetto -oltre ad eventuale sentenza di fallimento- ai sensi dell'art., 179 e del discusso rinvio all'art. 162 co. 2), **eseguito** sotto la vigilanza degli organi concorsuali (tribunale, giudice delegato, commissario giudiziale o liquidatore ex artt. 182 e 185) nonché, eventualmente, "stabilizzato" in sede **impugnatoria** (appello e ricorso per cassazione ex art. 183) o, infine, seguito da "incidenti di accertamento di tipo risolutorio" (**risoluzione o annullamento** ex art. 186).

Sotto il profilo strettamente processuale, si rinvencono i seguenti punti nodali:

1) la necessità della **notifica del decreto di fissazione dell'udienza** in camera di consiglio, a cura del debitore, oltre che (forse superflualmente) al commissario giudiziale, anche ai **creditori dissenzienti**, tra i quali **non si ritengono inclusi i creditori non ammessi al voto, o che non abbiano partecipato all'adunanza, o che si siano astenuti o addirittura che non siano stati ancora individuati**, per i quali sembra residuare solo la facoltà, laddove ascrivibili alla categoria di "**qualsiasi interessato**", di costituirsi in giudizio "**almeno 10 giorni prima dell'udienza fissata**", al fine di "**proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio**" ed indicare eventuali "**mezzi istruttori**" -sempre che del giudizio abbiano avuto, in qualche modo, tempestiva notizia- nonché, per chi lo ritiene ammissibile, il potere di impugnarne (nei ristretti termini previsti) il decreto di approvazione (di cui il c.g. è tenuto a "**dare notizia ai creditori**" -stavolta tutti- ex art. 180);

2) la **coincidenza cronologica** tra il **termine per la costituzione in giudizio** di tutte le parti (commissario giudiziale compreso) e quello assegnato a quest'ultimo per il **deposito del "proprio motivato parere"**;

3) il ruolo, anfibologicamente rivestito dal **commissario giudiziale**, sia di **organo della procedura** che di **parte** vera e propria (come visto in quest'ultima veste destinatario della notifica del decreto di fissazione dell'udienza);

4) l'importazione di sintagmi propri del modello contenzioso ordinario, quali "**eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio**" e "**indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti**" -peraltro non accompagnata da analoghe scansioni temporali, strumentali all'effettività del contraddittorio- che non appaiono del tutto coerenti con la scelta semplificatoria del rito camerale e che, comunque, inducono una contestuale **crystallizzazione**, *in limine litis*, sia del *thema decidendum* che di quello *probandum*, poi però sostanzialmente svuotata dall'ampiezza dei poteri officiosi mantenuti in capo al **tribunale**, che "**nel contraddittorio delle parti assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie, eventualmente delegando uno dei componenti del collegio per l'espletamento dell'istruttoria**";

5) l'improprio impiego del termine "**eccezione**" (propria, o in senso stret-

to), a fronte di posizioni non esattamente qualificabili come diritti soggettivi, rispetto ai quali far così valere i classici “**fatti impeditivi, modificativi o estintivi**” (in chiave solo paralizzatoria della domanda, non già estensiva dell’oggetto del giudizio) e la conseguente difficoltà di individuare contestazioni formali e sostanziali che non siano anche rilevabili d’ufficio; in tal senso, se le **eccezioni proprie di rito** sono state genericamente ascritte ad ipotesi di “*nullità formali o extraformali del procedimento*”, quelle **di merito** sono state riferite a rilievi -da parte sia del debitore che di altri creditori- di prescrizioni, decadenze, annullabilità o vizi del titolo di un credito annoverato nel passivo e quindi considerato ai fini del calcolo della maggioranza (I. PAGNI, *op.cit.*, p.1079), ferma restando la regola che condiziona l’ammissibilità dell’opposizione dei creditori alla loro esclusione dal voto all’influenza, della loro eventuale ammissione, sulla formazione della maggioranza (art. 176, c.d. *prova di resistenza*);

6) l’individuazione nel requisito della “**fattibilità**” del piano di un **elemento costitutivo**, piuttosto che nella sua non fattibilità di un fatto impeditivo (se assente *ab origine*) o estintivo (se sopravvenuto) **della domanda**, con la conseguenza, di centrale rilievo, che la sua esistenza sarebbe **rilevabile anche d’ufficio** ⁽¹⁷⁾ e non solo rimessa all’eccezione delle parti (tra le quali comunque figura, come visto, anche il CG, con tutte le possibili perplessità per questa duplicazione di funzioni);

7) la non trascurabile portata del potere del tribunale di “**assumere informazioni**”, sia pure “**nel contraddittorio delle parti**”, che significa deroga ai principi dell’istruttoria del processo a cognizione piena, superamento del principio di disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.) e dei loro limiti di ammissibilità e, quindi, atipicità sia dei mezzi di prova che delle loro modalità di assunzione nel processo;

8) la sensazione che il **thema decidendum** non sia stato preventivamente delineato dal legislatore, se non con **riferimento “recettizio” al thema probandum** introdotto dalle parti, che costringe gli stessi sostenitori della tesi del controllo meramente formale, ove non vi siano “opposizioni” (T. Milano 13 e 18.7.06; *contra* T. Milano 8.6.06), ad assumere che, nell’ipotesi opposta, si finisca per (ri)attribuire al collegio un penetrante potere di controllo nel merito, **esteso addirittura alla convenienza, pur in assenza di classi dissenzienti** ⁽¹⁸⁾;

9) la contraria opinione di chi sostiene, invece, che il controllo del tribunale -inquadrate come “**controllo preventivo di legittimità**” “**suscettibile di incidere su diritti soggettivi altrui**” - per un verso, **possa estendersi all’esame della fattibilità del piano anche se esso sia stato**

⁽¹⁷⁾ ILARIA PAGNI, *op. loc. cit.*; cfr., in termini più dubitativi, MASSIMO FABIANI, *op.cit.* p. 1090.

⁽¹⁸⁾ GIUSEPPE BOZZA, *op. cit.*, p. 1072; in termini più perplessi, STEFANIA PACCHI, *La nuova disciplina del c.p. e gli accordi di ristrutturazione*.

approvato e non vi siano “opposizioni” e, per altro verso, **non possa estendersi (salvo il *cram down*) a ulteriori profili di merito**, quali convenienza o meritevolezza, solo perché introdotti nel giudizio per via di eccezione ⁽¹⁹⁾;

10) la statuizione sulle **spese processuali**, di regola collegata alla natura contenziosa o volontaria della giurisdizione (quest'ultima incompatibile col principio ex art. 91 cpc: v. Cass.civ. 13.4.05 n. 7644), su cui si registra ampia varietà di decisioni (App. Bologna 27.1.06 le pone a carico del debitore ove soccombente, Trib. Prato 5.12.05 esclude la pronuncia per la particolarità della materia, Trib. Como -Il Fall. 2006, p.287- le pone a carico della massa e Trib. S.M.C. Vetere 26.7.05 opta per la compensazione);

11) l'incoerente disciplina del provvedimento di chiusura del giudizio (come visto “**decreto motivato**” ex art. 181 e “**sentenza**” ex artt. 168, 182, 185 e 186) e la lacunosità delle forme di **impugnazione** ex art. 183 (con tutte le incongruenze di cui si è già dato atto).

VI. Oggetto e limiti del sindacato giurisdizionale

Come già emerso dalle osservazioni che precedono, la nuova formulazione dell'art. 181 non prevede più espressamente, in sede di giudizio di omologazione, la verifica di persistenza delle **condizioni di ammissibilità** (in revisione del vaglio già positivamente, ma più sommariamente, espresso in sede di apertura della procedura), mentre il novellato art. 180 richiede, apparentemente, solo il riscontro della maggioranza prescritta dall'art. 177 co. 1, con la sola eccezione di cui agli artt. 177 co. 2 e 180 co. 5, nel senso che, ferma restando tale maggioranza e quella numerica delle classi che siano state formate, il tribunale è chiamato a valutare la **convenienza** della proposta per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti (c.d. “*cram down*”).

Tuttavia, il confinamento del controllo giudiziale in un angusto ambito di natura sostanzialmente “notarile” (forse più consono alla formulazione dell'art. 129, comma 4, in sede di concordato fallimentare) contrasta non tanto con improbabili opinioni di politica legislativa quanto con l'esigenza di una coerente lettura sistematica dell'intero tessuto normativo (segnatamente degli artt. 161, 173, 177 e 180), quale esso risulta all'esito del frammentario intervento riformatore.

Una siffatta operazione ermeneutica va preferita rispetto ad arbitrarie operazioni di “chirurgia normativa” dell'operatore, stante il principio generale, desumibile dall'art. 15 delle c.d. preleggi, per cui “***l'abrogazione implicita di una norma possa essere invocata solo quando lo ius***

⁽¹⁹⁾ ILARIA PAGNI, *op. loc. cit.*; Cfr. P.F. CENSONI, *La nuova disciplina del c.prev., Atti Convegno di studio su competitività e sviluppo economico*, Verona, 22.6.05)

superveniens intervenga a regolare il medesimo rapporto disciplinato dalla legge precedente e fra le due disposizioni sussista una tale contraddizione da renderne impossibile la contemporanea operatività, nel senso che l'applicazione e l'osservazione dell'una implicherebbe necessariamente disapplicazione o inosservanza dell'altra" ⁽²⁰⁾.

Ebbene, prendendo le mosse dall'**art. 180**, la facoltà per tutti i soggetti legittimati alla partecipazione al giudizio (debitore, creditori dissenzienti, commissario giudiziale e, addirittura, "**qualsiasi interessato**"), di "*sollevare eccezioni, processuali e di merito, non rilevabili d'ufficio*", accanto al potere del **tribunale** di svolgere "*anche d'ufficio*" l'istruttoria necessaria, implicano logicamente la possibilità di una **rivisitazione delle condizioni di ammissibilità**, ai fini del riscontro della loro persistenza, a meno di voler assumere che l'intero apparato processuale sia stato così articolatamente configurato ad esclusivo riscontro delle maggioranze, con evidente eccedenza del mezzo rispetto al fine.

Sarebbe poi assurdo impedire una simile valutazione in sede di omologazione, quando lo stesso **art. 173 co. 2** continua a prevedere che "*il fallimento è dichiarato ... se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*"; la norma ben può essere configurata, come in passato, "clausola residuale" e "*valvola di sicurezza*" che **consente al tribunale di non procedere all'omologazione di proposte concordatarie rivelatesi, per erronea valutazione iniziale o per circostanze sopravvenute, mancanti delle condizioni di ammissibilità prescritte dagli artt. 160 e 161** (nell'esercizio di un potere di emenda che sembra normale all'interno di una medesima fase giurisdizionale a formazione progressiva).

Un'interpretazione riduttiva sembra incompatibile anche con la previsione del **parere motivato** che, ai sensi dello stesso **art. 180**, il commissario giudiziale è tenuto a depositare proprio -e solo- in vista del giudizio di omologazione, in aggiunta, cioè, a quello già formulato ex art. 172 per l'adunanza dei creditori; infatti, stante la rilevata coincidenza del termine per il suo deposito con quello imposto per la costituzione delle parti (senza previsione di repliche), si desume chiaramente che esso non è destinato al contraddittorio, bensì solo ad una valutazione collegiale il più ponderata possibile.

Alla luce di questi rilievi sistematici, la giurisprudenza sembra sempre più coagularsi sulla tesi dell'ammissibilità di un controllo di merito del tribunale in sede di omologazione, sia pure limitatamente alla fattibilità del

⁽²⁰⁾ Su questa motivazione è stata, tra l'altro, fondata la decisione di definire con sentenza l'omologazione di concordato con cessione dei beni: Trib. Salerno 20.9.05 n. 2980; conf. FAUSTO SEVERINI, *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Itaedizioni Marzo 2006.

piano, con conseguente tenuta -almeno *in parte qua-* del pregresso e consolidato orientamento di legittimità, per cui ***“le condizioni di ammissibilità e di convenienza del concordato preventivo devono essere accertate con riferimento alla situazione esistente al momento dell’omologazione, la quale quindi deve essere negata ove il giudice accerti che tali condizioni, quand’anche inizialmente esistenti, siano successivamente venute a mancare”*** (v. Cass.civ. 19.3.04 n. 5562).

Con la dovuta precisazione che, ammettere la verifica giudiziale sulla **fattibilità** del piano è cosa ben diversa dall’estenderla alla sua **convenienza** (cfr. App. Bologna, 3° sez.civ., 24.2.06), così come -e a maggior ragione- alla **meritevolezza** dell’imprenditore, trattandosi di presupposti ontologicamente distinti ed ora non più richiesti nemmeno in sede di ammissione.

Riepilogando, le condizioni di ammissibilità del c.p. sono ben diverse dalle precedenti, sicché, ai sensi dei novellati artt. 160, 161 e 163 possono pacificamente ritenersi **esclusi**, rispetto al passato:

- a) la **meritevolezza** dell’imprenditore;
- b) il **contenuto** della proposta;
- c) la **percentuale minima** offerta ai creditori chirografari;
- d) la **convenienza economica** del concordato (salvo quanto *infra*).

Sulla base della nuova normativa, vanno invece verificati in tutto il corso del giudizio di omologazione:

A) l’esistenza dei **presupposti soggettivi** - trattarsi, cioè, di **imprenditore, non piccolo**, in stato di **crisi** ovvero, indifferentemente, di **insolvenza** (salva l’acuta osservazione della necessità di un accertamento esplicito dell’eventuale insolvenza, sia a fini penali sia a salvaguardia della possibile riconoscibilità del concordato aperto in Italia come “procedura principale”, ai sensi del **Regolamento CEE n. 1346/2000**⁽²¹⁾;

B) la persistenza dei **presupposti oggettivi**, quali la **regolarità e completezza** della domanda, la sua articolazione in un **piano** di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti, l’**attendibilità** dei dati ad esso sottesi e la sua **fattibilità**, secondo un giudizio di tipo prognostico (v. Trib. Bari 7.11.05, in Fall., 2006, 1, pag. 52), già sagacemente descritto, nei primi arresti giurisprudenziali, come **“credibilità del progetto di ristrutturazione dei debiti e soddisfacimento dei creditori, i cui obiettivi devono tendere alla concreta realizzazione in termini non di mera possibilità ma di probabilità di successo”**, con esclusione di **“ogni assunto apodittico, privo di qualsiasi connotato valutativo”** (Trib. Roma 8.3.06, Dir. e Prat. del Fall., 2006, n. 4, p. 54 ss.).

Peraltro, a ben vedere il requisito della **meritevolezza** dell’imprendi-

⁽²¹⁾ GIORGIO JACHIA, L’impresa in crisi nel mercato e nel concordato preventivo, incontro CSM *Le riforme del diritto concorsuale*, Roma, 2-4.10.06.

tore, piuttosto che completamente obliterato sembra essere stato trasferito dalla sfera eteronoma del giudizio del tribunale a quella autonoma del ceto creditorio, ad uso del quale continua infatti a prevedersi l'obbligo del commissario giudiziale di redigere "*una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori*", da depositare "*in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza dei creditori*" (art. 172).

Parimenti, e come più volte evidenziato, il requisito della **convenienza economica** non è stato completamente sottratto al vaglio giudiziale, persistendo la necessità della sua valutazione con riferimento ai i creditori appartenenti alle classi (minoritariamente) dissenzienti (il famigerato "*cram down*", asceso alla ribalta sin dai primi commenti, forse perché superficialmente visto quale "ultimo epigono" o "vessillo" di un potere officioso perduto).

Quanto poi al vecchio **contenuto della proposta**, esso può intendersi in certo qual modo compreso ed assorbito nella tipizzazione del piano e nella valutazione di fattibilità.

Infine, la **percentuale** della falcidia concordataria in fondo già rappresentava un simulacro di sé stessa, quantomeno nella fase esecutiva dei (numericamente prevalenti) concordati con cessione dei beni, che nella prassi venivano costantemente "salvati" dalla risoluzione solo grazie all'originaria -ed inopinatamente immutata- disposizione dell'art. 186, co. 2, che la esclude nell'ipotesi (pressochè costantemente ricorrente) di ricavo, dalla liquidazione dei beni, di una "*percentuale inferiore a quaranta per cento*".

Peraltro -e *a contrario*-, proprio a partire dall'ormai anacronistica vigenza di tale ultima disposizione, è stata tratta nuova linfa esegetica, nella stessa ottica privatistica della riforma.

Si è infatti sostenuto che, proprio perché "*nel concordato è stato privilegiato l'aspetto negoziale, qualora il debitore abbia proposto ai creditori di soddisfarli in una **percentuale determinata** e la maggioranza dei creditori l'abbia accettata, quella **proposta vincola le parti**, in quanto il consenso è stato espresso e la volontà si è formata su di un determinato impegno*", la cui **inottemperanza giustificherebbe la risoluzione o l'annullamento** del concordato (su iniziativa del creditore e nelle forme previste); al tempo stesso, "*il maggior realizzo in conseguenza della liquidazione dei beni superiore alle previsioni non sarà ceduto, ma resterà nella disponibilità della parte*" (Trib. Ancona 23.1.06).

In effetti, il "mito" privatistico della piena autonomia delle parti ineludibilmente implica e presuppone una manifestazione di volontà pienamente informata ("*senza se e senza ma*", potrebbe suggestivamente chiosarsi).

Ma allora -e sempre nell'ambito dell'interpretazione più "privatistica" della riforma- anche la **non omologazione** sarebbe giustificata, ove la sopravvenuta **irrealizzabilità** della percentuale offerta ed accettata (aspet-

to di merito) venga ad emergere in sede giudiziale, magari su impulso di un creditore non dissidente⁽²²⁾.

Su questo segmento si innesta la più ampia tematica della modificabilità della domanda di concordato.

Poiché in effetti -salvi i casi di assoluta non fattibilità- la valutazione di fattibilità del piano comporta, essenzialmente, un giudizio comparativo tra la percentuale proposta dal debitore e quella calcolata dal commissario, l'interrogativo che si pone, a fronte di una valutazione più negativa del C.G., è se sia possibile per il debitore, **prima della chiusura delle votazioni**, rettificare in senso peggiorativo la propria proposta, in linea con le valutazioni del CG (che in effetti l'art. 175 chiama ad illustrare in adunanza le "**proposte definitive**" del debitore), acquisendo il consenso -esplicito o implicito- del ceto creditorio, o se debba mettere a disposizione dei creditori ulteriori risorse per rendere fattibile il piano.

Tertium non datur, almeno secondo l'opinione dottrinale²³ che non ammette che oggetto della votazione sia la proposta tacitamente "modificata dal commissario giudiziale", con riferimento ad un "**consenso informato**" dei creditori, sia perché la valutazione di fattibilità resterebbe così rimessa in via esclusiva al CG, sia perché nella prassi sono assolutamente frequenti espressioni di voto che addirittura precedono il deposito della relazione ex art. 172 o, comunque, non seguono le evoluzioni dell'adunanza.

Se poi l'eventualità si verifichi **dopo la chiusura delle votazioni**, si sostiene da più parti la necessità di una nuova convocazione dei creditori, su impulso del collegio⁽²⁴⁾.

È chiaro che in tutte queste ipotesi, uno svilimento di un così importante snodo valutativo potrebbe essere giustificato solo dietro lo schermo, per ora meramente formale, dell'**onere**, gravante sui votanti, di **tenersi informati e aggiornati** sugli sviluppi della procedura (ciò che per lo più non corrisponde alla realtà, senza che se ne possa trarre argomento decisivo).

Per concludere, si registra l'esistenza di una comune e sempre più ampia piattaforma esegetica giurisprudenziale, che, nei termini sopra esposti, individua la **finalità** del giudizio di omologazione del concordato nella "**verifica della conformità alla legge e dell'aderenza agli interessi pubblici di un'attività privata**", attraverso il contemporaneo riscontro di vari presupposti, formali e sostanziali, quali **ritualità** della procedura, **corretta formazione della maggioranza**, **fattibilità** del piano approvato e sua **convenienza per le eventuali classi minoritarie**

⁽²²⁾ cfr. MASSIMO FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di nuovo concordato preventivo*, G.Mer., 2006, 704, per il quale appunto l'irrealizzabilità della percentuale proposta preclude l'omologa e la sua mancata realizzazione consente la risoluzione del concordato.

⁽²³⁾ FERRO, *op.cit.*; AMBROSINI, *op.cit.*

⁽²⁴⁾ v. Trib. Milano 20.10.05, commentato in GIORGIO JACHIA, *op.cit.*, p. 92.

dissenzienti (cfr., *ex multis*: Trib. Sulmona 6.6.05, Trib. Roma 30.7.05, Trib. La Spezia 4.8.05, Trib. Salerno 5.10.05, Trib. Monza 16.10.05, Trib. Pescara 20.10.05, Trib. Padova 20.10.05, Trib. Milano 27.10.05, Trib. Bari 7.11.05, Trib. Bologna 15.11.05, Trib. Chieti 24.11.05, Trib. Milano 1.12.05, Trib. Prato 5.12.05, Trib. Roma 20.12.05, Trib. Messina 29.12.05, Trib. Sulmona 13.1.06, Trib. Ancona 23.1.06, Trib. Roma 2.2.06, Trib. Chieti 23.2.06, Trib. Terni 17.3.06, Trib. Torino 23.3.06, Trib. Terni 5.5.06, Trib. Milano 18.5.06, Trib. Terni 12.10.06, App. Perugia 18.10.06, Trib. Sulmona 14.11.06; *contra*, Trib. Como 24.3.05, Trib. Mantova 15.12.05, Trib. Cagliari 23.6.05, Trib. Como 22.7.05, Trib. Monza 28.9.05, Trib. Taranto 28.9.05 e Trib. Torino 17.11.05 sent. n. 436), oltre ad una significativa convergenza dottrinale in tale direzione (FERRO, *I limiti, anche temporali, della modificabilità della proposta di nuovo concordato preventivo*, G.Mer., 2006, 704; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: ambito del controllo giudiziario e requisiti di ammissibilità*, Giur. Comm.; U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 52; S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 238; A. LA MALFA, *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, www.ilcaso.it; S. AMBROSINI, *Gli organi della procedura*, Il Fall., n. 9/06, p. 1033).

In ultima analisi, si può plasticamente immaginare una **fattispecie di “controllo diacronico ad approfondimento progressivo”** (*step by step*) **dei requisiti di ammissibilità**, rimessi dapprima al **riscontro del professionista** incaricato dal debitore, poi ad un primo **controllo sommario del tribunale** (in sede di apertura della procedura), quindi alla più ponderata **valutazione tecnica del commissario giudiziale** (compendiata nella prima relazione ex art. 172), poi all'**autonoma valutazione di ciascuno dei creditori** interessati (in sede di adunanza ed ai fini del voto), quindi ancora al raffinamento del **parere del commissario giudiziale** (ex art. 180) e, da ultimo, al definitivo **vaglio giudiziale**, arricchito dalla piechezza del **contraddittorio con qualsiasi interessato**.

VII. Prime applicazioni della giurisprudenza umbra

Un recente e complesso caso, già sottoposto in Umbria al vaglio dei primi due gradi di giudizio, merita di essere segnalato.

A tal fine si reputa sufficiente la trascrizione di ampi stralci dei provvedimenti pronunciati nel corso della vicenda, la quale può fornire un'utile prospettiva applicativa rispetto alle osservazioni e considerazioni sopra svolte.

La vicenda:

Con ricorso del 5.7.04, la società X X presentava domanda di concordato preventivo con cessione dei beni e soddisfazione del 40% dei creditori chirografari.

All'esito dell'udienza dell'11.2.05, in cui la società istante rendeva noto che con contratto del 2.7.04 aveva concesso in locazione l'azienda, per la

durata di tre anni, alla società YY, il Tribunale, con decreto del 3.3.05, dichiarava aperta la procedura.

Nel corso delle operazioni di voto, interveniva la revoca del finanziamento già concesso dal Ministero delle Attività Produttive ex L. n. 488/92 di £ 2.725.470.000 (sul presupposto che la sopravvenuta messa in liquidazione della società beneficiata non avrebbe consentito la realizzazione del programma in funzione del quale il finanziamento era stato concesso).

Conseguentemente - e tenendo altresì conto della riforma della procedura introdotta con D.L. 14.3.05 n. 35 - il G.D. ordinava al C.G. di inviare lettera circolare a tutti i creditori, per renderli edotti della circostanza sopravvenuta -astrattamente idonea ad influire negativamente sulla percentuale proposta- e consentire loro l'eventuale revoca del voto favorevole già espresso; in tal senso si determinava un solo creditore.

All'udienza del 16.12.05 il C.G. segnalava che la società aveva impugnato dinanzi al TAR Lazio il DM di revoca e dava atto che avevano votato favorevolmente il 67,28% dei creditori, con un solo voto contrario.

Con decreto del 23.12.05 il Tribunale, considerando che la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari sarebbe scesa dal 40% al 34,54% o 24,69%, rispettivamente nelle ipotesi di revoca parziale o totale del finanziamento, dava atto del raggiungimento della maggioranza prescritta e fissava l'udienza collegiale camerale del 30.1.06; in data 20.1.06 il P.M. in sede esprimeva parere favorevole.

All'udienza del 30.1.06 il C.G. sottolineava la portata dell'opzione per l'acquisto dell'azienda ma, in prosieguo, la società ricorrente riferiva l'indisponibilità della società affittuaria ad una rinuncia all'opzione.

Con decreto del 3.8.06, il Collegio riteneva non compiutamente informato il ceto creditorio circa le effettive conseguenze del patto di opzione stipulato tra la XX e la YY ed esprimeva comunque un giudizio negativo circa la fattibilità del piano così come proposto, che pertanto non omologava, disponendo la comparizione della ricorrente dinanzi a sé in camera di consiglio, per ogni ulteriore valutazione.

Avverso la suddetta decisione la XX **interponeva, con ricorso, reclamo alla Corte di Appello di Perugia, che all'esito della discussione in camera di consiglio del 12.10.06 disponeva l'omologazione del concordato,** con provvedimento del 18.10.06, mandando al Tribunale per i provvedimenti ulteriori previsti dall'art. 182 L.Fall..

Il provvedimento conclusivo del Tribunale:

“Con decreto del 3.8.06, il Tribunale **aveva rilevato che il ceto creditorio, pur essendo stato reso edotto del fatto che, in ipotesi di esito sfavorevole della controversia tra la L. ed il Ministero delle Attività Produttive** (pendente dinanzi al Consiglio di Stato), in ordine alla revoca del finanziamento agevolato già concesso alla società, **la percentuale di pagamento dei creditori chirografari sarebbe scesa al 24,69% (rispetto al 40% di cui alla proposta di concordato), tuttavia aveva mani-**

festato la propria volontà di voto senza tenere debitamente conto degli ulteriori effetti negativi derivanti dal patto di opzione stipulato tra la XX e la YY (art. 6 contratto di affitto d'azienda del 2.7.04) che, secondo i calcoli del C.G., avrebbero ridotto al 17% la percentuale in questione; percentuale che pertanto, nell'eventuale concomitanza di una revoca del finanziamento, sarebbe scesa al di sotto dello 0%, con conseguente impossibilità di pagamento alcuno in favore dei creditori chirografari.

“Il Tribunale aveva pure dato atto che, dopo il rigetto della sospensiva da parte del Consiglio di Stato (fondato sulla *“necessità di rinnovare il procedimento” di revoca del finanziamento agevolato “consentendo la partecipazione dei soggetti interessati”*) ed in ottemperanza alla sentenza di 1° grado del TAR, vi era stato da parte del Ministero l'effettivo disimpegno dal ruolo del recupero delle somme erogate (per l'importo di e 1.292.080,52) ma, al tempo stesso, aveva ritenuto di non poter presumere definitivamente l'esito positivo della controversia pendente -stante l'inevitabile alea insita in ogni giudizio- ai fini della valutazione prognostica circa la fattibilità del programma concordatario.

“In effetti, allo stato non risulta che l'Amministrazione interessata abbia rinunciato agli atti del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato (rinuncia pur verosimilmente prevedibile, stanti le motivazioni formali -violazione degli artt. 7 e ss. L. n. 241/90- che sorreggono la decisione di primo grado) ed, anzi, è **sopravvenuta** l'iniziativa della banca incaricata dal Ministero di verificare le *“condizioni di permanenza delle agevolazioni concesse con DM n. 79686 del 4.11.99”*, evidente manifestazione della volontà dell'Amministrazione interessata di acquisire ogni elemento utile, in vista di una eventuale riattivazione del **procedimento di revoca del finanziamento agevolato**, con la dovuta partecipazione del soggetto interessato -che ovviamente potrà in quella sede far valere tutte le osservazioni e deduzioni già rappresentate a questo Tribunale per dimostrare la permanenza del diritto- salvo ed impregiudicato, però, l'esito dello stesso.

La Corte di Appello ha condiviso la tesi sostenuta dal Tribunale, nel senso della persistenza, anche nel nuovo sistema del concordato preventivo, del controllo sulle condizioni di ammissibilità del concordato in sede di omologazione, compresa quindi la fattibilità del piano proposto, ma ha ritenuto, in concreto, che *“nel valutare la realizzabilità del concordato si debbono tenere presenti le ipotesi almeno probabili, non quindi quelle dichiaratamente non ritenute tali”*, che *“in realtà il concordato proposto non fu vincolato alla realizzazione della soddisfazione dei chirografari nella misura del 40%”*, che l'attivo presumibilmente realizzabile sia pari ad e 6.988.000 -a fronte dell'attivo previsto nella domanda di concordato per e 7.659.632- e **che l'esercizio dell'opzione consentirebbe, comunque, di soddisfare i crediti chirografari in una percentuale “non lontana”** da quella che determinò *“la seconda votazione favorevole dei creditori”* (rectius, che

fu rappresentata ai creditori con la circolare del 18.10.05, inviata a tutti i creditori per consentire una eventuale revoca del voto già favorevolmente espresso), concludendo che la stessa presenza di **offerte di acquisto dei cespiti oggetto dell'opzione -subito dopo offerti in cessione ai creditori- ad un prezzo sensibilmente superiore a quello pattuito con l'attuale affittuaria dell'azienda (appartenente ad un medesimo "gruppo") atterrebbe semplicemente alla "convenienza economica del concordato", la cui valutazione (pacificamente) esula dal giudizio di omologazione ove non vi siano classi dissenzienti.**

La Corte perugina non ha invece valorizzato il fatto che **il valore dei beni sui quali è stata concessa l'opzione di acquisto ad un prezzo di e 6.300.000 è stato stimato, nel corso della procedura, nella superiore misura di e 7.650.176,22** (si rammenta che era già pervenuto un interessamento all'acquisto dell'azienda per euro 7.250.000), **che la società ha offerto la cessione (anche) dei beni oggetto dell'opzione al valore di e 6.300.000, quando si era già (immediatamente prima) vincolata a cederli alla società affittuaria, su sua semplice richiesta, non già per l'intera somma suddetta, bensì per la stessa decurtata di tutti i canoni di locazione pagati fino alla data della cessione** e che, in effetti, **la proposta di concordato -non ripresentata o integrata alla luce della recente novella legislativa- offriva una soddisfazione dei crediti chirografari al 40%**, (fermo restando che, anche ai sensi dell'abrogato art. 186 co. 2 L.-Fall., l'eventuale ricavo di una percentuale inferiore al 40% non comportava la risoluzione del concordato con cessione dei beni).

Inoltre il C.G. aveva dato atto, nel proprio parere ex art. 180 L.Fall., di essere stato fuorviato dal fatto che **la società in concordato aveva dapprima iscritto nel bilancio i canoni ricevuti alla voce "fitti attivi" -sì da farli ritenere acquisiti all'attivo concordatario- per poi iscriverli** (dopo il bilancio di verifica al 2.3.05), **tra le poste patrimoniali passive, alla voce "acconti da YY"**, così suscitando il proprio allarme.

È alla luce delle considerazioni che precedono che il **Tribunale intendeva acquisire ulteriori chiarimenti dalla società ricorrente, verificare l'eventuale disponibilità ad una modifica della proposta (con la liberatoria dal vincolo derivante dall'opzione) o quantomeno disporre una nuova consultazione del ceto creditorio, affinché il voto favorevolmente espresso si potesse ritenere fondato su un effettivo "consenso" -adeguatamente-"informato"**, facendo salve eventuali conseguenze in termini di fallimento, **che peraltro ora non discendono più automaticamente da una eventuale non omologazione o non approvazione del concordato.**

In ogni caso, stante la portata decisoria del decreto reso dall'adita Corte di Appello e l'opportunità di non procrastinare ulteriormente la procedura, occorre prendere atto della disposta omologazione del concordato e, conseguentemente, provvedere su tutti gli ulteriori aspetti."

VIII. Conclusioni

Per trarre le conclusioni finali sul tema d'indagine, non si può che prendere le mosse dalla scelta del nostro legislatore di consentire la sostanziale "**espropriazione**" di una quota del **diritto soggettivo di credito** di soggetti che (per loro sventura) abbiano concluso negozi giuridici con imprenditori poi caduti in stato di crisi, se non addirittura di insolvenza.

È palese che siffatta incisione (addirittura approssimabile allo zero) su un diritto soggettivo (che, quando esercitato in forma imprenditoriale -o comunque *lato sensu* lavorativa- trova a sua volta lo stesso -o analogo- rilievo costituzionale di quello, contrapposto, del proprio debitore: v. artt. 41 e 35 Cost.), deve trovare giustificazione, per essere ragionevolmente accettabile dalla collettività organizzata, nell'interesse generale al **risanamento dell'impresa**, rispetto al quale l'interesse particolare del debitore inadempiente deve restare solo strumentale.

Interessante, al riguardo, il rilievo svolto su analoga tematica (ossia la possibilità di un non integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati), nel senso che una falcidia concordataria non consentita (stante l'esclusione dal voto) comporterebbe la "*lesione del principio costituzionale dell'art. 42 terzo comma Cost., consistendo in un'evidente espropriazione (per atto e volontà della sola controparte debitrice, in mancanza di alcuna espressione di volontà del titolare) del diritto di credito, senza alcun indennizzo*" ⁽²⁵⁾.

In questa prospettiva, la componente negoziale e privatistica della composizione degli interessi contrapposti risponde pienamente al principio della disponibilità dei diritti soggettivi ed al modello consensuale ad esso sotteso.

Appare però altrettanto evidente che l'equilibrio tra le posizioni soggettive potrebbe essere completamente rimesso all'autonomia negoziale solo se il consenso fosse unanime.

È chiaro, infatti, che in tal caso l'intervento giudiziale sarebbe del tutto superfluo o comunque sproporzionato (all'eventuale esigenza di garanzia formale di legittimità ben potendo soccorrere, in ipotesi, altre forme di intervento esterno, latamente "notarili").

L'assunto trova conferma nell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, introdotto con l'art. 182-bis, in cui il modello consensuale prevede, comunque, il duplice sbarramento di una significativa maggioranza e di un controllo formale omologatorio, senza che peraltro sembri intaccato il

⁽²⁵⁾ ADRIANO PATTI, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, in atti convegno *La Riforma del diritto fallimentare*, Carate Brianza, 11-12.11.05; con il contrappunto del limite alla soddisfazione preferenziale dato dalla capienza dei beni gravati da prelazione ex artt. 2808, 2787 e 2798 nonché 2756 co. 3 c.c.; G. FAUCEGLIA, *La risoluzione e l'annullamento del c.p.*, *Il Fall.*, n. 9/06, p. 1106.

principio della non vincolatività dell'accordo per i soggetti che non vi abbiano aderito.

A questo punto, non risulta agevole concepire ed ammettere che una falcidia, in teoria (ed ancor più nella pratica) anche prossima al 100% del credito, possa essere consentita -sia pure in presenza di una sola classe di creditori chirografari (a fronte di privilegiati integralmente soddisfatti)- subordinatamente alla **volontà anche di un solo creditore, purché titolare di un credito pari almeno al 50,1%** dell'intera esposizione (ricorrente in letteratura l'esempio del credito chirografario di una banca, contemporaneamente titolare di credito privilegiato), che viene a risultare idonea e sufficiente a **vincolare** non solo i creditori comunque resi edotti dell'esistenza del procedimento (e perciò onerati della partecipazione ad esso attraverso la consultazione degli atti e l'espressione del voto) ma, addirittura (ai sensi dell'art. 184, non scalfito dalla riforma), anche i creditori anteriori all'apertura della procedura di concordato che, per una cattiva tenuta della contabilità del debitore ovvero per qualsiasi altra causa, ne abbiano totalmente ignorato l'esistenza.

Immaginabile l'ancor più clamorosa ripercussione delle considerazioni che precedono nell'ipotesi (purtroppo, nella prassi, prevalente) in cui la finalità perseguita dalla procedura di concordato, cui il diritto soggettivo di credito viene "immolato", non sia quella di risanamento, bensì di **mera liquidazione** dell'impresa in crisi.

Naturalmente, la riflessione scientifica si è concentrata sulla ricerca di forme di tutela da riconoscere in tali casi, come l'opposizione di terzo ex art. 404 cpc avverso il decreto di omologazione (peraltro talora in giurisprudenza negata: v. Trib. Monza 16.12.89), ovvero una sorta di *actio nullitatis* per rimettere in discussione la legittimità del procedimento, o la revoca tipizzata dall'art. 742 c.p.c. per i procedimenti camerali.

In realtà, l'ambito normativo della tutela resta definito dagli artt. 183 (appello, nel termine di giorni 15 e ricorso per cassazione, nel termine ordinario, a decorrere dalla comunicazione della cancelleria all'unica parte ovvero dalla notificazione del decreto a cura di una delle più parti presenti in giudizio) e 186 (risoluzione ed annullamento).

Con la precisazione -qui di non poco momento - che, quantomeno secondo autorevole dottrina (e sebbene l'art. 183 co. 5 legittimi all'appello "*opponenti e debitore*" e, a sua volta, l'art. 180 co. 2 ammetta all'opposizione "*qualsiasi interessato*"), la legittimazione attiva al gravame non spetterebbe "*a quei terzi che, pur dimostrando di avervi interesse, non abbiano partecipato alla prima fase*"⁽²⁶⁾.

Tutto quanto precede induce a ritenere conclusivamente, senza ulteriori dubbi, che l'irragionevole "iato" esistente tra la tesi -letterale, ma non sistematica - del mero riscontro della maggioranza e il dato normativo -pacifico- del controllo esteso sino alla convenienza del concordato (rispetto all'ipotesi alternativa del fallimento) nei confronti dei creditori delle classi dissenzienti, possa essere colmato, attraverso una paziente ricostruzione

sistematico-teleologica (in vista di una più sensibile combinazione tra i principi ispiratori della riforma e quelli radicati nell'ordinamento), individuando il contenuto ed il limite del controllo giudiziale sul concordato proprio in quella forma di controllo sulla persistenza delle **condizioni di ammissibilità** - tra le quali anche la **fattibilità** del piano- che non è meramente formale ma nemmeno assolutamente invasivo e sostitutivo della volontà privata (come peraltro ritenuto necessario dallo stesso legislatore nel caso del *cram down*) e, soprattutto, idoneo a fornire adeguato tutela anche ai creditori più deboli, meno decisivi e comunque meno informati o attrezzati, rispetto al complesso meccanismo concordatario, oltre che all'**interesse generale** -e quindi **pubblicistico**- che, a dispetto di inadeguati proclami (forse frutto di una lettura superficiale della riforma) continua certamente a permeare, ad avviso di chi scrive, l'istituto del concordato preventivo.

PAOLA VELLA

⁽²⁶⁾ MASSIMO FABIANI, *op.cit.* p. 1092.

**“INDENNIZZO DIRETTO” TRA OBIETTIVI CONDIVISI, PROFILI
DI CRITICITÀ E PROPOSTE DI RIFORMA ⁽¹⁾**

SOMMARIO: 1. *Indennizzo diretto: obiettivi condivisi, profili di criticità, proposte di riforma.* – 2. *L'esordio contrastato del nuovo sistema: il primo caso di indennizzo diretto, il ricorso al Tar del Lazio, la questione di legittimità costituzionale, i primi “disegni di legge” di riforma.* – 3. *La questione dell'«eccesso di delega».* – 4. *Il sistema dell'indennizzo diretto tra lo schema dell'«obbligatorietà» e gli spazi lasciati all'«autonomia negoziale».* – 5. *Problemi di coesistenza e di correlazione tra il “nuovo sistema speciale”, il “sistema fondato sui principi del codice civile” e altre “normative di settore”.* – 6. *Il problema dell'armonizzazione con i principi costituzionali e comunitari; in specie con la normativa a tutela del consumatore.* – 7. *Il possibile ricorso “facoltativo” all'indennizzo diretto tra proposte “ermeneutiche” e proposte “legislative”.* – 8. *Indennizzo diretto e suo coordinamento con la disciplina sulla “concorrenza”.* – 9. *Le “discrasie” rilevate tra “normativa primaria” (artt. 149 e 150 cod. ass.) e “normativa secondaria” (d.p.r. 254/06).* – 10. *Equilibrio (o squilibrio) tra le posizioni delle parti. Il problema del possibile “conflitto di interessi”. L'«assistenza informativa e tecnica» fornita dall'assicuratore.* – 11. *Esclusione del rimborso dei compensi per la consulenza o assistenza professionale diversa da quella medico-legale.* – 12. *Ampia discrezionalità dell'impresa assicuratrice nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto.* – 13. *Ulteriore possibile discrezionalità rispetto ai “tempi” del risarcimento.* – 14. *Considerazioni conclusive.*

⁽¹⁾ Questo scritto riproduce, con talune modifiche, la relazione tenuta al Convegno: Assicurazione R.C.A. e risarcimento diretto: quale equilibrio tra i benefici per gli assicurati e le tutele per i danneggiati”, Milano 20 febbraio 2007.

1. – *Indennizzo diretto: obiettivi condivisi, profili di criticità, proposte di riforma.* La normativa recentemente introdotta con il “Codice delle assicurazioni” (d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209), nell’ambito della quale sono inclusi gli artt. 149 e 150 che disegnano, indicandone le linee guida, il sistema dell’«indennizzo diretto» che è stato, poi, più puntualmente disciplinato e definito dal Regolamento di attuazione (d.p.r. 18 luglio 2006, n. 254, emanato sulla base della previsione contenuta nell’art. 150), sistema sul quale si è chiamati a riflettere e a dibattere oggi, rientra nel più vasto disegno di “semplificazione legislativa” nel cui contesto hanno visto la luce vari “codici” di settore (oltre al “codice delle assicurazioni” si possono richiamare il “codice del consumo” - d. lgs. 206/05 -, il “codice in materia di protezione dei dati personali” - d.lgs. 196/03 -, il “codice delle comunicazioni elettroniche” - d.lgs. 259/03 -, il “codice dei beni culturali e del paesaggio” - d. lgs. 42/04 -, il “codice della proprietà industriale” - d.lgs. 30/05 -, il “codice dell’amministrazione digitale” - d.lgs. 82/05).

Di là da una valutazione globale del codice delle assicurazioni che non rientra certo nelle finalità dell’odierno dibattito, anche il sistema di indennizzo diretto è rivolto, più specificamente, a semplificare i rapporti tra assicuratore ed assicurato, soprattutto nella fase in cui questi si presenta nella veste (solo eventuale) di “danneggiato”. Esso, infatti, rinviene le ragioni della sua introduzione ed è volto a perseguire finalità diffusamente condivise. Da più parti e con varia accentuazione dei toni e dei profili si pone vivacemente in risalto che attraverso questo sistema si verrebbe ad instaurare un rapporto diretto e chiaro tra l’impresa di assicurazione ed il proprio cliente che agevolerebbe il superamento di quel circolo vizioso di sfiducia reciproca che, invece, sovente si ingenera nei loro rapporti, specie nel momento dell’infortunio con il coinvolgimento di un altro soggetto e di un’altra assicurazione. Si verrebbe, così, a favorire e a promuovere un possibile circolo virtuoso di reciproca collaborazione con la eliminazione di intermediari e con l’abbattimento della litigiosità.

Si auspica, inoltre, che ciò comporti il venir meno di condotte opportunistiche, l’abbattimento delle spese legali, la possibilità di provvedere più agevolmente a risarcimenti in forma specifica con la riparazione dell’autoveicolo da parte di autoriparatori di fiducia delle compagnie di assicurazione. Verrebbero così gettate le basi per una serie di condizioni che consentirebbero, da un lato, un contenimento dei costi dei risarcimenti, da altro lato, un più ampio confronto competitivo [oggi agevolato anche dal divieto di impiego da parte delle compagnie assicuratrici di agenti monomandatari previsto dall’art. 8 d.l. 3 luglio 2006, n. 223 come convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, e sulla possibilità di accesso ai dati del sistema tariffario che consente al consumatore di comparare le tariffe applicate dalle diverse imprese di assicurazione disciplinato dall’art. 6, comma 3 d.l. 25, gennaio 2007, che aggiunge un quarto comma all’art. 136 codice delle assicurazioni - c.dd. decreti Bersani -] tra gli operatori del settore con effetti positivi non soltanto nei confronti delle compagnie di

assicurazione ma anche rispetto ai consumatori assicurati con una possibile riduzione dei premi di polizza.

Oltre ai benefici che ne deriverebbero, così, agli “assicurati”, che costituiscono un’ampia e numerosa compagine, dovrebbe anche essere garantita una più diretta, immediata ed adeguata tutela nei confronti dei “danneggiati” che rappresentano un più ridotto gruppo rispetto agli assicurati. Rispetto a questa non sempre coincidente forma di tutela (assicurato-danneggiato) si è, anzi, osservato che comparata con l’originario sistema dell’assicurazione obbligatoria della r.c. auto (introdotto dalla l. 990 del 1969) che si proponeva la primaria finalità di tutelare il “danneggiato”, le più recenti normative si sono mosse non tanto su questa linea quanto lungo un itinerario che privilegia piuttosto il profilo della protezione degli interessi degli “assicurati”.

Questo appare essere il quadro ideale che sembra aver ispirato il legislatore e che è ampiamente condiviso da più parti. Si pone però immediata la necessità della verifica della corrispondenza di questo quadro ideale e delle ragioni e finalità che lo hanno ispirato con la disciplina introdotta e con i meccanismi di tutela apprestati. Emergono, allora, non pochi momenti di criticità che si esprimono ora in forti perplessità e riserve, ora in aspri rilievi critici se non addirittura in proposte di modifica ritenute, fin d’ora, necessarie fino a giungere alle proposte di abbandono del sistema e di immediata abrogazione delle norme che lo hanno introdotto (in quest’ultima direzione va la proposta di legge “Belisario”, nel senso della parziale modifica la proposta “Ciocchetti”).

Particolarmente vivace è stata in ogni caso la partecipazione al dibattito che si è acceso sia nella fase dell’*iter* di approvazione, sia nella fase successiva del commento a cui hanno partecipato sedi istituzionali (di particolare interesse sono i pareri espressi dal Consiglio di Stato e dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato sullo schema del regolamento di attuazione), associazioni varie, in particolare rappresentative delle compagnie assicuratrici, da un lato e dei consumatori e cittadini, dall’altro, ed operatori di settore con variegate posizioni in merito agli obiettivi programmati in specie rispetto ad un miglioramento dei rapporti tra assicuratori e assicurati, ad un accrescimento della concorrenza, ad un sano equilibrio tra ottimizzazione della gestione, controllo dei costi delle compagnie di assicurazione, benefici per gli assicurati e tutele per i danneggiati.

Su questi aspetti sono già stati dati significativi contributi a cui si aggiungono quelli dati, in maniera veramente efficace e incisiva nell’odierno incontro di studi.

2. – *L’esordio contrastato del nuovo sistema: il primo caso di indennizzo diretto, il ricorso al Tar del Lazio, la questione di legittimità costituzionale, i primi “disegni di legge” di riforma.* Certo l’esordio del sistema dell’indennizzo diretto e della corrispondente normativa non è stato dei più tranquilli. A fronte dell’enfasi con cui è stato pubblicizzato il primo caso di indenniz-

zo diretto in occasione di un incidente avvenuto alle prime luci del 1° febbraio 2007, giorno in cui il sistema è divenuto operante [il caso, che si mostra particolarmente significativo perché riflette e richiama taluni interessanti aspetti della disciplina introdotta, è riportato in questi termini: Roma, 1° febbraio.- Si chiama C.F., di Argenta in provincia di Ferrara il primo automobilista che ha beneficiato della nuova procedura del risarcimento diretto. C.F., cliente di L.A. Assicurazioni, alle 7,30 della mattina di oggi è stato urtato da un veicolo che, in sorpasso, ha anticipato il rientro nella corsia di marcia. Come indicato dalla legge, e fortemente raccomandato dall'Ania, si legge in una nota del L.A. Ass., ha provveduto a compilare il modulo blu, il modello di constatazione amichevole facendolo firmare anche al conducente dell'altro veicolo rimasto coinvolto nell'incidente. Si è quindi recato presso la sua agenzia di L.A. Ass. di Bologna a denunciare il sinistro, e per la compagnia è stato sufficiente verificare la regolarità nella compilazione del modulo blu e controllare *on line* la copertura assicurativa dell'altro veicolo. La vettura danneggiata -per la cronaca una Toyota Yaris- è stata portata in una carrozzeria fiduciaria del L.A. Ass., dove il perito ha provveduto a quantificare il danno e -dopo sole otto ore dall'avvenimento del sinistro- è stato staccato l'assegno per l'importo di 1.238 euro con buona soddisfazione per il cliente], si contrappongono il ricorso presentato al Tar Lazio da parte di una serie di associazioni, comitati e di un singolo cittadino, con richiesta di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità, per eccesso di delega, degli artt. 149 e 150 cod. ass., e comunque di dichiarare nullo il d.p.r. 18 agosto 2006, n. 254 in quanto se il legislatore delegato non aveva il potere di emanare gli artt. 149 e 150, "a maggior ragione il Governo non aveva il potere di emanare il regolamento attuativo per un istituto giuridico privo di base normativa primaria", e di annullare, in ogni caso, alcuni articoli del regolamento stesso (in specie gli artt. 1, lett. d, e; 5; 9 e 11) che si porrebbero in contrasto o comunque travalicherebbero i confini dell'attuazione degli artt. 149 e 150, con istanza di sospensiva. Questione di incostituzionalità che non è stata ritenuta manifestamente infondata da parte del Giudice di Pace di Montepulciano il quale ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale con ordinanza del 19 dicembre 2006 nei confronti dell'art. 141 cod. ass. cui si collega strettamente, nelle argomentazioni addotte, l'art. 149, prevedendosi, da più parti, che a questo primo incidente di costituzionalità se ne aggiungeranno numerosi altri. Si è, infine, accennato che sono state presentate proposte di legge rivolte ad introdurre rilevanti modifiche se non a chiedere, addirittura, di eliminare completamente il sistema introdotto.

3. - *La questione dell'«eccesso di delega»*. In questo ampio contesto, al quale si è fatto cenno, veramente numerose sono state le questioni sollevate. In questa sede non è pensabile affrontarle nella loro integralità ma è possibile, soltanto, fare riferimento a talune fra le più rilevanti e che hanno trovato un significativo riscontro nell'odierno dibattito.

In primo piano si è posta la questione dell'eccesso di delega che assume rilievo veramente preminente perché essa sarebbe assolutamente *tranchant* ove venisse accolto il ricorso su di essa fondato. Si è parlato in proposito di "incostituzionalità preannunciata" dell'indennizzo diretto prevedendo il primo comma dell'art. 4 della l. 229/2003 (tramite anche i suoi rinvii) (si tratta della legge con la quale è stata conferita al Governo delega legislativa per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni assumendo così il codice delle assicurazioni la veste della legge delegata) l'obbligatorietà della preventiva richiesta di parere al Consiglio di Stato. Pare che è stato emesso in data 14 febbraio 2005, n. 11603, ma rispetto ad uno schema di codice in cui non erano ancora state incluse le norme relative all'indennizzo diretto che, sopraggiunte in un secondo momento, non sono state risottoposte, prima dell'approvazione, ad un ulteriore parere del Consiglio di Stato (che si è pronunciato, invece, poi, rispetto allo schema di decreto con parere espresso in data 19 dicembre 2005, n. 5074) e, quindi, sono rimaste scoperte rispetto a questo adempimento obbligatorio in virtù degli artt. 4 e 1 della l. 229/2003 ed in applicazione dell'art. 76 Cost. Di qui la prospettata incostituzionalità per il mancato rispetto del dettato della legge delega.

Ma anche sotto altro profilo si sarebbe realizzato l'eccesso di delega essendosi travalicato anche il "contenuto" della delega stessa ed i suoi "principi e criteri direttivi". Si è osservato al riguardo che la delega in nessun punto entra specificamente nel merito del risarcimento dei danni e della liquidazione dei sinistri se non, appunto, all'art. 4 lett. b, ove impone al Governo di rispettare i principi e i criteri direttivi a "tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto, avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio".

Si è, al riguardo osservato che il legislatore intendeva, così, con chiarezza fare riferimento a due soggetti ben precisi, il consumatore ed il contraente più debole, e non modificare certamente i principi generali di risarcimento dei danni. La tutela doveva, quindi, concernere i "rapporti contrattuali" e non "extracontrattuali"; non sembra, cioè, che si adombri alla possibilità di introdurre un sistema di indennizzo che trasferisca l'obbligo di indennizzare la vittima di un sinistro stradale dal danneggiante, in solido con la sua assicurazione, alla assicurazione del danneggiato. La delega sembra permanere nell'ambito dei rapporti contrattuali tra assicurato e compagnia assicuratrice e non già consentire la creazione di un meccanismo di mandato *ex lege* dall'assicurazione del responsabile del sinistro alla assicurazione del danneggiato. E non sembra sostenibile affermare che il riferimento contenuto nell'art. 4, lett. b, agli "aspetti strutturali di tale servizio" possa costituire il fondamento su cui poggiare il nuovo istituto perché tali espressioni appaiono pur sempre correlate "alla tutela dei consumatori e,

più in generale, dei contraenti più deboli” nell’ambito dei rapporti contrattuali tra assicurato e compagnia assicuratrice, in particolare per quanto attiene alle modalità di prestazione del servizio e non già al trasferimento degli obblighi risarcitori da un soggetto all’altro.

I soggetti di riferimento dell’art. 149 appaiono, invece, essere piuttosto i “danneggiati” che non assumono tanto la veste di “contraenti” ma di controparti di un soggetto, col quale non vi è alcun rapporto contrattuale, che commettendo un fatto illecito ha causato dei danni ingiusti da risarcire ai sensi degli artt. 2043 e 2054 cod. civ. Con l’introduzione del “nuovo” sistema i danneggiati, ove ricorrano le condizioni da esso contemplate, sono “obbligati” a chiedere il “risarcimento” del danno non a chi lo ha causato e ne è responsabile secondo i dettami del codice civile, bensì ad un altro soggetto, ossia alla propria compagnia assicuratrice, con l’applicazione, inoltre, di specifici criteri in merito alla individuazione dei diversi gradi di responsabilità e dei diversi limiti di risarcibilità che si differenziano rispetto ai principi generali dettati dal codice civile. La nuova normativa avrebbe così introdotto fondamentali modifiche sia di natura procedurale sia di natura sostanziale venendo così a mutare profondamente i diritti dei danneggiati senza che questa facoltà fosse ricompresa nella legge delega.

4. – *Il sistema dell’indennizzo diretto tra lo schema dell’«obbligatorietà» e gli spazi lasciati all’«autonomia negoziale».* Un altro fondamentale profilo, nel procedere nell’esame della normativa nei suoi tratti generali e caratterizzanti, va ravvisato nel fatto che il meccanismo dell’indennizzo diretto viene reso “obbligatorio” e non è rimesso alla scelta facoltativa delle parti ed alla discrezionale esplicazione della loro autonomia privata.

Sotto questo punto di vista si è rilevato che nel parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto si è troppo e forse impropriamente accentuato il margine delle possibili scelte rimesse alle parti, facendo intravedere che lo schema della obbligatorietà lascia pur sempre ampi spazi all’autonomia negoziale. Rileva, infatti, il Consiglio di Stato che “nel sistema delineato dagli artt. 149 e 150 del Codice, il danneggiato resta comunque libero di non accettare l’offerta dell’impresa e di procedere in via giudiziale, dove il criterio della risarcibilità del danno si espande secondo i principi generali. Infatti il danneggiato ove ritenga di non aderire all’offerta di risarcimento diretto fatta dalla sua impresa di assicurazione, resta titolare dell’azione diretta di risarcimento di cui all’art. 145, comma 2, sempre nei confronti della propria impresa di assicurazione”. L’impresa di assicurazione del veicolo responsabile, può, in questo caso, “chiedere di intervenire nel giudizio e può estromettere l’altra impresa, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato, ferma restando, in ogni caso, la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese secondo quanto previsto nell’ambito del sistema del risarcimento diretto (art. 149, comma 6 del Codice)”. Si reputa, quindi, da parte del Consiglio che un “valore cruciale” verrebbero ad assumere i benefici, anche patrimoniali, che il danneggiato può ottenere a

fronte di una indubbia restrizione preventiva (liberamente accettata) dell'area dei danni risarcibili. Si ritiene che seguendo questa procedura non vi siano «difficoltà sistematiche a collocare questo meccanismo di risarcimento «semplificato» nell'area dell'autonomia negoziale delle parti che stipulano il contratto di assicurazione».

Si replica, tuttavia, nei confronti di questa chiave interpretativa proposta dal Consiglio di Stato che in realtà al già sussistente obbligo, previsto per legge (l. 990/69), a stipulare una polizza assicurativa, cui si connette, in sostanza, un ulteriore “obbligo” ad accettare delle condizioni generali di assicurazione senza avere, di fatto, la possibilità di alcuna incidenza nella loro formulazione, si viene ad aggiungere un “obbligo”, ancora ulteriore, nei confronti dell'assicurato-danneggiato, di un sistema di indennizzo che non può costituire oggetto di negoziazione perché imposto per legge, nell'ambito del quale non può negoziare l'entità del risarcimento con la propria compagnia in quanto sono previsti dei *baremes* per il grado di responsabilità (art. 12 e Tabella A del decreto 254/06), né può avvalersi di un consulente legale o di un perito (se non di un medico legale) (art. 9 stesso decreto) che negozi per lui se non a proprie spese che non possono entrare nel computo del risarcimento.

Una vera autonomia negoziale sarebbe stata riconosciuta soltanto in presenza del carattere facoltativo della procedura di indennizzo diretto con il riconoscimento della possibilità per il danneggiato di scegliere, al momento del sinistro, se attivare la procedura prevista dall'art. 149 oppure attivare la procedura ordinaria. D'altra parte una forma di indennizzo diretto era già operante in Italia in presenza di una constatazione amichevole di incidente sottoscritta da entrambi i conducenti, nell'ambito di un sinistro in cui non siano coinvolti più di due veicoli; in questo caso la compagnia del danneggiato, e non del danneggiante, provvede direttamente al risarcimento a prescindere dall'entità del danno a cose e fino a 15.000 euro per danneggiato in caso di lesioni. Ora con l'introduzione dell'attuale normativa il sistema dell'indennizzo diretto diviene “generale” e “obbligatorio”.

5. – *Problemi di coesistenza e di correlazione tra il “nuovo sistema speciale”, il “sistema fondato sui principi del codice civile” e altre “normative di settore”.* Ciò pone delicati problemi di coesistenza e di correlazione di questo nuovo “sistema speciale” con il sistema fondato sui principi del codice civile ed anche con altre “normative di settore” che con esso possono interferire e, in qualche modo, sovrapporsi e intersecarsi, facendo sorgere problemi ermeneutici di particolare rilievo. Questi aspetti hanno rappresentato oggetto di interessanti relazioni nell'ambito dell'odierno dibattito. Come si è osservato in apertura il sistema di indennizzo diretto è stato inserito, e proprio nella fase terminale della sua elaborazione, in un “codice di settore” quale si presenta il codice delle assicurazioni. L'emanazione di questo “codice”, rientra a sua volta, nell'ambito del fenomeno più generale di semplificazione legislativa che ha portato anche all'emanazione di una serie di

altri codici di settore che sono stati in precedenza richiamati. La soluzione dei problemi interpretativi legati al codice delle assicurazioni rientra, dunque, nell'ambito di un più ampio e generale dibattito che coinvolge i rapporti tra "codici" di settore, codici tradizionali e altri fondamentali testi normativi in specie di natura costituzionale o comunitaria che involgono delicati e fondamentali problemi di teoria dell'interpretazione che concernono, poi, l'individuazione degli adeguati strumenti ermeneutici da impiegare. Si tratta cioè di verificare, risentendosi in ciò l'influenza dei fondamentali indirizzi che sottolineano ora i fenomeni di "decodificazione" ora quelli di "ricodificazione", se ogni sistema va considerato come autoreferenziale, come mondo a sé, come monade isolata e staccata rispetto alle altre, dovendosi risolvere all'interno del monosistema tutti i problemi interpretativi e autointegrativi, oppure se i vari sistemi vanno necessariamente inseriti nell'unitarietà e complessità dell'ordinamento e interpretati, anche nei loro aspetti più particolari, alla luce dei principi generali che possono essere propri del codice civile ma in primo luogo costituzionali ed ora anche comunitari. Quest'ultima appare essere la soluzione assolutamente da privilegiare anche al fine di prospettare soluzioni in merito ai più specifici problemi legati al codice delle assicurazioni ed al sistema dell'indennizzo diretto.

Va allora osservato che l'art. 149 che impone di rivolgere la richiesta di risarcimento e l'eventuale azione diretta, con l'applicazione di peculiari criteri di procedura e di natura sostanziale, nei confronti della propria impresa assicuratrice, non provvede ad abrogare gli artt. 2043, 2054, 1917 cod. civ. ed i principi in essi espressi che permangono quindi vigenti anche per le ulteriori potenzialità applicative di cui essi sono suscettibili. Certo potrebbe essere invocato il principio della *lex specialis* (che per di più è successiva nel tempo) che deroga alla *lex generalis* dovendosi quindi concludere per un innegabile privilegio e prevalenza della prima. Ma non va mai dimenticato che pur potendo la qualità di consumatore o di produttore, di assicurato o di assicuratore (e queste qualità o "*status*" potrebbero aumentare e arricchirsi a seconda del "codice di settore" che via via può essere direttamente coinvolto) rappresentare l'occasione per l'applicazione di specifici regimi giuridici, queste qualità rappresentano soltanto "un aspetto della persona" e che non si può isolare, ad es., il ruolo di consumatore, di assicurato etc., dal ruolo di persona e di cittadino anche perché le varie tutele non si escludono ma devono tra loro armonizzarsi e devono anzi essere collocate sistematicamente e interpretate alla luce dei principi generali.

In tale logica, con riguardo al più specifico problema che ora interessa, si potrebbe ritenere che le disposizioni del "sistema speciale" si debbono affiancare a quelle concernenti la procedura e, quindi, l'azione ordinaria, senza escluderle precludendone l'applicazione. In questo contesto si potrebbe pur sempre ricorrere all'azione contro il responsabile, il quale, a sua volta, utilizzando l'art. 1917 cod. civ. potrebbe chiamare in causa il proprio assicuratore. Questi, in questa prospettiva, potrebbe incontrare difficoltà nel sol-

levare eventuali eccezioni fondate, ad es., su un difetto di legittimazione passiva, o eventuali altre eccezioni di natura contrattuale. Per far risaltare l'enorme rilevanza pratica connessa a questa scelta va, ancora una volta, ribadito che la normativa sull'indennizzo diretto non si limita a stabilire diversità di natura procedurale, non si limita ad individuare il soggetto nei cui confronti chiedere il risarcimento dei danni subiti ma detta anche peculiari criteri rivolti a determinare i diversi gradi di responsabilità e i diversi limiti di risarcibilità (artt. 9, 12, d.p.r. 254).

Altrimenti nel delicato settore della r.c. auto si verrebbe ad introdurre un sistema dualistico con una palese distinzione tra fattispecie che "obbligano" a seguire il sistema di indennizzo diretto, contemplato dagli artt. 149 e 150, e altre fattispecie che in esso non rientrano, non essendosi verificate le condizioni in esso previste, per le quali si deve seguire la procedura ordinaria che consente di chiedere il risarcimento anche ad altri soggetti (il danneggiante e il suo assicuratore) seguendo, inoltre, criteri di determinazione del danno che consentono il suo integrale "risarcimento" senza rimanere imbrigliati nei criteri di accertamento della responsabilità prefissati e nei diversi limiti di risarcibilità introdotti con la nuova normativa (che emergono oltre che dagli artt. 9, 12, dalla tabella allegata al d.p.r. 254).

Si paventa, così, una possibile violazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. apparendo difficile trovare una giustificazione, nella sua prospettiva, al fatto che viene privato, in sostanza, colui che agisce, del diritto di convenire il responsabile del danno, con effetti rilevanti sul piano processuale (si richiama, ad es., l'impossibilità di deferire l'interrogatorio formale) con una conseguente limitazione dei diritti alla difesa del danneggiato, ed al fatto che, come si è visto, si verificherebbe una significativa diversità di applicazione dello stesso diritto sostanziale.

Viene paventato, inoltre, un ulteriore effetto perverso, in quanto si profila la possibilità che in caso di concorso di colpa (l'art. 5 del regolamento ammette alla richiesta di indennizzo diretto il danneggiato che si ritiene non responsabile "in tutto o in parte", in ciò riscontrandosi un momento di discrasia con l'art. 149, comma 2, che, con riferimento ai danni alla persona, lo ammette soltanto da parte del conducente "non responsabile") siano attivate due procedure distinte da parte dei due soggetti coinvolti nel sinistro, ognuno dei quali potrà rivolgersi alla propria impresa assicuratrice per ottenere l'indennizzo, con l'eliminazione della possibilità di operare in contraddittorio ed in un unico contesto per dare soluzione alle questioni originate da uno stesso sinistro, con un possibile incremento, fino alla duplicazione, del numero dei sinistri aperti dalle compagnie di assicurazione. Potrebbe da ciò derivare, paradossalmente, un effetto opposto rispetto a quelli perseguiti con la riforma con "l'aumento bilaterale delle classi di merito e dei relativi premi di polizza assicurativa".

6. – *Il problema dell'armonizzazione con i principi costituzionali e comunitari; in specie con la normativa a tutela del consumatore.* Oltre al pe-

ricolo della non armonizzazione, se non del contrasto, con i principi costituzionali (in particolare di uguaglianza e della difesa) si è anche cercato di esaminare, nell'attuale fase di integrazione europea che ha reso l'ordinamento giuridico maggiormente complesso per l'operare delle fonti e dei principi comunitari, se il nuovo modello introdotto in Italia ci avvicina o ci allontana dall'Europa, osservandosi che il risarcimento diretto non c'è in Europa (come non è previsto il divieto di monomandato). Anzi questo modello si porrebbe in contrasto con le indicazioni che ci provengono dalla Direttiva CE 14/05 che prevede un indennizzo diretto ma nei confronti dell'impresa assicuratrice del danneggiante.

Su altro fronte si è cercato di verificare il necessario coordinamento, al fine di evitare che altrimenti si dia vita ad un ordinamento "schizofrenico", con altre "discipline di settore" ed in particolare quelle relative alla "tutela del consumatore" e "della concorrenza", facendo emergere principi e parametri che non soltanto debbono ritenersi operanti in questi contesti ma che non possono non informare e non influenzare, pur nella salvezza del criterio della "specialità", la normativa che si sta esaminando.

Va operata, allora, in questa prospettiva una necessaria saldatura ed un inevitabile confronto con la normativa sulla tutela del consumatore. Ciò a partire dalle norme contenute al riguardo nel Trattato CE, e, in particolare, nell'art. 153 (a ulteriore riprova dell'influenza dei principi comunitari) che nel garantire un "livello elevato di protezione dei consumatori" tende a configurarsi come clausola trasversale, idonea ad influenzare anche altri ambiti normativi, sino a prospettarsi l'esigenza di un raffronto con i principi di tutela del consumatore ampiamente diffusi nel sistema. Più specificamente essa non può non misurarsi, ad es., con quella sulle clausole vessatorie ispirata al principio dell'equilibrio o, quanto meno, del non significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti, dovendosi verificare se la normativa sull'indennizzo diretto (in specie quella contenuta nel regolamento di attuazione) garantisce tale equilibrio o sia idonea a legittimare posizioni di squilibrio tra compagnia di assicurazione (-professionista), da un lato, e assicurato-danneggiato (-consumatore), da altro lato. Né va dimenticato, in proposito, quell'indirizzo giurisprudenziale che ammette il *test* di vessatorietà anche nei confronti di quelle clausole che siano riprodotte di norme regolamentari.

La prospettiva di fondo su cui si è indugiato, che potrebbe trovare significativi riscontri sui quali non appare, in questa sede, opportuno soffermarsi ulteriormente, ha fatto emergere ulteriori elementi che inducono a interpretare e ricostruire un singolo "monosistema" o un "sistema speciale" non isolatamente ma inserendolo nell'unitarietà dell'ordinamento e dei suoi principi. Acquisisce allora fondamento e valore quel suggerimento che (in attesa del pronunciamento della Corte costituzionale investita, come visto, di recente della questione di costituzionalità) invita il giudice chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di applicare l'art. 2054 cod. civ. o l'art. 149 cod. ass., in applicazione del precetto costituzionale e, in particolare dell'art.

3, vista la disparità di trattamento che potrebbe sorgere tra danneggiati, ad affermare la possibilità di agire nei confronti del proprietario e del conducente danneggiante, nonché della compagnia di assicurazione di quest'ultimo, *ex art.* 1917 cod. civ. Non solo si garantirebbe, così, la possibilità di agire nei confronti di una pluralità di soggetti, solidalmente responsabili, ma si salvaguarderebbe anche la funzione preventiva e non semplicemente riparatoria del risarcimento del danno che andrebbe altrimenti perduta.

A favore della preservata possibilità di ricorrere all'applicazione dei principi generali indurrebbero anche altre disposizioni, inserite in alcune discipline di settore che introducono specifiche forme di tutela, le quali non escludono né limitano i diritti attribuiti da altre disposizioni di legge (in questo senso, l'art. 127 del codice del consumo in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi e l'art. 135 dello stesso codice in materia di vendita e di garanzia dei beni di consumo); rinvii alle disposizioni del codice civile, della cui necessità tuttavia si dubita in quanto si ritiene che i principi del codice si dovrebbero ritenere applicabili pur in assenza del rinvio e della formula impiegata lasciandosi intravedere la loro possibile superfluità, si rinvencono anche nell'art. 38 cod. cons. in materia di contratti del consumatore e nell'art. 165 dello stesso codice delle assicurazioni).

7. – *Il possibile ricorso "facoltativo" all'indennizzo diretto tra proposte "ermeneutiche" e proposte "legislative"*. Se in sede interpretativa si prospettano chiavi di lettura che consentono, già fin d'ora, di affermare che il nuovo sistema di indennizzo diretto si affianca ma non elimina la procedura ordinaria attribuendo al danneggiato la facoltà di scegliere l'una o l'altra via a seconda di come reputi che i suoi interessi siano meglio tutelati, non si nasconde, tuttavia, l'ostacolo affinché questa possibilità di scelta sia riconosciuta rappresentato dal carattere "obbligatorio" assegnato dalla legge all'indennizzo diretto. Da più parti si auspica quindi che tale sistema assuma in maniera più chiara ed espressa carattere "facoltativo" al fine di poter fruire dei benefici che si reputa da esso possano discendere lasciando però salva la possibilità di attivare la procedura ordinaria ove essa venga reputata da parte del danneggiato più rispondente ai propri interessi. In questa direzione va la proposta di legge Ciocchetti ("Nuove disposizioni in materia di procedura di risarcimento diretto del danno": XV Legislatura. Atto parlamentare 1886) che, in particolare, propone di modificare la formula contenuta nell'art. 149, comma 1, cod. ass., "i danneggiati *devono* rivolgere la richiesta di risarcimento...", con la formula "i danneggiati *possono*...". Appare invece troppo *tranchant* la Proposta di legge Belisario ("Modifiche al codice di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e alla legge 21 febbraio 2006, n. 102, in materia di risarcimento dei danni per le vittime di incidenti stradali" presentata il 25 ottobre 2006: Camera dei deputati n. 1853) che, al fine di preservare l'antico sistema ripudia *in toto* il nuovo (con i suoi possibili benefici) proponendone l'eliminazione e chiedendo l'abrogazione degli artt. 149 e 150.

8. - *Indennizzo diretto e suo coordinamento con la disciplina sulla "concorrenza"*. Come si è visto la disciplina sull'indennizzo diretto deve trovare poi, nel contesto unitario dell'ordinamento, anche una sua forma di coordinamento con la disciplina concernente la "concorrenza". Anzi il legislatore sembra confidare in un sano operare della concorrenza, in questo settore, proprio al fine di perseguire taluni degli obiettivi che permetterebbero di garantire importanti benefici sia all'assicurato (in particolare in termini di abbassamento dei premi di polizza), sia al danneggiato (in termini di un più spedito, immediato e sicuro risarcimento del danno). Non a caso questa normativa ha costituito oggetto privilegiato di attenzione da parte dell'Autorità garante delle concorrenze e del mercato che ha espresso, al riguardo, un suo parere in data 1° febbraio 2006 ed ha risentito i riflessi, anche per quanto concerne i tempi della sua attuazione, dei recenti decreti sulle "liberalizzazioni" (c. dd. decreti Bersani).

L'Autorità garante, pur avendo "auspicato" e poi "salutato con favore" l'introduzione di una procedura di indennizzo diretto nel mercato dell'assicurazione r.c. auto, in quanto "stimolo adeguato verso un assetto maggiormente concorrenziale di tale importante mercato assicurativo", pronunciandosi sullo "schema" di decreto da adottare in attuazione dell'art. 150 cod. ass., ha espresso, comunque, una serie di osservazioni e di suggerimenti oltre a talune rilevanti perplessità. Si rileva certo che un sistema di indennizzo diretto "permette l'instaurazione di un rapporto diretto tra l'impresa di assicurazione ed il proprio cliente con l'auspicabile conseguente riduzione delle spese legali e di condotte opportunistiche; ciò crea le condizioni per un più ampio confronto competitivo tra gli operatori del settore che dovrebbe consentire un contenimento dei costi dei risarcimenti, con effetti positivi sulla riduzione dei premi di polizza a beneficio dei consumatori". Si reputa, cioè, che un siffatto sistema fondato su "regole semplici incentrato sui principi di efficienza e concorrenza delle condotte" sia in grado di "stimolare un più ampio grado di concorrenza fra le imprese assicurative e soprattutto la riduzione del costo delle polizze". Proprio per questo motivo l'Autorità in una sua precedente segnalazione inviata il 28 luglio 2005 aveva espresso "le proprie perplessità circa un intervento regolatorio di portata eccessivamente ampia, idoneo ad ostacolare l'individuazione del migliore assetto di mercato, nel rispetto dei principi di efficienza, concorrenza e proporzionalità più volte richiamati".

In questa prospettiva in cui si colgono le potenzialità positive insite nel sistema di indennizzo diretto trovano, però, anche spiegazione e puntuali motivi di chiarimento le "forti perplessità" espresse dal garante in particolare nei confronti dell'art. 13 dello schema di decreto, in specie nella sua originaria formulazione, ove era prevista la costituzione di uno o più consorzi fra le imprese cui veniva affidata "*l'organizzazione e gestione del sistema del risarcimento diretto*", anche con riferimento alla definizione di "*regole di cooperazione tecnica*" per il funzionamento del sistema, nonché all'individuazione di "*parametri tecnici ed economici*" per la regolazione dei

rapporti economici". In particolare si esprimono forti riserve nei confronti dell'impiego, in questo contesto, della figura del "consorzio" che avrebbe comportato il rischio di dare vita ad una "sede nella quale è facile condividere ed assumere decisioni comuni, le quali possono orientare e finanche vincolare le imprese consorziate, su aspetti non strettamente necessari al funzionamento del risarcimento diretto". Si esprimono, in sostanza, forti timori che, in queste sedi, possa avvenire uno scambio di informazioni sui costi medi, sulle modalità di gestione dei sinistri e sulla liquidazione dei danni che non solo impediscono l'efficiente funzionamento della concorrenza ma che possano dare vita a vere e proprie "intese" o "cartelli" con una conseguente "standardizzazione" nelle liquidazioni dei danni.

Queste osservazioni sono state sicuramente tenute in conto in quanto la figura del consorzio scompare nella formulazione definitiva dell'art. 13 ove è introdotta, più semplicemente la figura della "convenzione" tra le imprese di assicurazione "ai fini della regolazione dei rapporti organizzativi ed economici per la gestione del risarcimento diretto" la quale deve prevedere per la "regolazione contabile dei rapporti economici" una "stanza di compensazione dei risarcimenti effettuati" precisandosi che le compensazioni, per i danni a cose, avvengono sulla base dei "costi medi" (che possono essere differenziati per macroaree territorialmente omogenee in numero non superiori a tre) e, per i danni alle persone, con la previsione di eventuali "franchigie" a carico dell'impresa che ha risarcito il danno. Costi medi e franchigie da calcolare annualmente "sulla base dei risarcimenti effettivamente corrisposti nell'esercizio precedente". Per siffatto calcolo annuale viene istituito un apposito Comitato la cui composizione viene puntualmente indicata nell'art. 13, comma 4.

Nel sistema delle compensazioni introdotto, cioè, la compagnia assicuratrice che ha risarcito il danno può rivalersi su quella del danneggiante ottenendo però non quanto ha pagato ma una cifra standard che corrisponde al costo medio dei sinistri risarciti nell'anno precedente, il cui calcolo viene differenziato per macroaree geografiche. E' dato supporre, quindi, che se l'assicuratore riuscirà a mantenere, in media, i risarcimenti al di sotto della cifra standard, ciò potendo dipendere da una maggiore efficienza liquidativa ma anche dal fatto che si sono assicurati autoveicoli di non elevato valore, potrà realizzare un guadagno. Altrimenti la compensazione sarà per lui sfavorevole con il possibile conseguente riflesso di dover provvedere, eventualmente, anche ad aumenti tariffari. Viene a cambiare profondamente, quindi, la mutualità assicurativa. Mentre infatti attualmente il sistema si basa su un computo del costo delle assicurazioni destinato a coprire i potenziali danni che un automobilista può provocare, con il nuovo sistema tale computo concernerà, piuttosto, i danni che lo stesso automobilista può subire, anche se, per ipotesi, mantiene sempre parcheggiato per strada il suo autoveicolo.

Si tratterà di verificare se il funzionamento del sistema approntato sarà in grado di fugare i timori espressi in precedenza dall'Autorità garante e, in

particolare, se esso darà vita a forme di cooperazione ammissibili e non distorsive della concorrenza, riferendosi esclusivamente, da una parte, all'applicazione di "meccanismi procedurali e di accertamento della responsabilità" e, dall'altra, alla "definizione dei meccanismi di regolazione dei rapporti economici fra le imprese" non andando ad incidere sulla "fase della liquidazione dei danni" che "deve essere lasciata alla completa autonomia delle imprese". Dovrebbero essere evitate, cioè, "forme di cooperazione fra le imprese che, da una parte, non appaiono necessarie per il funzionamento di un sistema di indennizzo diretto, dall'altra, comportando il coordinamento e la conoscenza reciproca di rilevanti variabili concorrenziali appaiono idonee ad attenuare o ridurre il processo competitivo che tale sistema di risarcimento diretto dovrebbe invece stimolare e assicurare". Andrebbe, in definitiva, escluso che possano essere definiti o condivisi dalle imprese parametri tecnici o economici relativi all'attività di risarcimento dei danni o individuati meccanismi di regolazione economica che non stimolino adeguatamente le imprese a contenere i costi di riparazione.

Il passaggio da un sistema "obbligatorio" ad un sistema "facoltativo" di indennizzo diretto, come è stato sottolineato e da più parti auspicato, aprirebbe una più ampia possibilità di offrire una serie di polizze tra loro differenziate e, con tutta probabilità, aumenterebbe la possibilità dell'operare della concorrenza in questo settore consentendo, nel contempo, una più ampia possibilità di scelte da parte degli assicurati maggiormente conformi alle proprie esigenze, ai propri interessi, in definitiva alla loro situazione da assicurare. Tra le possibili varianti si potrebbe, così, ad es., pensare ad una situazione in cui le proprie esigenze potrebbero ritenersi soddisfatte con una polizza con la presenza di una clausola di risarcimento del danno in forma specifica (che consente alla compagnia di assicurazione di provvedere direttamente alla riparazione dell'autoveicolo utilizzando autoriparatori di propria fiducia, con un conseguente abbattimento dei costi e con una contestuale riduzione del premio per l'assicurato: possibilità già prevista dall'art. 14 d.p.r. 254; si potrebbe pensare al proprietario di un'auto ormai vecchia o di limitato valore), oppure con una polizza che obbliga a seguire la procedura dell'indennizzo diretto; oppure con una polizza che lascia aperta la possibilità di seguire la procedura ordinaria. Le varie polizze potrebbero essere offerte con la previsione di premi tra loro diversi ampliando, così, la gamma delle possibili scelte, agevolando effettivamente la concorrenza che sicuramente avrebbe una più ampia possibilità di operare rispetto ad un mercato in qualche modo ingessato da una procedura obbligatoria con sistemi risarcitori e di regolazione dei rapporti tra imprese predefiniti e prerogolati che lasciano sorgere dubbi se, in questo modo, si sia dato vita a sistemi veramente liberalizzati o che siano invece improntati a principi di natura dirigistica.

9. – *Le "discrasie" rilevate tra "normativa primaria" (artt. 149 e 150 cod. ass.) e "normativa secondaria" (d.p.r. 254/06).* Venendo ad assumere, in

ogni caso, la procedura di indennizzo diretto prevista dall'art. 149 cod. ass. valenza obbligatoria, "da assolvere puntualmente prima di proporre l'azione civile" essa impone "specifici oneri procedurali", sia sui danneggiati sia sulle imprese di assicurazione, introducendo, altresì, una specifica disciplina in merito alla soluzione delle questioni che concernono i loro diritti ed i loro obblighi e che coinvolgono, quindi, problemi di diritto sostanziale.

Di particolare delicatezza è apparso l'esame della disciplina introdotta, emergendo in questa prospettiva non soltanto la regolamentazione espressa dagli artt. 149 e 150 cod. ass. ma soprattutto quella più puntuale ed articolata contenuta nel d.p.r. 254 emanato in attuazione dell'art. 150, al fine di verificare se i loro reciproci rapporti siano stati instaurati nel modo più corretto e se essa è in grado di garantire una situazione di equilibrio fra le parti ovvero ridondi maggiormente a vantaggio dell'una o dell'altra con la possibile collisione con altri principi ed altre regole.

Pare opportuno, in proposito, ricordare che il codice delle assicurazioni, emanato sulla base della "legge delega" 29/7/2003, n. 229, assume natura di "legge delegata"; pur presentandosi dunque come una forma di legislazione che contiene norme aventi natura "primaria", al pari della legge delega, deve essere emanata nel rispetto, in particolare, dei principi e dei criteri direttivi in questa prefissati. A sua volta il codice delle assicurazioni, nella parte che in questa sede interessa più direttamente, prevede all'art. 150, stabilendone i principi cardine, l'emanazione di un regolamento di attuazione, mediante decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro delle attività produttive, rivolto a precisare la disciplina del sistema di risarcimento diretto, che si viene gerarchicamente a collocare in una posizione di subordinazione rispetto alle predette regole del codice delle assicurazioni.

Il sistema delineato nel regolamento, che rappresenta la "cornice normativa secondaria", prende le mosse da una serie di definizioni (art. 1), delimita il suo oggetto (art. 2) ed il suo ambito di applicazione (artt. 3, 4), contiene una serie di regole (artt. 5, 6, 7) che disciplinano le modalità con cui il danneggiato deve presentare la richiesta di risarcimento a cui seguono una serie di altri articoli (8, 9, 10, 11) che disciplinano le modalità con cui l'impresa deve corrispondere (positivamente o negativamente) alla richiesta del danneggiato. L'art. 12, poi, che fa rinvio ad una apposita tabella allegata, tipizza alcuni criteri standardizzati di accertamento della responsabilità dei sinistri, in conformità alla disciplina legislativa e regolamentare in materia di circolazione stradale, mentre l'art. 13 ha riguardo alla organizzazione e gestione del sistema di risarcimento diretto e l'art. 14 ai benefici che dovrebbero derivarne agli assicurati.

Dall'esame di questa normativa secondaria sono state già rilevate alcune importanti discrasie rispetto alla normativa primaria denunciandosi, quindi, alcune sue possibili censure.

Si è osservato, in particolare, che l'art. 5 del regolamento consente al danneggiato che si ritiene non responsabile, in tutto o in parte, del sinistro,

quindi anche in caso di “concorso si colpa”, di rivolgere alla propria impresa assicuratrice richiesta di risarcimento mentre l’art. 149, comma 2, cod. ass., fa esplicito e più restrittivo riferimento, in caso di danno alla persona, soltanto al “conducente non responsabile”.

Mentre, poi, l’art. 149, comma 1, prevede come fondamentale presupposto per l’avvio di una procedura di indennizzo diretto il verificarsi di un “sinistro” tra due veicoli a motore identificati ed assicurati per la responsabilità civile obbligatoria, dal quale siano derivati danni ..., il regolamento al suo art. 1, lett. d, nel dare una definizione di “sinistro” precisa, ma anche restringe la nozione, che si deve trattare di “collisione” avvenuta nel territorio della Repubblica tra due veicoli a motore Con l’introduzione del requisito della “collisione”, che nella norma primaria non c’è, verrebbero esclusi tutti quei sinistri in cui pur essendovi stati danni a persone o a cose non vi è stato urto tra i veicoli. Si fa l’ipotesi di Tizio che immettendosi nel flusso della circolazione stradale omette di concedere la prescritta precedenza a Caio, il quale per evitare l’impatto frena sbandando ed esce di strada.

Ma attraverso il sistema delle definizioni date dal regolamento non verrebbe soltanto ristretto l’«ambito oggettivo» di applicazione della normativa ma anche l’«ambito soggettivo» laddove si provvede ad una definizione di “danneggiato” (art. 1, lett. e). Mentre, infatti, l’art. 149, comma 2, estende l’accesso alla procedura anche all’«assicurato», l’art. 1, lett. e, del decreto definisce il “danneggiato”, il «proprietario» o il «conducente» del veicolo che abbia subito danni a séguito del sinistro. Ora anche se è da constatare che, di regola, l’assicurato si identifica con il proprietario o il conducente del veicolo, possono verificarsi casi in cui tale coincidenza non sussista per cui, paradossalmente, l’assicurato potrebbe vedersi escluso dalla possibilità di rivolgersi alla “sua” compagnia assicuratrice ove egli non si identifichi con il “proprietario” e non sia, al momento del sinistro, il “conducente” dello stesso. Si possono fare le ipotesi dell’utilizzatore in *leasing*, dell’usufruttuario, dell’acquirente con patto di riservato dominio. Non a caso il richiamato ricorso al Tar del Lazio vede tra i suoi proponenti anche una signora utilizzatrice di un’autovettura concessa in *leasing* che aveva provveduto a stipulare il relativo contratto di assicurazione. Con questa definizione restrittiva di danneggiato sembrerebbero poter essere esclusi anche i danni alle cose trasportate patiti dagli assicurati diversi dal proprietario o dal conducente che sono, invece, chiaramente ricompresi nella formulazione dell’art. 149, comma 2.

10. – *Equilibrio (o squilibrio) tra le posizioni delle parti. Il problema del possibile “conflitto di interessi”. L’«assistenza informativa e tecnica» fornita dall’assicuratore.* Nella ulteriore verifica, poi, se la normativa sia primaria ma soprattutto secondaria sia in grado di garantire una situazione di equilibrio tra le parti (compagnie assicuratrici, da un lato, e danneggiati-assicurati-consumatori, dall’altro) per assicurare sia la piena efficacia della procedura che la più ampia tutela dei danneggiati, si avanzano numerose

perplexità sul fatto che alcune disposizioni (in specie del regolamento) “non appaiono del tutto rispettose di tale equilibrio, ponendo i danneggiati in una posizione di debolezza nei riguardi delle imprese assicurative”.

Si osserva, così, complessivamente, che gli artt. 5, 6, 7 del regolamento, i quali disciplinano le modalità con cui il danneggiato deve presentare la richiesta di risarcimento, sembrano aver “notevolmente complicato questo adempimento” rispetto alla precedente esperienza della “Convenzione di indennizzo diretto” nell’ambito della quale era sufficiente presentare la “Constatazione amichevole d’incidente” al proprio assicuratore per essere risarcito mentre ora si dovrà provvedere ad inviare anche una “richiesta di risarcimento” che dovrà essere fatta in conformità di determinate formalità e dovrà contenere tutta una serie di elementi nel rispetto di taluni termini che potrebbero addirittura prolungare i tempi del risarcimento.

Gli artt. 8, 9, 10, 11, invece, che disciplinano le modalità con cui l’impresa deve corrispondere alla richiesta del danneggiato appaiono attribuire all’impresa stessa oltre a taluni doveri, una serie di poteri e facoltà che nel loro reciproco bilanciamento lasciano intravedere sicuri margini di discrezionalità che vengono riconosciuti all’agire dell’impresa; è avvertita allora la necessità di una loro valutazione al fine di verificare se possono sussistere consistenti rischi di una loro utilizzazione senza che venga garantita quella situazione di equilibrio tra le parti cui sopra si adombrava.

Tra i più rilevanti timori che vengono posti in risalto si sottolinea il fatto che la normativa possa dar luogo ad un vero e proprio “conflitto di interessi”. L’art. 9, comma 1, del regolamento, infatti, prevede che l’impresa assicuratrice debba fornire al danneggiato “ogni assistenza informativa e tecnica utile per consentire la miglior prestazione del servizio e la piena realizzazione del diritto al risarcimento del danno”. Vi è, dunque, con certezza la incisiva riaffermazione del diritto del danneggiato alla piena realizzazione del risarcimento del danno subito, richiedendosi, a tal proposito, la collaborazione e l’assistenza dell’impresa, forte della sua esperienza e delle sue conoscenze del settore nella cornice dell’adempimento dei suoi “obblighi contrattuali di correttezza e buona fede”. Questa norma certo appare idonea nella sua formulazione a rientrare nello “spirito” della riforma e negli “obiettivi” che essa persegue riecheggiando l’indispensabile rapporto di collaborazione che si deve instaurare, anche nella fase del risarcimento, tra assicurato-danneggiato e assicuratore ispirato a canoni di correttezza e buona fede. Non possono essere sottaciuti, però, i rischi connessi all’impiego di siffatta norma con riferimento al piano della sua applicazione pratica. Anche l’art. 1341, ad es., fu introdotto nel codice civile al fine di garantire una forma di “controllo” delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie ed una forma di protezione dell’aderente, prevedendo, rispettivamente la loro “inefficacia”, ove esse non fossero conosciute o conoscibili secondo l’ordinaria diligenza o ove non fossero specificamente approvate per iscritto. Di là dalle apprezzabili finalità perseguite da questa disposizione si è, tuttavia, constatato, sul piano delle applicazioni concrete,

che in definitiva essa ha permesso che condizioni generali di contratto pur non conosciute ma rese soltanto conoscibili dovessero veder preservata la loro efficacia, e clausole vessatorie (pur fortemente sperequate) una volta adempiuto il "rito formale" della specifica sottoscrizione (che non ha neanche, di fatto, resa effettiva la conoscenza del contenuto, ma, sovente, neanche l'esistenza delle stesse) divenissero inattaccabili, con una paradossale forma di "legittimazione" di questa pratica e con un inevitabile aggravio della posizione dell'aderente rispetto ai principi comuni pur se in difformità rispetto agli obiettivi originariamente perseguiti dal legislatore.

Non può, perciò, anche con riferimento all'art 9, comma 1, d.p.r. 254, non rilevarsi che, di là dall'affermazione di principio, la norma rimette, poi, al consiglio e all'assistenza, di natura informativa e tecnica, della compagnia assicuratrice la realizzazione di un diritto del danneggiato nei confronti di "sé stessa". Emerge la possibile situazione di conflitto che la norma può ingenerare soprattutto, come è stato sottolineato, in tema di infortunistica stradale ove sussistono sovente margini di incertezza sulla responsabilità del sinistro e sulla entità del risarcimento, rispetto ai quali il danneggiato dovrebbe affidarsi per la tutela del suo diritto alla sua "controparte". Da altro lato si getterebbero così le premesse per attribuire al debitore ampi poteri per determinare, in via unilaterale, la propria prestazione; con forti dubbi che ove questa regola divenisse contenuto di una clausola contrattuale questa possa superare il *test* di vessatorietà.

11. – *Esclusione del rimborso dei compensi per la consulenza o assistenza professionale diversa da quella medico-legale.* L'art. 9 anche in un'altra sua parte potrebbe prestarsi ad accentuare questa posizione di conflitto e di supremazia dell'impresa assicuratrice. Dopo essersi previsto, infatti, che ogni assistenza informativa e tecnica viene fornita dall'impresa (comma 1) viene disposto, nel secondo comma, che "Nel caso in cui la somma offerta dall'impresa di assicurazione sia accettata dal danneggiato, sugli importi corrisposti non sono dovuti compensi per la consulenza o assistenza professionale di cui si sia avvalso il danneggiato diversa da quella medico-legale per i danni alla persona". Certo anche questa previsione trova una sua giustificazione e un suo fondamento nella esigenza della eliminazione degli intermediari, dell'abbassamento dei livelli di litigiosità, dell'abbattimento dei costi e della possibile riduzione delle tariffe. Ma anche a questo riguardo non possono non essere messi in evidenza i possibili effetti perversi della sua applicazione in quanto il danneggiato affidato alla assistenza ed alla consulenza della controparte non ha più diritto, se non a proprie spese e senza che questi oneri possano qualificarsi come oneri accessori che non rientrano nel computo dell'importo da liquidare, ad una consulenza o assistenza professionale a meno che si tratti di consulenza o assistenza medico-legale.

Si sono ravvisati, allora, una serie di profili di illegittimità della norma che in primo luogo rappresenterebbe una forma di compressione del diritto alla difesa, impedendo al danneggiato di tutelare adeguatamente i

propri diritti, precludendogli il diritto di avvalersi di avvocati e tecnici, in palese contrasto con l'art. 24 Cost. che non può essere derogato da una norma regolamentare. Da altra parte tale diritto è stato riaffermato con forza di recente dalla Corte di cassazione (Cass., 31 maggio 2005, n. 11606) secondo la quale "In tema di assicurazione obbligatoria per la rca, per il risarcimento del danno il danneggiato ha diritto, in ragione del suo diritto di difesa costituzionalmente garantito, di farsi assistere da un legale di fiducia e, in ipotesi della composizione bonaria della vertenza, di ottenere il rimborso delle relative spese legali". Sotto altro profilo è apparsa palese la illegittimità della norma che si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. attesa la diversità di trattamento rispetto alla procedura tradizionale che consente, appunto, il rimborso delle spese per consulenza. Art. 3 Cost. che potrebbe ritenersi violato anche sotto il punto di vista della parità di trattamento tra vari consulenti dubitandosi della esistenza di un fondamento giuridico e logico della diversità di trattamento tra le prestazioni legali e di assistenza tecnica, da un lato, e quelle medico-legali, dall'altro. Ci si chiede perché il cittadino-danneggiato si deve fidare dei pareri legali dell'agente, dei funzionari della propria assicurazione e non del parere medico-legale della medesima. Si dubita, in particolare, che il diritto alla salute possa trovare effettiva tutela solo con un'assistenza ed una consulenza medico-legale, in assenza di un'assistenza legale e professionale. Ciò anche in considerazione del continuo evolversi del pensiero giuridico e degli indirizzi giurisprudenziali in riferimento alle diverse tipologie di danni risarcibili quali il danno patrimoniale, morale, biologico, esistenziale.

L'art. 9, comma 2, infine, potrebbe, in qualche modo, collidere con gli artt. 2043 e 2054 cod. civ., non accantonati dal codice delle assicurazioni, che riaffermano il diritto all'integrale risarcimento del danno.

Numerose perplessità sono state, quindi, complessivamente espresse nei confronti dell'art. 9; critiche veramente aspre, in particolare, sono state manifestate, come appare naturale, da parte di esponenti del mondo forense e di appartenenti alla cerchia di esperti di infortunistica stradale. Una espressa richiesta di integrale abrogazione dell'art. 9 è stata avanzata nella Proposta di legge Ciochetti all'art. 2.

12. - *Ampia discrezionalità dell'impresa assicuratrice nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto.* Un altro significativo profilo della nuova normativa, idoneo a porre a rischio la situazione di equilibrio tra le parti, viene ravvisato nel fatto che il d.p.r. 254 lascia ampi margini di discrezionalità alle imprese assicuratrici nella individuazione delle ipotesi in cui un sinistro non ricada nella procedura di indennizzo diretto (art. 11, comma 1) o dei motivi che possono impedire di formulare l'offerta di risarcimento del danno (art. 8, comma 1, lett. b), né sono previste adeguate sanzioni nel caso di diniego di offerta non adeguatamente motivato. Se nell'ambito di questo quadro si

inserisce la facoltà, rimessa all'impresa, di formulare una "congrua offerta" di risarcimento del danno (art. 8, comma 1, lett.a) emergono con evidenza gli ampi spazi lasciati alla stessa non potendosi escludere l'adozione di comportamenti opportunistici in merito alla selezione dei sinistri, ad es. "attraverso la formulazione di offerte di risarcimento non congrue per alcune tipologie di sinistri quando ciò comporti uno svantaggio economico nella fase della compensazione con l'impresa responsabile". A fronte della obbligatorietà della procedura, e quindi degli "oneri e del ritardo che essa comporta per la proponibilità dell'azione di risarcimento da parte dei danneggiati" sembra assolutamente "opportuno circoscrivere in modo puntuale e preciso le ipotesi in cui il sinistro non ricada nella procedura diretta", come appare altrettanto opportuno vigilare sulla "corretta e tempestiva applicazione della procedura da parte delle imprese" e prevedere "specifiche misure che penalizzino" le condotte opportunistiche "rendendole non convenienti sotto il profilo economico".

13. – *Ulteriore possibile discrezionalità rispetto ai "tempi" del risarcimento.* Ulteriori margini di discrezionalità lasciati alle imprese assicuratrici, idonei a turbare la situazione di equilibrio tra le parti, vengono ravvisati nel fatto che l'art. 11, comma 3 del d.p.r. 254 prescrive che i termini previsti dagli artt. 145 e 148 cod. ass. decorrano dal momento del ricevimento della richiesta di risarcimento trasmessa da parte dell'impresa del danneggiato all'impresa del responsabile. In tale modo appare evidente, secondo i termini espressi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che "si possano dilatare significativamente i tempi della procedura stragiudiziale", da attivare nel caso di inapplicabilità della procedura di risarcimento diretti, "per inerzia o inefficienza non attribuibile al consumatore danneggiato". Andrebbe, invece, individuato, secondo gli auspici dell'Autorità, "un termine complessivo certo di attivazione dell'impresa del danneggiante entro il quale il danneggiato potrà comunque adire il giudice ordinario, ad esempio sommando un termine di 15 giorni ai termini previsti dagli artt. 145 e 148".

Una situazione analoga è creata dall'art. 7, comma 2, d.p.r. 254, secondo il quale in caso di richiesta di risarcimento incompleta (rispetto al contenuto che la stessa deve presentare secondo quanto previsto, in particolare, dall'art. 6) da parte degli assicurati danneggiati, è prevista una sospensione dei termini per la formulazione dell'offerta da parte dell'impresa assicuratrice (termini che sono prescritti dall'art. 8, comma 2: novanta giorni nel caso di lesioni; sessanta giorni nel caso di danni riguardanti solo i veicoli o le cose; questi ultimi ridotti a trenta qualora il modulo di denuncia del sinistro sia sottoscritto da entrambi i conducenti coinvolti nel sinistro). Tale sospensione, che può essere influenzata, ancora una volta, da eventuali comportamenti opportunistici dell'impresa e che, in qualche modo, dipende da sue scelte e da sue richieste, può provocare "un ingiustificato allungamento del termine per proporre l'azione di risarcimento del danno da parte dei danneggiati, creando per le imprese assicurative un incentivo ad un

utilizzo improprio di tale strumento interruttivo”. Anche a tale riguardo l’Autorità ha avvertito l’opportunità di prevedere soltanto “un allungamento dei termini (pari ad esempio a quindici giorni) in modo da indurre le imprese stesse ad attivarsi tempestivamente in caso di dati mancanti e comunque ad adoperarsi per assicurare la velocità della citata procedura”.

14. – *Considerazioni conclusive.* In conclusione le riflessioni operate, le varie osservazioni, i contributi dati prima e dopo l’emanazione del codice delle assicurazioni e del d.p.r. 254, i pareri espressi in importanti sedi istituzionali, lasciano intravedere le potenzialità positive insite in un sistema di indennizzo diretto che, come si è visto, possono trovare esplicazione su vari fronti e che, in definitiva, inducono ad accogliere con favore tale sistema. Sono stati posti, tuttavia, anche in risalto i consistenti rischi che sono connessi al funzionamento di tale sistema nella sua attuale regolamentazione, soprattutto rispetto ai possibili benefici per gli assicurati e rispetto ad un’adeguata tutela dei danneggiati. A breve, di là da indifferibili interrogativi già sollevati che attendono risposta, ci si renderà conto dove penderà l’ago della bilancia e se si renderanno necessarie, come il Ministro dello sviluppo economico Bersani ha, in qualche modo, eventualmente preannunciato, adeguate correzioni o se, secondo le critiche più feroci ed aspre, dovranno esser apportate modifiche o più radicali abrogazioni con nuovi provvedimenti alcuni dei quali, come visto, già predisposti e presentati.

VITO RIZZO

PROFILI DEL DOLO NEI REATI FALLIMENTARI E NEI REATI TRIBUTARI*

SOMMARIO: 1. *Le deviazioni dai principi penalistici nella prassi della disciplina penale del rischio d'impresa.* – 2. *L'insufficienza delle formule dell'accettazione (del rischio della verifica) dell'evento e della decisione personale contro il bene giuridico al fine di delineare la responsabilità dolosa (anche) d'impresa e l'individuazione di un primo livello oggettivo del dolo secondo Stefano Canestrari.* – 3. *La bancarotta fraudolenta patrimoniale e la formula del dolo espressa dalla sintesi normativa dei suoi requisiti psichici legalmente descritti: a) il fatto tipico oggetto del dolo.* – 4. *Segue: b) esempi dell'applicazione di tale formula.* – 5. *Profili dell'applicazione della formula del dolo espressa dalla sintesi normativa dei suoi requisiti psichici legalmente descritti con riguardo al delitto tributario di omessa dichiarazione.*

1. *Le deviazioni dai principi penalistici nella prassi della disciplina penale del rischio d'impresa.*

Nel cosiddetto governo penale dell'economia, identificato nella disciplina penale del *rischio d'impresa* oggetto del precetto di cui all'art. 41 cost. sulla libertà e i limiti dell'iniziativa economica, secondo l'insegnamento di Alberto Alessandri emergono la tendenziale *indeterminatezza* dei soggetti esposti e la lesività *seriale* delle aggressioni. Tali caratteristiche sono il riflesso immediato e ineliminabile del funzionamento stesso dell'impresa e hanno alimentato *la tutela penale*: di interessi o beni *superindividuali* e il

* Testo, poi corredato con note, della relazione svolta in occasione della discussione, alla quale l'autore ha partecipato con Stefano Canestrari e Massimiliano Masucci, su «Dolo e governo penale dell'economia» il 24 marzo 2006 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo, nell'ambito del "Programma del ciclo di seminari e conferenze per l'anno 2006" del "Dottorato in Diritto Penale dell'Economia e dell'Ambiente".

ricorso a vari *organi* di vigilanza e di disciplina; delle «funzioni»; di beni *strumentali* rispetto a quelli finali.

Le medesime caratteristiche, correlativamente, hanno alimentato tecniche di tutela penali secondo cui, preso atto della parziale *dipendenza amministrativa* del diritto penale dato il modello di controllo e governo imperniato sull'attività amministrativa imposto dalla complessità specialmente tecnica delle materie, *il reato si struttura*: sull'esercizio dell'attività in mancanza, o in violazione dell'autorizzazione, o sull'inosservanza di prescrizioni; su attività di ostacolo o di impedimento al normale esplicarsi di dette funzioni – anche conoscitive e prescrittive –, presidiando *la regolarità, compiutezza e veridicità delle informazioni, la correttezza* nella gestione economica, la *fiducia* degli investitori.

La scarsa acquisizione dell'elevato tasso di dannosità sociale della criminalità economica, l'inefficienza degli apparati sanzionatori e risarcitori alternativi (amministrativistici e civilistici), l'impiego della sanzione penale in termini definiti *simbolici* – dà meno di quanto promette –. Peraltro, non esimono da un razionale governo penale dell'economia a tutela di dette, spesso nuove, tipologie di beni, secondo i criteri del *extrema ratio*, dell'*effettività* e della *verificabilità empirica* dell'incriminazione. Tutela penale la quale spesso si articola in fattispecie di pericolo presunto, oppure omissive⁽¹⁾.

Sembra, quindi, che la «genericità strutturale, talvolta parsa di “comodo”, abbia storicamente concorso a detassativizzare il bene giuridico tutelato e per converso consentire uno scenario esegetico dove il dolo rincorre la colpa, la colpa la responsabilità oggettiva, sfumando la intenzione e la volizione nella semplice coscienza e volontà della condotta *arricchita* da una generica negligenza imprenditoriale stigmatizzata dalla disposizione precettiva»⁽²⁾.

Si rileva, altresì, che «... la prassi sviluppatasi nell'ambito del *diritto penale accessorio*, e specialmente nel diritto penale economico, ha dato vita alla *creazione giurisprudenziale* di una *forma nuova e ibrida* di dolo, variamente denominata: *dolus in re ipsa*; dolo *presunto*, secondo il criterio delle “massime di esperienza”; dolo di *posizione*, secondo il criterio del “non pote-

⁽¹⁾ ALESSANDRI, *Parte generale*, in Av.Vv., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. aggiornata, Bologna, 2000, 22-44; in particolare *ivi*, 31 il richiamo alla tesi della parziale *dipendenza amministrativa* del diritto penale dell'impresa sostenuta da CATENACCI-HEINE, *La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela dell'ambiente. Problemi fondamentali e tendenze di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 921 ss.

⁽²⁾ MUSCATIELLO, *La tutela penale dell'ambiente (il diritto e il rovescio)*, in Av.Vv., *Diritto penale dell'ambiente*, Bari, 2006, 51 e *ivi*, quanto alla «*insanabile aporia* di questa sovrapposizione fra suità e dolo e colpa», richiamo a DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 260.

va non sapere” *et similia*. Tale forma di dolo, peculiare del *diritto penale accessorio* e – almeno di principio – del tutto assente negli spazi del *diritto penale nucleare*, deriva dalla *sovrapposizione* totale delle esigenze (processuali) dell’*accertamento* sui criteri sostanziali di determinazione dell’*oggetto* e della *struttura* del dolo stesso. Essa tende a confondersi con la *colpa professionale* che, per di più, ... nel sistema italiano manca, a sua volta, di sufficienti requisiti di tipizzazione». Infatti, la norma definitoria di cui all’art. 43, co. 3° c.p. distingue, secondo un «... *imprinting* civilistico, fra “colpa generica” e “colpa specifica”, e quindi risulta inidonea a fornire una sufficiente *tipizzazione del fatto colposo*, specialmente con riguardo alla formalizzazione della *regola di diligenza* e del criterio di *copertura del rischio tipico*; inoltre, manca ogni forma di *tipizzazione dei gradi della colpa*, il cui ruolo, ai fini della responsabilità penale, è relegato nel gregario ambito commisurativo della pena (art. 133, co. 1° c.p.)»⁽³⁾.

Posto che nell’attività economica la fonte del pericolo anziché in condizioni esterne, c.d. ambientali, è da rintracciare in una decisione umana – e il termine *rischio* contraddistingue questo fenomeno e la specificità della sua origine –, da una parte appare giustificata la diffidenza per elaborazioni dommatiche che assumano il ruolo di strumento di razionalizzazione dell’esistente in contrasto con il principio di tutela del *bene giuridico* e gli elementi costitutivi cardini del diritto penale – *condotta, causalità, colpevolezza*⁽⁴⁾ –; dall’altra parte occorre valorizzare tale principio e tali elementi sia contro le *deviazioni della prassi* frutto di erronea interpretazione della legge penale, sia contro ingiustificate *tendenze abolizionistiche* della tutela penale in presenza della *meritevolezza* e del *bisogno di pena*⁽⁵⁾.

2. L’insufficienza delle formule dell’accettazione (del rischio della verifica-zione) dell’evento e della decisione personale contro il bene giuridico al fine

⁽³⁾ PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 502.

⁽⁴⁾ STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 86, 90, 98-100.

⁽⁵⁾ ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 41 s. il quale insegna: «Se ci si pone dall’angolo visuale del legislatore di uno stato medesimo, che ... si accinga a decidere se sia il caso o meno di intervenire con la previsione di una norma penale, “meritevolezza” e “bisogno di pena” non sono pensabili *se non indissolubilmente legati l’una all’altro*. Quanto meno da un legislatore accorto, prudente, ... si dovrà attendere che l’opzione di criminalizzazione sia effettuata soltanto se il comportamento è tale da meritare realmente la pena e soltanto se la pena – *quella pena stessa che viene scelta*, con quell’entità, con quei determinati limiti edittali – risulta rigorosamente necessaria». Per acute considerazioni sull’applicazione di tali principi ai reati tributari ALDOVRANDI, *I profili evolutivi nell’illecito tributario*, Padova, 2005, 47 ss.

di delimitare la responsabilità dolosa (anche) d'impresa e l'individuazione di un primo livello oggettivo del dolo secondo Stefano Canestrari.

Stefano Canestrari insegna che il problema dell'individuazione di una zona di rischio lecito d'impresa sollecita soluzioni indilazionabili che riducano i margini di indeterminatezza di tale categoria, data l'«irruzione» del *dolus eventualis* nel diritto penale dell'impresa, in cui «... di rado l'agente produce intenzionalmente – o si rappresenta con certezza – la lesione del bene giuridico protetto»⁽⁶⁾. Critica, peraltro, la tesi che ravvisa nell'inosservanza di regole cautelari il comune denominatore di ogni forma di realizzazione colpevole, da cui deriva il pericolo di assimilare, alla figura del *dolus eventualis*, semplici inadempimenti di doveri di conoscenza, o l'assenteismo o gli inadempimenti di sindaci e amministratori da cui – in base alla mera esistenza di «indici di rischio» – si inferiscono un *dolus ex re* o *in re ipsa*. Deviazioni della prassi stigmatizzate dalla dottrina che sottolinea «... che il passaggio dalla colpa al dolo eventuale richiede la verifica di una relazione psichica con l'evento lesivo in termini di rappresentazione e volontà effettiva, nel momento e nel contesto della scelta d'azione»⁽⁷⁾.

Invero, la distinzione tra la colpa con previsione e il dolo eventuale non può emergere con sufficiente precisione se si identifica il requisito volitivo di quest'ultimo nell'accettazione del rischio – utilizzata dalla giurisprudenza in chiave rigorista – , nell'accettazione dell'evento o nella decisione personale contro il bene giuridico⁽⁸⁾.

Canestrari dimostra l'insufficienza di tali formule al fine di delimitare la responsabilità dolosa (anche) d'impresa; nella stessa linea appaiono fondate le critiche anche da me mosse sia alle teorie non volitive, sia alle teorie «ipotetiche» del consenso e alla c.d. prima formula di Frank. Ma emergono da argomenti convincenti anche l'insufficienza delle teorie «positive» del

⁽⁶⁾ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 259 s.

⁽⁷⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 260-262, il quale aderisce così alle puntualizzazioni di STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 567 ss., dopo aver criticato, in particolare, l'affermazione di PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 90 e 94 secondo cui il dolo eventuale deve essere ricondotto ad un livello di rischio rilevante ai fini di una possibile responsabilità per colpa. Tale critica è in linea con quella rivolta dallo stesso CANESTRARI, *Dolo*, cit., 105 ss. e 261 alla tesi che indica nell'inosservanza di regole preventive (di natura sociale o giuridica) il comune denominatore di ogni forma di realizzazione colpevole, autorevolmente sostenuta in Italia in MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 26 ss. il quale afferma: «... si configura la realizzazione dolosa di un fatto, *sempréché* – in assenza di dolo – siano presenti, rispetto allo stesso fatto, gli estremi della colpa».

⁽⁸⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 260, 263.

consenso e, in particolare, le luci e le ombre della teoria del dolo eventuale come «decisione a favore della possibile offesa di un bene giuridico»⁹.

La soluzione indicata da Canestrari è quella dell'individuazione, nella struttura del dolo eventuale, di un primo livello oggettivo non «omogeneo» al profilo oggettivo della colpa (con previsione), a cui seguono sistematicamente gli ulteriori due livelli (psichici) cognitivo – l'effettiva rappresentazione da parte del reo del concreto evento lesivo – e volitivo – la decisione personale contro il bene giuridico – .

Nella *bancarotta fraudolenta patrimoniale* l'interpretazione delle varie figure disciplinate dall'art. 216 l.f. induce, così, a rinvenire detto primo livello oggettivo del dolo eventuale «... soltanto nelle ipotesi in cui l' "osservatore oggettivo" (collocato all'interno della concreta evoluzione dell'economia aziendale ed in possesso delle cognizioni, nonché delle capacità del singolo agente) non riesca, nelle vesti dell'imprenditore coscienzioso, neppure "a prendere (seriamente) in considerazione di assumere" determinati pericoli sulla base di una giustificazione economicamente razionale – in termini di politica d'impresa, rivolta al profitto, o di esigenze di vita – ...»⁽¹⁰⁾.

Non intendo qui prendere posizione su tale tema, su cui si riscontra una gamma di posizioni che vanno progressivamente e gradualmente:

a) dalla negazione di tale livello della figura del dolo eventuale, che così poggia sul medesimo fatto tipico oggettivo della colpa connotato dalla causalità ed eventualmente da altre forme di imputazione oggettiva dell'evento – aumento del rischio socialmente consentito; concretizzazione del rischio specifico che la norma violata ha per scopo di prevenire – ;

b) alla ricordata teoria del «non c'è dolo senza colpa», per cui la c.d. misura oggettiva della colpa sarebbe il denominatore comune di tutte le forme di responsabilità colpevole⁽¹¹⁾;

c) alla teoria secondo cui, posto che l'ordinamento accetta ed ammette un *rischio consentito* in ragione degli interessi che le condotte pericolose sono in grado di realizzare, la condotta colposa è tipica quando viola le regole cautelari, mentre la condotta dolosa è forgiata deliberatamente dall'agente proprio in modo da imprimerle l'idoneità alla realizzazione del fatto tipico. Peraltro, la condotta dolosa è tipica solo quando la sua pericolosità supera una misura oggettiva di rischio consentito in assenza del quale il disvalore del fatto si esaurirebbe nel mero atteggiamento psichico dell'agente; tuttavia: a) se la condotta dolosa si inserisce nell'area di un rischio consentito (come nel caso del boxeur, o dell'imprenditore), la responsabilità dolosa è condizionata al superamento della soglia del rischio consentito fissato dalle

⁽⁹⁾ CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, cap. II, sez. I e II.

⁽¹⁰⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 266.

⁽¹¹⁾ Richiami alle due suddette teorie in CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 211, testo e nt. 60.

regole cautelari; b) se la condotta dolosa si rinserisce nell'area di un rischio totalmente illecito (come nel caso di chi propini la minestra avvelenata ai coeredi), essa è radicalmente bandita dall'ordinamento proprio perché alla pericolosità impressale dall'agente non corrisponde nessuna utilità sociale ⁽¹²⁾;

d) alla richiamata concezione di Canestrari del primo livello oggettivo del dolo ognora autonomo e disomogeneo dalla misura oggettiva della colpa;

e) con riguardo specifico agli *erfolgsqualifizierte Delikte*, all'idea (dominante nell'esperienza giuridica tedesca, da noi condivisa sulla base di acute considerazioni da David Brunelli) secondo cui non ogni evento ulteriore naturalisticamente derivato da una condotta illecita integra gli estremi di tali delitti, ma «solo quello che costituisca concreta realizzazione di uno specifico pericolo insito nella fattispecie base»; idea considerata «... un semplice derivato, sul piano della imputazione oggettiva, dei connotati intrinseci alla specifica tipicità dei delitti aggravati dall'evento, in cui un fatto illecito doloso qualificato come tale e un ulteriore evento da questo derivato vengono posti in ...» uno «...stretto legame teleologico oltre che eziologico ...», «... fuori della "sospetta" matrice d'origine del *versari in re illicita*, scongiurandone le applicazioni più insidiose» ⁽¹³⁾.

3. *La bancarotta fraudolenta patrimoniale e la formula del dolo espressa dalla sintesi normativa dei suoi requisiti psichici legalmente descritti: a) il fatto tipico oggetto del dolo.*

Non è qui possibile articolare un'argomentata opzione riguardo alle teorie ora indicate.

Vorrei, invece, sottolineare che le ricordate deviazioni della prassi del diritto penale dell'economia dovrebbero e potrebbero, comunque, essere corrette abbandonando formule del dolo nate e sviluppate in ordinamenti che – come quello tedesco – non contengono la definizione del delitto doloso nei termini significativi della previsione e volontà dell'evento di cui all'art. 43 comma 1 alinea 1 c.p., posta in relazione alla definizione del delitto colposo di cui alla relativa alinea 3 e della colpa con previsione dell'evento di cui all'art. 61 n. 3 c.p. Invero, i §§ 15 e 16 StGB, almeno se intesi letteralmente, non sono univoci come dette disposizioni vigenti in Italia nel senso di richiedere, per il dolo eventuale, non solo la previsione ma anche la volontà del fatto tipico – in particolare, condotta ed evento che ne è conseguenza –. Essi, così, apprestano un argine inidoneo rispetto all'oggettivizzazione e alla normativizzazione del dolo a discapito dei suoi requisiti reali psichici, le quali connotano le teorie non volitive proliferate nella dottrina tedesca, e rispetto alle insufficienze delle teorie ipotetiche e positive del consenso, già accennate.

Vorrei, dunque, applicare all'ipotesi della bancarotta patrimoniale frau-

⁽¹²⁾ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino, 2006, 271-274.

⁽¹³⁾ BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 349-366.

dolenta la formula del dolo espressa dalla sintesi normativa dei suoi requisiti psichici legalmente descritti – in dette disposizioni del codice penale vigente –, dalla quale emerge la valorizzazione del requisito volitivo.

Fermo restando che nessuna ricostruzione dei requisiti psichici integranti la struttura del dolo potrà mai sortire l'effetto magico di rendere conforme ai principi di legalità, materialità, offensività, effettività, verificabilità empirica il fatto tipico di reato che di tali requisiti psichici è l'*oggetto* (e, quindi, è logicamente e sistematicamente autonomo e prioritario rispetto a tali requisiti psichici) e sia privo dei connotati prescritti da tali principi costituzionali.

Orbene, l'art. 216 comma 1 n. 1 l.f. prevede le fattispecie alternative secondo cui l'imprenditore, poi dichiarato fallito, distrae, occulta, dissimula, distrugge o dissipa in tutto o in parte i suoi beni, ovvero espone o riconosce passività inesistenti, ma richiede il dolo specifico – indicato dalle norme nello «scopo di recare pregiudizio ai creditori» – solo per quest'ultima fattispecie. Rispetto all'orientamento dottrinale che estende tale «scopo di recare pregiudizio ai creditori» a tutte le altre fattispecie, appare maggiormente convincente quello secondo cui il loro significato si ricostruisce, conformemente al principio di offensività, muovendo dall'assunto che le molteplici figure di bancarotta patrimoniale, differenziate nella loro struttura, sono «... accumulabili sul piano dell'oggettività giuridica e quindi sotto il profilo della direzionalità offensiva»⁽¹⁴⁾. In questa linea l'interpretazione dei dati legislativi dimostra che: le figure di bancarotta patrimoniale non tutelano l'interesse primario del creditore all'adempimento dell'obbligazione, come tale; le condotte di bancarotta patrimoniale non cadono su beni di terze persone (a differenza dei delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale) ma sul patrimonio dello stesso imprenditore, la cui integrità il legislatore intende salvaguardare a beneficio dei creditori secondo la «garanzia patrimoniale» di cui all'art. 2740 c.c. (a norma del quale «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri»); sicché la bancarotta *patrimoniale*, sia fraudolenta (art. 216 comma 1 n. 1) che semplice (art. 217 comma 1 l. f.), tutela l'interesse dei creditori alla salvaguardia della *garanzia patrimoniale*; così offende i creditori – soggetti passivi del reato – considerati non isolatamente, ma nel loro insieme – come categoria, in continuo ricambio –⁽¹⁵⁾.

Sotto il profilo delle modalità della tutela dell'interesse patrimoniale

⁽¹⁴⁾ PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II ed. agg., Bologna, 2000, 101.

⁽¹⁵⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 101-105; ID., in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, Bologna-Roma, 1995, 11-16, 67 ss.; nello stesso senso CANESTRARI, *Dolo*, cit., 264 ss.; ID., «Rischio d'impresa» e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 550 ss.

dei creditori si nota che la bancarotta fraudolenta patrimoniale non postula una derivazione causale del fallimento, come invece la bancarotta fraudolenta impropria di cui all'art. 223 comma 2 n. 2 e – secondo taluni – n. 1 l.f. (a seguito della sua sostituzione ad opera dell'art. 4 d.lg. 11 aprile 2002, n. 61). Ciò vale non solo per il fallimento in senso processuale, come sentenza dichiarativa, ma anche per lo stato di *insolvenza* che ne costituisce il presupposto, dato che la causazione del *dissesto* o il suo aggravamento è prevista da distinta fattispecie (art. 224 n. 2 l.f.)⁽¹⁶⁾.

Le condotte previste dall'art. 223 comma 1 l.f. producono ciascuna un proprio *effetto tipico immediato* - «naturalistico» - consistente nell'estromissione reale o apparente, totale o parziale di qualche bene dal patrimonio del debitore, o quanto meno in una situazione di pratica inattuabilità; e tale sottrazione di attività patrimoniale alla funzione di garanzia giustifica l'*equiparazione* delle *diminuzioni patrimoniali fittizie* – l'esposizione o il riconoscimento di passività inesistenti – *a quelle effettive*; sicché l'imprenditore che conceda fideiussioni prive di giustificazione economica ancora non intacca il valore dell'attivo né pregiudica l'attuale consistenza della garanzia, non configurandosi una distrazione prima dell'effettiva escussione delle fideiussioni (né la concessione delle fideiussioni integra l'ipotesi alternativa della mera simulazione di passività).

L'offesa matura solo nel momento in cui, per effetto di tale diminuzione effettiva o fittizia del patrimonio, questo viene reso o fatto apparire inadeguato nel suo complesso alla sua funzione di garanzia, emergendo uno squilibrio tra attività e passività misurabile sul complesso del patrimonio che espone a *pericolo concreto* l'interesse protetto: *evento* naturalistico che non presenta il carattere di irreversibilità proprio del danno *stricto sensu* consistente nell'insolvenza (che l'imprenditore può evitare per il momento per la residua capacità di credito dato che la capienza patrimoniale compromessa può ancora essere restaurata da sopravvenuti incrementi)⁽¹⁷⁾.

Si formula la prognosi postuma di tale pericolo concreto alla luce della situazione del momento, ma il filtro della condizione obiettiva di punibilità – la dichiarazione di fallimento – opera solo per le situazioni di *pericolo concreto* non completamente riassorbite prima della crisi terminale, prodotte quindi da fatti di bancarotta che al tempo della dichiarazione di fallimento conservino l'originaria sostanzialità lesiva⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Cocco, *Commento all'art. 224 l.f. e Commento all'art. 217 l.f.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. C. Palazzo e C. E. Paliero, Padova, 2003, 1023 e 947, secondo cui il dato formale del fallimento richiamato nell'art. 223 comma 2 n. 2 l.f. si identifica sostanzialmente «... con lo stato materiale di dissesto, di insolvenza che sfocia nel fallimento», in senso conforme ad ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, XI ed. a cura di L. Conti, Milano, 2001, 135 e 139.

⁽¹⁷⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 67-69.

⁽¹⁸⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 72; Id., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in

Così articolata la fattispecie obiettiva, *il dolo* consiste nella *rappresentazione e volontà*, oltre che della *condotta* in senso stretto, sia di detto suo *effetto naturalistico tipico immediato* – il depauperamento, reale o apparente, dell'attivo, con modalità diverse a seconda delle ipotesi tipiche – sia dell'*evento naturalistico* consistente in detto pericolo concreto e attuale, identificato nella diminuzione della garanzia patrimoniale al di sotto del livello che assicuri l'integrale soddisfacimento dei creditori. Intendendosi qui l'evento nel senso della «modificazione del mondo umano in cui si sostanzia l'aspetto esteriore del reato» definita da Pagliaro come «evento significativo», presente in tutti i reati anche nelle ipotesi in cui sia collegato alla condotta non dal rapporto di causalità, ma dal rapporto di logico condizionamento – laddove l'evento non si distacca necessariamente dalla condotta – ⁽¹⁹⁾.

Spesso, peraltro, detto evento di pericolo concreto è successivo alla condotta, a cui è legato dal rapporto di causalità: ad es., nel caso in cui a un grave inadempimento integrante distrazione sia legata, oltre al contestuale effetto tipico della sottrazione del bene al creditore, una successiva revoca degli affidamenti – scoperti bancari ecc., con contestuali richieste di rientro inevase – da parte delle varie banche creditrici, solo in tal momento emergendo l'*evento* tipico di pericolo concreto causato dalla condotta.

Quanto all'*insolvenza* – al *dissesto* –, ne deriva che, essendo oggetto del dolo il pericolo concreto della sua verifica, essa è oggetto della rappresentazione e della volontà come *mera possibilità* di verifica, *non necessariamente causalmente conseguente* alla condotta ma quale possibile «scenario», avvertito campanello d'allarme sulle sorti dell'impresa alla luce della rappresentazione prospettica della situazione patrimoniale con i relativi fattori sfavorevoli e favorevoli, interni ed esterni all'impresa. Non escludono il dolo, quindi, di per sé le speranze, gli affidamenti e le prospettive di ripresa chimerici²⁰; e il confronto con l'incriminazione delle operazioni manifestamente, e di quelle gravemente imprudenti – di cui all'art. 217 comma 1 n. 2 e 3 l.f. – dimostra – *a fortiori* – che non integra il dolo di bancarotta fraudolenta l'accettazione dei rischi riconducibili ad una politica di impresa, rivolta al profitto ⁽²¹⁾.

Studi in memoria di Giacomo Delitala, vol. II, Milano, 1984, 1139 ss., ove si precisa che non è richiesto che episodi fallimentari siano legati da un nesso causale non solo con il fallimento, ma anche con lo stato di insolvenza che del fallimento costituisce il presupposto: «La carica offensiva rappresenta bensì ... un connotato qualificante: ma come potenzialità intrinseca, non come causalità sviluppata. Il nesso col dissesto, o con le sue concrete dimensioni, si prospetta in questo quadro come soltanto eventuale» (*ivi*, 1141 s.).

⁽¹⁹⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 264 s., testo e nt. 250, il quale utilizza così la nozione dell'«evento significativo» delineata da PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, pt. g., VII ed., Milano, 2000, 288, 292, 344.

⁽²⁰⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 55, 76 s.

⁽²¹⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 79.

Quindi, il dolo è generico – salva l'ipotesi dell'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, in cui è specifico – e può assumere la forma del dolo eventuale; ma non può «appagare» la formula secondo cui perché sia integrato: «Basta che l'irrealizzabilità delle ragioni creditorie sia prevista e accettata quale conseguenza del proprio operato: conseguenza rappresentata anche solo come possibile, purché contrassegnata da un grado apprezzabile di probabilità»⁽²²⁾.

Invero, nelle ipotesi di bancarotta in esame, «a rischio di base consentito», ancorché assai variabile ed «intenso», può sussistere colpa con previsione e non dolo eventuale – escludendosi, così, la bancarotta fraudolenta patrimoniale – qualora il detto pericolo concreto, evento del delitto, sia previsto come possibile, o anche come probabile – purché non certo –. Salvo che la previsione della percentuale della possibilità di verifica dell'evento – che integri invece il dolo – sia puramente «irrazionale», al di là di una temeraria fiducia dell'imprenditore di evitare tale verifica – stato psichico di per sé irrilevante ai fini del dolo –⁽²³⁾. Con questa precisazione, la scelta tra il dolo e la colpa dipende dall'esistenza o meno della volontà, che nella formula suddetta viene sostituita dall' «accettazione», avente ad oggetto l'evento.

In tal modo, sembra richiedersi il requisito volitivo anche nel dolo eventuale, ma lo si definisce in linea con la teoria dell'approvazione (*Billigungstheorie*). Tale definizione si presta, così, alle obiezioni (accennate *supra*, § 2) che possono essere avanzate contro le teorie – volitive – del consenso o dell'approvazione, «ipotetiche» o «positive», nonché del dolo eventuale come «decisione a favore della possibile offesa di un bene giuridico»; obiezioni dalle quali sembrano immuni recenti forti affermazioni dottrinali del requisito volitivo del dolo (quali, ad esempio, quelle di Prosdoci, in Italia; Schünemann, Ziegert, Spindel, Brammsen, Küper, in Germania; Kölz Ott, in Svizzera)⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Tale formula di PEDRAZZI, *Reati*, cit., 75, testo e nt. 10 non è ritenuta «appagante» da CANESTRARI, *Dolo*, cit., 266, il quale obietta che non basta sottolineare l'importanza dell'esito del bilanciamento «... nella prospettiva di un dissesto eventuale, che si affaccia nell'orizzonte mentale del debitore, ...» tra fattori sfavorevoli e aspettativa di occasioni lucrative, e conclude «... che senza un avvertito campanello di allarme sull'irreversibilità della crisi dell'impresa non può configurarsi *dolus eventualis*». Il chiaro scrittore limita, quindi, il dolo eventuale individuandone, in primo luogo, il livello oggettivo richiamato *supra*.

⁽²³⁾ Cfr. CABESTRARI, *Dolo*, cit., pur con sviluppi in parte diversi da quelli qui prospettati.

⁽²⁴⁾ CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 262-287, 308-310. Riferimenti alla nozione di «accettazione» come requisito o aspetto attinente alla volontà o al relativo processo di motivazione: secondo le scienze non giuridiche, *ivi*, 65, 98 nt. 154, 99; secondo le teorie volitive, *ivi*, 270 testo e nt. 189, 272, 274, 275 nt. 200, 270, 283-309 nt. 267.

In particolare, Stefano Canestrari analizza il criterio dell' «approvazione in senso giuridico» («*Billigen in Rechtssinne*») adottato dal Bundesgerichtshoff a partire dalla fondamentale sentenza del 1955 relativa al c.d. *Lederriemenfall* (caso delle cinghie di cuoio), la quale chiarisce che il termine «approvazione» è compatibile con un rifiuto emozionale dell'evento, quindi anche con un inequivocabile desiderio che esso non si realizzi. L'illustre autore dimostra, peraltro, limpidamente che, nonostante tale condivisibile chiarimento, l'espressione «approvazione in senso giuridico» («*Billigen in Rechtssinne*») appare infelice per il suo riferimento al linguaggio comune (in cui l'ambigua nozione di «approvazione» non è priva di sentimenti valutativi e, nel contempo, è riferita anche a situazioni del tutto estranee alla psiche di chi le valuta) e, soprattutto, non chiarisce sufficientemente «... il contenuto "in positivo" del concetto – l' "accettazione con approvazione della verifica dell'evento" (*billigende Inkaufnahmen des Erfolgseintritts*) – ...»⁽²⁵⁾.

Tali critiche appaiono superabili, con riguardo alla «accettazione» dell'evento qui in esame, solo qualora per il significato di tale nozione ci si richiami esclusivamente alle scienze non giuridiche. Solo in questa prospettiva, invero, potrebbe condividersi l'assunto delle dottrine assai autorevoli secondo cui: «Sotto il *profilo volitivo* il dolo è *volontà* (intenzionale o accettante) ...»⁽²⁶⁾; nel dolo eventuale, il momento volitivo consiste nell'accettazione della verifica del fatto⁽²⁷⁾; il dolo, nel suo nucleo essenziale, consiste nella «consapevole volontà di realizzare un fatto di reato ... Peraltro, una valutazione in chiave gradualistica del livello di intensità psicologica del dolo è effettuabile anche rispetto alla componente volitiva ...»⁽²⁸⁾.

Richiamando la psicologia scientifica, la nozione di «accettazione» appare accolta, e definita in modo univoco e sufficientemente determinato, nell'ambito dell'indirizzo fenomenologico-esistenziale delineato alla luce dei suoi ascendenti filosofici. L'esperienza fenomenologica dell'«Io voglio» conferma la fondatezza scientifica del significato dell'intenzionalità – come stato psichico «secondo l'intenzione», «*tendere in*» – e della volontà emergente dalla nozione del dolo di cui al vigente codice penale, in cui sono compresi anche i risultati dell'azione i quali sono oggetto, oltre che di rappresentazione e di aspettativa, di accettazione come un tutto della struttura mezzo-

⁽²⁵⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 49 testo e nt. 95, 96, 97.

⁽²⁶⁾ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, V ed., Padova, 2007, 303 ss., il quale, peraltro, per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente, segue il criterio della «accettazione del rischio» prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza e criticato *supra*.

⁽²⁷⁾ MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, 254 ss.

⁽²⁸⁾ FIANDACA, *Dolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2037.

fine (*means-end structure*) da parte del soggetto, anche qualora (in sé) non coincidenti con il fine dell'azione ⁽²⁹⁾.

In questa linea, nelle azioni connotate dall'intenzione di raggiungere un'identità (*Identitätsabsicht*) e, per quanto qui rileva, in quelle in cui l'impegno che deriva dall'intenzione di realizzare i risultati di azione poggia – similmente – su un fine sopraordinato, il concetto di intenzione comprende anche i risultati solo strumentali, accessori o consequenziali che il soggetto si rappresenta. Ciò, invece, non si riscontra in altre intenzioni, come quella di ringraziare un amico ⁽³⁰⁾.

Da tale concetto di «accettazione» fondato sulla psicologia scientifica emerge, così, che essa può esprimere una misura della «volontà» non solo bassa, ma anche assai elevata. Salvo che nella sua accezione di specie della «volontà» avente ad oggetto un risultato non intenzionale, come sopra accolta da studiosi inquadabili nell'indirizzo fenomenologico-esistenziale, peraltro, il concetto di «accettazione» appare utilizzato nella psicologia scientifica solo per esprimere stati psichici certamente irrilevanti – di per sé – ai fini della definizione sostanziale del dolo ⁽³¹⁾.

4. Segue: *b) esempi dell'applicazione di tale formula.*

Richiamo, ora, la formula del dolo da me proposta, la quale esprime la sintesi normativa dei requisiti psichici del dolo legalmente descritti.

Invero, in questa prospettiva l'*azione penalmente rilevante* – ai fini del dolo e della colpa con previsione – è sempre connotata dagli stati psichici della *previsione* e della *volontà* del risultato perseguito come conseguenza dell'azione medesima.

La *previsione dell'evento come conseguenza dell'azione* è una grandezza che esprime uno stato psichico conoscitivo, quantitativamente variabile e misurabile assegnando alla previsione delle possibilità di verificazione dell'evento nonché alle sue varie caratteristiche qualitative un unico valore che si può convenire variabile tra il minimo (peggiore qualità della previsione dell'impossibilità, c.d. *colpa incosciente*) e il

⁽²⁹⁾ CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 82-104, 298 ss. e *passim*; in particolare, la nozione di "accettazione" richiamata nel testo è quella che identifica la "volizione" secondo Joseph Nuttin (*ivi*, 98 s.).

⁽³⁰⁾ CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 100, con riferimento particolare alla concezione di Peter M. Gollwitzer.

⁽³¹⁾ GALIMBERTI, *Accettazione*, in *Enciclopedia di Psicologia*, Milano, 1999, rist. 2006, 6, il quale precisa: «... il termine ricorre: 1) in *psicologia infantile* a proposito dell'accoglienza o del rifiuto riservato a un bambino da parte dei genitori ... 2) in *psicologia analitica* dove si parla di accettazione dell' "ombra", ossia degli aspetti considerati negativi della propria personalità; 3) in *psicoanalisi* ove Freud riconduce all'accettazione "la passività e il masochismo del sesso femminile" ...».

massimo (migliore qualità della previsione della certezza, *dolo diretto*), traducibili nei numeri variabili da 0 a 1.

La volontà presenta i due contrassegni strutturali della *forza della volontà* e della *direzione della volontà* – all’inizio dell’azione, penalmente rilevante al fine di determinare il confine tra il dolo e la colpa con previsione poiché la legge prescrive di collocare il risultato perseguito dall’agente in una delle due opposte categorie relazionali indicate con le espressioni «secondo l’intenzione» e «contro l’intenzione» – .

La *forza della volontà* e la *direzione della volontà* sono due grandezze, attinenti allo stato psichico della *volontà del risultato* (preveduto e) perseguito intenzionalmente (come scopo) dall’agente come conseguenza dell’azione, strutturalmente connotanti l’azione penalmente rilevante sotto il profilo della tipicità soggettiva. Ognuno di tali due contrassegni, inoltre, in base alle nozioni della psicologia scientifica è quantificabile e misurabile: ad esempio, secondo una serie continua di numeri relativi tra il suo valore minimo – indicato con 0 – e il suo valore massimo – indicato con 1 – . La sintesi delle due grandezze – forza della volontà e direzione della volontà – può essere espressa, sempre sul piano descrittivo-naturalistico, con l’unico contrassegno psichico costituito dall’*efficacia della volontà*, misurabile con numeri relativi variabili dal valore minimo – indicato con 0 – al valore massimo – indicato con 1 – . Essa rimane, così, l’unico *stato psichico volitivo*, di per sé connotante univocamente solo la volontà dell’azione rilevante a titolo di dolo oppure di colpa con previsione, a cui si riferiscono i requisiti legali soggettivi tipici di cui all’art. 43 comma 1 alinee 1 e 3 e art. 61 n. 3 c.p.

Approfondendo i temi dell’accertamento, della tipologia e della casistica si indicano con le lettere *Pe* la *previsione* e con le lettere *Ee* l’*efficacia della volontà*, esprimenti misure di dette due grandezze a cui assegna convenzionalmente i valori da 0 a 1 (corrispondenti alle percentuali dallo 1 al 100%), cosicché il binomio $Pe + Ee$ potrà assumere valori da 0 a 2. La definizione normativa del dolo si può, quindi, esprimere con l’equazione:

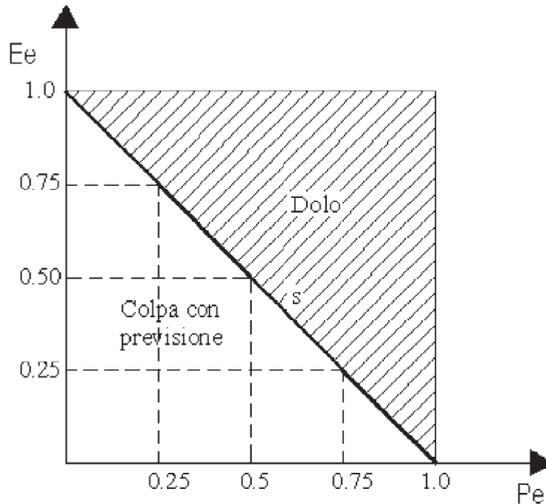
$$(1) \quad x = Pe + Ee$$

la quale è un’uguaglianza che risulta verificata solo per particolari valori attribuiti alla lettera x . In applicazione del suddetto criterio normativo (non descrittivo) imposto dalla legge, la volontà dell’evento, costitutiva del dolo e non della colpa con previsione, ricorre quando la misura della loro sintesi – cioè della somma delle suddette misure di ciascuno di essi – supera il valore 1 (peraltro integrante il dolo nel dolo diretto, che prescinde totalmente dall’intenzione) di cui alla formula (1), espresso come segue:

$$(2) \quad Pe + Ee = 1$$

con riguardo alla formula (1), quindi: sussiste colpa con previsione se $\leq x \leq 1$; sussiste dolo se $x > 1$.

L'immagine delle aree della colpa con previsione e del dolo e della loro linea di confine – la soglia del dolo – emerge dalla seguente figura, in cui tale soglia è costituita dal segmento s ⁽³²⁾.



Dall'applicazione di tale formula del dolo ai seguenti esempi emerge quanto segue.

a) Quando la giurisprudenza afferma che la consapevole volontà del fatto distrattivo implica «di per sé» l'accettazione della conseguenza tipica consistente nella sottrazione di beni alla garanzia dei creditori ⁽³³⁾, tale affermazione si riduce ad una presunzione *iuris et de iure* della volontà del pericolo concreto per tale garanzia patrimoniale, e ancor prima della sussistenza di tale evento. La presunzione coinvolge la tipicità oggettiva e soggettiva del delitto, sicché il dolo si riduce in sostanza alla coscienza e volontà della condotta e del ricordato effetto tipico immediato costituito dalla sottrazione di attività patrimoniale alla funzione di garanzia – *supra*, § 3 – ⁽³⁴⁾.

Tale deviazione della prassi è ancor più evidente in tema di responsabilità degli amministratori delegati per omesso impedimento dell'altrui delitto – di bancarotta fraudolenta per distrazione – di cui è autore l'amministratore delegato; ove dalla mera violazione dolosa del dovere di vigilare si deduce la conoscenza nei deleganti della condotta tipica del delegato (che produce solo detto effetto tipico immediato) e la consapevolezza che attra-

⁽³²⁾ CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 298-302 e 349-351.

⁽³³⁾ Cass., Sez. V, 12 maggio 1989, Giallonardi, con motiv. in *Riv. pen.*, 1990, 551.

⁽³⁴⁾ In senso parzialmente conforme PEDRAZZI, *Reati*, cit., 74 nt. 5.

verso l'inerzia si sarebbe fornito un contributo causale per la commissione di determinati fatti reati – non previsti né tanto meno voluti dal delegante nei loro estremi concreti – commessi da altri, di cui si risponde a titolo di concorso ai sensi degli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.⁽³⁵⁾.

b) Nel caso di un atto di liberalità dell'imprenditore, non qualificabile né come spesa né come operazione economica, ed «esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità» (i quali non possono essere oggetto neppure della revocatoria fallimentare ex art. 64 l.f.), «... le stigmate della distrazione si delineano solo che l'esposizione a pericolo delle ragioni creditorie sia consapevolmente accettata»⁽³⁶⁾.

Se si tratta, invece, delle «spese personali o per la famiglia eccessive», delle «operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti», delle «operazioni di pura sorte per ritardare il fallimento» (art. 217, rispettivamente comma 1 n. 1, 2, 3 l.f.), nelle prime due ipotesi *il fine è favorevolmente apprezzato dalla legge* – soddisfacimento di esigenze di vita, scopo di lucro – così come nella terza – istinto di conservazione, «a mali estremi rimedi» –, e la connotazione negativa attiene a un difetto di misura nel momento dell'attuazione che integra la mancanza del riguardo dovuto per le ragioni creditorie. Secondo la tesi di Cesare Pedrazzi, in tali tre ipotesi di bancarotta semplice patrimoniale, lo spartiacque in tema di imputazione soggettiva corre lungo la linea che separa il dolo eventuale dal dolo diretto e dal dolo intenzionale – che solo ne sfuggirebbe il finalismo tipico –; sicché esse sarebbero punibili sia a titolo di colpa sia a titolo di dolo eventuale⁽³⁷⁾.

Ma tale teoria risolve solo in parte il problema della distinzione tra dolo e colpa nella «zona di confine» del dolo eventuale, poiché ad esempio il problema della distinzione tra spese eccessive e dissipazione viene risolto nel senso della «razionalità delle spese in contrapposto all'irrazionalità della dissipazione, volta al soddisfacimento di bisogni artificiosi o abnormi»⁽³⁸⁾.

Canestrari, invero, obietta puntualmente che «... se l'interprete si limita ad osservare che soltanto il dolo diretto al (presumibile) pregiudizio dei creditori risulta incompatibile con la nozione stessa di spese familiari e

⁽³⁵⁾ Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni, in *Cass. pen.*, 1991, 846, nota CARRERI, *Nuova prospettazione di una vecchia questione sulla struttura del reato di bancarotta*, criticata in: CANESTRARI, *Dolo*, cit., 262 n. 246; ID., «*Rischio d'impresa*», cit., 548 testo e nt. 15; CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002, 268 s., 277 ss.

⁽³⁶⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 74, 146, 148; COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 892 s.

⁽³⁷⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 147 s.

⁽³⁸⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 151 s., il quale precisa altresì: «Le spese sconfinano nell'illecito quando divengono eccessive rispetto alle condizioni economiche del momento, pur conservando una congruità qualitativa che continua a separarle dalla dissipazione».

personali, non offre un contributo sufficiente ad illuminare i caratteri distintivi del contrapposto concetto di dissipazione». L'illustre scrittore segnala il rischio che la duplice «convivenza» di un «evanescente» dolo eventuale – con la bancarotta semplice se accompagnato da uno di detti «fini privilegiati», altrimenti con la bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all'art. 216 l.f. – determini invece l'effetto dello smarrimento dell'univocità oggettiva e soggettiva delle fattispecie di cui all'art. 216, «che priva di un solido argine finirebbero per “invadere” lo spazio applicativo dell'art. 217 l.f.». Ritiene, quindi, che un più netto segno divisorio «... tra dissipazione e spese eccessive – tra bancarotta fraudolenta e semplice – corre lungo la linea che separa *dolus eventualis* e colpa cosciente»⁽³⁹⁾. Ma lo spostamento della linea distintiva, così operato dal fatto oggettivo tipico al – sia pur oggettivo – primo livello del dolo, da lui ricostruito, potrebbe condurre ad un ampliamento e non ad una riduzione dell'ambito applicativo della bancarotta fraudolenta patrimoniale.

L'atto di liberalità dell'imprenditore – il quale, ad esempio, dona una villa in Sardegna all'amante sottraendo liquidità al patrimonio dell'impresa – che cagiona l'evento di pericolo concreto detto, può essere connotato da un'alta misura di *Pe*, anche vicina al valore massimo di 1 qualora l'agente si rappresenti il grave squilibrio tra attivo e passivo del suo patrimonio derivante dall'ingente somma distratta, ma anche da una bassa misura di *Ee* qualora l'evento di pericolo non risulti oggetto di una volontà connotata da un'alta misura di forza e direzione –. Ad esempio, perché emergono suoi comportamenti «indicatori» di «operosa volontà» nel senso di impedire l'evento (Armin Kaufmann) e/o di «rischio schermato» (Rolf Dietrich Herzberg) come: l'attivazione di contemporanee iniziative economiche molto lucrative secondo aspettative non del tutto irrazionali come nuovi investimenti, *joint venture* ecc.; la preparazione di un ingente finanziamento dell'impresa ad ottime condizioni da parte di un terzo, ad esempio la CEE o un privato amico, il quale poi non si realizza; un contemporaneo suo appassionato impegno lavorativo nell'attività dell'impresa orientato al fine di lucro⁽⁴⁰⁾.

Se *Pe* non è troppo alta, quindi, non sempre *Ee* ha un valore tale che $Pe + Ee > 1$; può allora emergere, quindi, la colpa con previsione e non il dolo, sicché la distrazione, pur avendo cagionato l'evento, non integra il delitto per la mancanza del dolo.

Un ragionamento simile può farsi nel caso dell'imprenditore che *occul-*

⁽³⁹⁾ CANESTRARI, *Dolo*, cit., 271 s.

⁽⁴⁰⁾ Sulle teorie della «operosa volontà di evitare» («*tatmächtiger Vermeidungswille*») di Armin Kaufmann e del «rischio schermato» («*abgeschirmes Risiko*») di Rolf Dietrich Herzberg v. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 221 ss., che le critica per l'oggettivizzazione del confine del dolo (rispetto alla colpa con previsione) da esse derivante. Si tratta, invero, di «indicatori» che possono rilevare sotto il profilo dell'accertamento probatorio e non dei requisiti sostanziali del dolo: sul tema v., altresì, *ivi*, 278-281, 314-343 e *passim*.

ta un bene per sottrarlo a un rilevamento della polizia giudiziaria; in cui peraltro la predisposizione di un successivo reinserimento del bene nell'attività dell'impresa può far scemare anche la misura della previsione della verificazione dell'evento di pericolo concreto della relativa ipotesi di bancarotta fraudolenta, sicché oltre alla misura di Ee – efficacia della volontà dell'evento – diminuisce quella di Pe – previsione dell'evento –, con conseguente esclusione del dolo qualora:

$$Pe + Ee < 1.$$

c) Ricorrono, viceversa, casi di dolo intenzionale, o comunque casi in cui Ee – l'efficacia della volontà dell'evento – assume valori elevati; sicché, è sufficiente una misura della previsione dell'evento Pe anche bassa - $< 0,50$ – affinché il dolo – sebbene non intenzionale: per esso è sufficiente, sul versante cognitivo, la previsione della mera possibilità di verificazione dell'evento – sia integrato, dato che la misura di Ee tende ad 1, sicché:

$$Pe + Ee > 1.$$

In tali casi, l'imprenditore persegue *il fine* di sottrarre attività patrimoniali alla funzione di garanzia – effetto immediato della condotta di distrazione – e vuole cagionare l'evento costituito dal pericolo concreto per tale garanzia (talvolta addirittura il successivo stadio finale di crisi dell'impresa costituito dal dissesto-insolvenza che non è propriamente oggetto del dolo, come si è detto, richiedendosi la previsione solo della possibilità del relativo futuro scenario)⁽⁴¹⁾.

Così, nel caso in cui l'imprenditore concreti un ingente finanziamento (o la prestazione di una fideiussione) a società insolvente al fine di risollevarne le sorti e – se non con l'intenzione – con la volontà «di arrecare danno alla impresa *sacrificata* ed ai suoi creditori, danno costituente il consapevole e voluto mezzo illecito per attuare lo sperato profitto di altra società»⁽⁴²⁾. Caso che, qualora si tratti di impresa societaria, integra l'ipotesi della causazione dolosa del fallimento della società di cui all'art. 223 comma 2 n. 1 l.f., naturalmente se ricorrono le qualità del soggetto attivo di cui al comma 1 (amministratore, direttore generale, sindaco, liquidatore di società dichiarata fallita).

Integra tale ipotesi di bancarotta fraudolenta impropria anche il soggetto qualificato che, pur non sabotando un'impresa disperdendo attività o simulando passività ai sensi dell'art. 216 comma 1 l.f., ne orienti la gestione, nel suo insieme, al dissesto avvalendosi dei più vari espedienti, anche omissivi; accade anche che si acquisti il controllo di una società solo per eliminarla dal mercato, e che si preferisca la soluzione fallimentare a una regolare liquidazione; nella patologia dei gruppi la strumentalizzazione della controllata può arrivare all'affossamento⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 148.

⁽⁴²⁾ Cass., Sez. V, 9 ottobre 1984, Gerli, con motiv. in *Giust. pen.*, 1985, 655.

⁽⁴³⁾ PEDRAZZI, *Reati*, cit., 319; COCCO, *Commento all'art. 223 l.f.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, cit., 1014.

Parimenti, nel caso in cui l'apprensione materiale del bene venga resa impossibile o particolarmente difficoltosa, come nel caso di trasferimento di capitali all'estero, operato o con strumenti giuridici (creazione di fondi neri – bilancio falso), o con operazioni materiali ⁽⁴⁴⁾; e nel caso di erogazioni a partiti o esponenti politici effettuate *contra legem* per fini illeciti, che possono integrare anche la corruzione ⁽⁴⁵⁾.

5. *Profili dell'applicazione della formula del dolo espressa dalla sintesi normativa dei suoi requisiti psichici legalmente descritti con riguardo al delitto tributario di omessa dichiarazione.*

Quanto ai *reati tributari*, verifico ora l'applicazione della mia formula del dolo al delitto di omessa dichiarazione previsto dall'art. 5 d.lg. 10 marzo 2000, n. 74 sulla «nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto».

In generale, aderisco alla tesi di Alberto Cadoppi secondo cui: «Come nei reati d'azione il precetto può vietare una mera azione o la produzione di un *evento*, nei reati omissivi il precetto può comandare una mera azione o la produzione di un *evento*» ⁽⁴⁶⁾.

E come un *evento* si rinviene nei reati di pura azione, così un *non evento* – la mancata produzione dell'evento (naturalistico) comandato – si rinviene nei reati omissivi propri (di pura omissione), i quali non producono – né logicamente, né causalmente – alcuna modificazione della realtà distinguibile dalla condotta omissiva. Così, l'omessa presentazione della dichiarazione di una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi e sul valore aggiunto e l'omesso versamento delle imposte, costitutivi del delitto in esame, non producono alcuna modificazione della realtà alla

⁽⁴⁴⁾ Cass., 2 luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, II, 180, richiamata in PEDRAZZI, *Reati*, cit., 55 s. testo e nt. 10 come esempio di non indispensabilità di una modificazione della situazione giuridica ai fini dell'esistenza della distrazione.

⁽⁴⁵⁾ COCCO, *Commento all'art. 216 l.f.*, cit., il quale richiama la giurisprudenza secondo cui integrano distrazioni i finanziamenti ad esponenti politici (Cass., Sez. V, 20 novembre 1987, Cartotto, in *Cass. pen.*, 1989, 680) e le erogazioni effettuate per fini illeciti a partiti o esponenti politici in quanto sono contrarie all'oggetto sociale e provocano un depauperamento del patrimonio a disposizione dei creditori; inoltre pretesi vantaggi conseguenti non possono giustificare comportamenti illeciti e, d'altro canto, possono rivelarsi illusori ed effimeri a fronte della compromissione d'immagine e dei danni economici una volta che siano diventati noti (Cass., Sez. V, 6 ottobre 1999, Tassan Din, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 477-479 e con motiv. in *Riv. pen.*, 2000, 153; conforme, in materia di corruzione, Cass., Sez. V 16 febbraio 1994, Freato, in *Cass. pen.*, 1996, 939).

⁽⁴⁶⁾ CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. II: Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 833 e, in senso conforme, ALDOVRANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, 54 s.

luce del *Tatbestand* oggettivo del delitto; anzi rileva penalmente proprio la mancata modificazione della realtà, richiesta dal precetto penale che tutela l'*interesse alla tempestiva e integrale percezione dei tributi*⁽⁴⁷⁾.

Nel delitto in esame l'evasione delle imposte è elemento costitutivo del delitto, poiché l'agente omette di presentare la dichiarazione «al fine di evadere le imposte» dette e l'evasione è un predicato (di quantità) delle imposte oggetto – come gli imponibili (redditi, corrispettivi, ricavi) – della dichiarazione. Pertanto, l'oggetto specifico del reato non consiste – come nell'art. 1 comma 1 l. n. 516/1982 – propriamente nell'interesse dell'amministrazione finanziaria a ricevere la dichiarazione, legato lì da un evidente stretto nesso di strumentalità a quello finale primario della percezione dei tributi, ma proprio in tale interesse finale⁽⁴⁸⁾.

L'evasione, di norma, precede la presentazione della dichiarazione, poiché, secondo la previsione normativa, l'interesse finale primario è soddisfatto dal contribuente con l'adempimento dell'obbligo dell'autoliquidazione e del versamento dell'imposta (eventualmente) dovuta da realizzare prima della presentazione della dichiarazione⁽⁴⁹⁾.

Pertanto, nell'ipotesi in cui l'evasione consiste nell'omesso versamento delle imposte dovute, essa è una condotta che è un presupposto della condotta di omessa dichiarazione sul quale si incentra l'offesa all'interesse penalmente tutelato. Ma il delitto presenta anche le fattispecie alternative secondo cui tale condotta è attiva e consiste nel «conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta» (art. 1 lett. d) d.lg. n. 74/2000). Inoltre se tali – rispettivi – *non evento* ed *eventi* seguono la presentazione della dichiarazione (come accade se il contribuente presenta la dichiarazione – tramite banca o ufficio postale entro il 31.7., in via telematica entro il 31.10. –, ma effettua la rateizzazione dei versamenti dovuti a titolo di saldo e di acconto delle imposte, per i non titolari di partita IVA entro la 7^a rata 30.11., per i titolari di partita IVA entro la 6^a rata 16.11., con gli interessi fissati dalla norma)⁽⁵⁰⁾ si tratta di reati – rispettivamente – omissivo proprio e commissivo di evento, in cui i rispettivi *non evento* ed *eventi* offensivi seguono la condotta e sono ad essa legati dal rapporto di causalità⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ CADOPPI, *Il reato*, cit., 830 s., 847, 861.

⁽⁴⁸⁾ CERQUETTI, *Reati tributari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 1064 e 1066 s.

⁽⁴⁹⁾ CERQUETTI, *Reati*, cit., 1067 testo e nt. 199.

⁽⁵⁰⁾ L'esempio si riferisce al periodo d'imposta 2004; per la relativa disciplina della presentazione e dei versamenti IRPEF v. le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate in *Unico persone fisiche 2005. Fascicolo 1*, 6-9.

⁽⁵¹⁾ Invero, il legislatore nel configurare la fattispecie penale astratta incentra l'offesa all'interesse penalmente tutelato, volta a volta, su uno o su un altro elemento costitutivo di tale fattispecie, come insegna VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 615 ss.

Ora, limitandomi all'ipotesi omissiva propria, *il dolo* ha per oggetto il fatto tipico, composto da:

a) dati di *fatto* da cui sorge la qualifica del soggetto attivo (trattandosi di reato proprio);

b) c.d. *situazione tipica*, cioè quella da cui sorge l'obbligo giuridico di attivarsi penalmente significativo;

c) *condotta omissiva*, concetto normativo comprendente in sé l'obbligo di agire sia relativa all'evasione, sia relativa all'omessa dichiarazione;

d) *non evento* e suo *nesso causale* con la condotta omissiva.

I requisiti *sub a*) e b), in quanto preesistenti o concomitanti alla condotta, devono essere oggetto della *rappresentazione* dell'agente ma, *stricto sensu* e isolatamente considerati, non possono essere oggetto della sua volontà – salvo comprenderli nel «piano» integrante il fatto tipico oggetto della volontà –. Quanto al *non evento* – l'omesso versamento dell'imposta: ma l'assunto vale anche per l'omessa dichiarazione che la segue –, esso è oggetto della *rappresentazione e volontà* dell'agente se questi si rappresenta e vuole la *scadenza infruttuosa* del termine entro il quale l'evento doveva essere prodotto.

Ora, nel caso in cui l'agente persegua il *fine* di versare l'imposta ma il versamento poi non si verifica – ad es., perché il bonifico bancario da lui all'uopo tempestivamente disposto dall'estero nei riguardi del dipendente incaricato non perviene a questi per un disguido dell'operato delle banche o viene abusivamente utilizzato dal dipendente per altri fini – non sussiste la *volontà* dell'evasione nella *forma intenzionale* prescritta dall'incriminazione.

Anche la condotta integrata dall'omessa dichiarazione deve essere oggetto della *rappresentazione e volontà* dell'agente, ma il relativo dolo – generico – può assumere una qualunque delle sue tre classiche forme. Quindi, se l'agente predispose compiutamente la presentazione della dichiarazione e il versamento dell'imposta dovuta, delegando all'uopo l'anziana madre e si reca in un luogo isolato e lontano poco prima della scadenza del termine, *prevede* come possibile l'omessa dichiarazione:

$$Pe < 0,5$$

ma può non volerla:

$$Ee < 0,5$$

sicché non appare emergere il dolo della condotta di omessa dichiarazione, poiché

$$Pe + Ee < 1.$$

Peraltro, il difetto di questo aspetto del dolo appare di per sé irrilevante, dato che:

- se il versamento dell'imposta è stato tempestivamente effettuato, o l'omesso versamento non supera la soglia dell'elemento quantitativo costitutivo del delitto, la successiva condotta omissiva della dichiarazione appare inoffensiva;

- nel caso contrario, perché sussista il reato deve ricorrere il *fine di evadere*, escluso nell'esempio formulato.

Poiché l'elemento costitutivo dell'omesso versamento dell'imposta esprime già di per sé l'intero contenuto della fattispecie, tutti gli ulteriori elementi costitutivi compresi condotte e (nelle precisate ipotesi alternative) eventi, aventi anch'essi caratteristiche offensive, ineriscono alla «selettività dell'intervento punitivo»; ciò vale anche per l'elemento quantitativo costituito dall' «... imposta evasa ... superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte a euro 77.468,53»⁽⁵²⁾.

Anche nel caso in cui ricorrano finalità *diverse*, seppur compatibili con il *fine di evadere*, la *prova rigorosa* del dolo intenzionale si impone, fermo restando che sono *invece irrilevanti motivi* diversi della condotta che non incidono sull'*intenzionalità*. Ad es., se l'amministratore di una società ha iscritto a bilancio elementi negativi di reddito non corrispondenti al vero al *fine di ingannare* i soci o i creditori sociali circa le reali condizioni economiche della società *e di non distribuire utili o di evitare azioni esecutive*, la *rappresentazione* dell'idoneità decettiva anche verso il Fisco – che è uno dei creditori – degli artifici contabili non implica automaticamente il fine di evasione delle imposte. Anche se possono ricorrere casi di effettiva presenza di più fini della condotta criminosa – e dei correlativi reati in concorso formale se ne ricorrono gli estremi –⁽⁵³⁾.

GIOVANNI CERQUETTI

⁽⁵²⁾ SALCUNI, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 139, in senso conforme a CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, 278 ss.

⁽⁵³⁾ DASSANO, *La dichiarazione fraudolenta tra autonomia di disciplina e regole di contesto (artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 74 del 2000)*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale tributario. Questioni applicative*, Torino, 2001, 90.

RIFLESSIONI SULLA CAUSALITÀ OMISSIVA IN MERITO ALLA SENTENZA "FRANZESE"*

La sentenza delle Sezioni Unite penali del 10 luglio 2002, ricorso "Franzese", segna il punto di arrivo di una riflessione che abbraccia trent'anni della nostra giurisprudenza sul tema del nesso causale nell'omicidio e nelle lesioni colpose dovute ad omissione del medico chirurgo; in considerazione, poi, della centralità di questo problema nella teoria del nesso eziologico, dà conto dell'evoluzione concettuale sul rapporto causale in genere.

La Corte ha riassunto in quattro punti l'ampio dibattito. In primo luogo ha ribadito che esiste nesso causale quando la condotta omissiva del medico si configuri come anello mancante di una non attuata catena virtuosa che avrebbe impedito l'evento o l'avrebbe significativamente ritardato. Nei casi più semplici il rilievo dell'omissione può cogliersi con riferimento a norme così note della medicina da potersi considerare di comune esperienza, ma nella preponderanza dei casi l'accertamento tecnico si rivela di particolare complessità, tanto da richiedere una consulenza medico-legale *ad hoc* oltre l'esame autoptico da considerarsi sempre necessario. Occorre, allora, trovare la legge o il protocollo scientifico che diano conto non solo dell'insorgere e dell'evolversi della patologia, ma anche dei presidi atti a scongiurarla, così evidenziando se e come si sia verificato uno scostamento significativo dalla condotta ritenuta scientificamente valida ed efficace sul piano terapeutico. Appare, dunque, necessario, per giungere ad una corretta decisione, riferirsi alla visione scientifica del mondo naturale; sul punto la Corte rammenta come le leggi naturali siano universali o probabilistiche.

Sul tema, innovando rispetto al recente passato, ha stabilito che nell'ambito di una ricostruzione probabilistica dell'evento non è consentito dedurre automaticamente da un coefficiente di probabilità, anche elevato, la presenza del nesso causale penalmente rilevante.

* Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dalle Camere Penali di Perugia, in data 15 marzo 2007, sul tema "Prova scientifica ed accertamento del nesso causale del reato."

Sempre necessario è, poi, verificare la mancanza di cause alternative da sole sufficienti a determinare l'evento (c.d. prova controfattuale).

Da ultimo, la Corte ha sancito che l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio nel ricostruire il nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, impongono l'assoluzione dell'imputato.

Va, poi, aggiunto che, oltre i fondamentali punti appena enunciati - riassunti, peraltro, in massime - sono stati trattati approfonditamente almeno altri tre argomenti notevoli: la ricostruzione dottrinarina del dibattito sulla causalità, il contrasto giurisprudenziale e la sua evoluzione, la relazione fra interpretazione di un fatto avvalendosi di leggi scientifiche di copertura di tipo probabilistico e principio di tassatività; più brevemente toccati: il rapporto tra responsabilità penale e civile e la comparazione con il sistema di *common law*.

Certo è che la Corte ha confermato la validità della teoria condizionalistica adottata dal codice penale agli artt. 40 e 41 ed è stata esplicita nell'affermare come occorra invertire una tendenza interpretativa, manifestatasi a partire dagli anni 70 del secolo scorso, secondo la quale sarebbe stato sufficiente, al fine di stabilire l'esistenza del nesso causale, il riscontro di un elevato coefficiente di verifica probabilistica dell'evento. Tale orientamento era stato adottato a seguito dell'insorgenza di fenomeni socialmente diffusi, quali le malformazioni dei feti di gestanti che avevano assunto alcuni farmaci (talidomide) o talune intossicazioni endemiche da porre in relazione, in aree altamente inquinate, con la presenza sul territorio di stabilimenti industriali. I danni riscontrati sui neonati e le malattie degli abitanti dei luoghi posti nelle vicinanze di industrie inquinanti potevano essere collegati con l'assunzione di farmaci e con le immissioni e gli scarichi pericolosi ma non nella generalità dei casi, secondo un sicuro criterio deterministico, bensì solo sulla scorta di un significativo dato statistico. Il collegamento fra numero dei neonati deformi e assunzione dei farmaci da parte delle gestanti appariva come una logica ipotesi d'accusa ma, il passaggio successivo, che con il tempo sarebbe stato adottato anche in alcune decisioni della Corte di legittimità, secondo cui l'esistenza di un tasso probabilistico di verifica dell'evento ritenuto cospicuo, potesse fungere da nesso causale come richiesto dagli artt. 40 e 41 del codice, sollevava il problema che qui si dibatte.

Tale interpretazione, che dava dignità penalmente rilevante ad un elevato coefficiente di verifica dell'evento, non avrebbe trovato ostacoli normativi nei sistemi di *common law* o in ordinamenti quale quello francese, che non prevedono una disciplina positiva del nesso causale.

Come è noto, la scuola penale italiana, vicina in questo a quella tedesca, nella seconda metà del secolo decimo nono elaborava una teoria generale del reato. L'autore del codice del 1931 raccolse tale eredità e la patrocinò come disciplina normativa del reato in genere esponendola nei suoi elementi essenziali nel Titolo III, libro I, del codice. Il legislatore, inoltre, non si limitò ad affermare la necessità del nesso causale quale elemento inte-

grativo della fattispecie - tanto oggettivamente, art. 40 c.p., quanto soggettivamente, art. 43 c.p. - ma ne dettò all'art. 41 c.p. uno statuto, riassumendo sinteticamente le linee fondamentali della c.d. teoria condizionalistica o *conditio sine qua non* o dell'equivalenza causale. Se questi si fosse limitato alla previsione delle singole fattispecie incriminatrici, senza dettare un esplicito statuto del rapporto eziologico, il nesso causale sarebbe comunque stato un requisito generale del reato, ma si sarebbe potuta dare una più libera interpretazione a ricostruzioni che tenessero conto di inferenze probabilistiche.

Di fronte al dettato normativo, però, le Sezioni Unite non potevano che ribadire il primato della teoria dell'equivalenza delle cause e così archiviare l'orientamento che si riferiva a valutazioni di tipo statistico, sebbene abbiano, poi, mitigato il tiro concedendo rilievo ad un coefficiente assai vicino alla percentuale piena. D'altro canto la Corte di Cassazione, nel caso in esame, confermava la validità del procedimento logico del Pretore di Napoli che aveva condannato il medico e riconosceva come il giudice di primo grado avesse ben argomentato quando rilevava che la mancata diagnosi, per aver omesso visita internistica ed esami ematici del paziente, era corsa a determinarne la morte, perché, se si fossero svolte tali indagini, sarebbero emerse una neutropenia ed un'immunodepressione da contrastare con terapia adeguata e idonea a scongiurare la morte. Sebbene però, la Corte di legittimità tratti a lungo il problema del coefficiente probabilistico, v'è da dire che nelle sentenze di merito non ve n'è traccia. Si deve, dunque, dedurre che è la Corte di Cassazione ad inquadrare e qualificare come legge di copertura probabilistica il protocollo terapeutico che prevedeva la visita internistica e gli esami del sangue del paziente.

La teoria dell'equivalenza causale, risalente alla metà del secolo decimonono ed alla paternità dell'autore tedesco Von Buri è, invero, prevalente anche nella dottrina e giurisprudenza di *common law*, in cui viene denominata *causa but for*. La Corte, sulla scorta di quanto indicato nella nostra dottrina, scrive che tale teoria va integrata e corretta mediante la sussunzione del fatto sotto l'egida di leggi scientifiche anche di natura probabilistica. D'altro canto era sempre stato incontrastatamente certo, quasi da rendere pleonastico il ribadirlo stante la lettera della legge, che la morte di un uomo ed i fattori che l'avevano determinata, dovevano essere ricostruiti secondo canoni universali e sicuri. L'esame autoptico ⁽¹⁾, le perizie balistiche, il traumatismo da armi bianche e improprie, le lesioni da fuoco, acqua, veleni, scariche elettriche, hanno costituito per l'intero secolo scorso, il principale banco di prova della medicina legale che, nella maggior

⁽¹⁾ Può interessare il lettore che nella nostra letteratura scientifica vi è traccia di un accertamento su caso di responsabilità medica per morte di un paziente già nel 1488 (cfr. ANGELINI ROTA, *Problemi di responsabilità pro-fessionale: una autopsia eseguita a Roma nel 1488*, in Zacchia, Roma, aprile-settembre 2005, fasc. 2-3, 203).

parte dei casi, riusciva a ricostruire le vicende secondo i canoni della fisica e della fisiopatologia, fondati su leggi di natura universale.

I problemi sorgevano nei casi in cui per la difficoltà di conoscere completamente il quadro dell'evento lesivo e, quindi, di delinearne i molteplici fattori, permaneva un'area oscura che si tentava di schiarire mediante il ricorso ad ipotesi avvalorate da dati statistici.

Il metodo previsto dall'art. 41 c.p. che stabilisce l'equivalenza di tutte le cause preesistenti, contestuali e sopravvenute rispetto alla condotta incriminata, presuppone che tutte queste cause siano note. Nel caso in cui non è data la conoscenza di tutte le cause, diviene impossibile ricostruire con certezza la determinazione di un evento e si deve, allora, tentare la via che si avvalga di dati statistici.

Il passaggio interpretativo, che apre alla ricostruzione probabilistica della vicenda dedotta in giudizio, viene proposto come una naturale evoluzione della teoria dell'equivalenza causale. Si deve, invece, evidenziare che fra teoria della *conditio sine qua non* e probabilismo causale corre un notevole contrasto. Quando la Corte di Cassazione afferma la necessità di sussumere il fatto sotto leggi scientifiche di tipo universale o di tipo probabilistico, quasi fra le due esistesse un continuo senza soluzione, tributa un omaggio al positivismo giuridico imperante da quasi due secoli. Il posto privilegiato che l'interpretazione logico-letterale delle norme conserva rispetto ad ogni tentativo di valutare storicamente gli istituti, impedisce di dar conto della distanza che corre fra la teoria condizionalistica e una relazione probabilistica.

La questione non era, però, sfuggita a chi per primo trattava profondamente il problema nell'immediatezza della codificazione (Francesco Antolisei, *Il problema della causalità nel diritto penale*, Padova, 1934). L'illustre autore, nell'affrontare i riferimenti filosofici delle teorie causalistiche, sentiva l'obbligo di avvertire i lettori che "in questi ultimi tempi, le correnti che contestano e mettono in dubbio il valore del principio della causalità hanno avuto l'apporto di nuove forze da parte di alcuni eminenti cultori della fisica, i quali attribuiscono alle leggi causali un valore puramente statistico, sostenendo che nell'ordine della natura domina l'indeterminismo. Questo problema, che fa tremare le vene e i polsi, può ben essere lasciato da parte dal criminalista, il quale non è punto interessato alla soluzione di esso" ⁽²⁾. L'autore torinese aveva ben chiaro come la teoria condizionalistica fosse naturale filiazione del positivismo filosofico ottocentesco, avendo trovato i propri fondatori nel citato Von Buri in campo giuridico e nell'inglese Stuart Mill in quello filosofico. Sapeva, inoltre, e ne avvertiva i lettori, come la concezione positivistica ottocentesca fosse incompatibile con il probabilismo della sopravvenuta fisica quantistica, tanto "da far tremare le vene e i pol-

⁽²⁾ F. ANTOLISEI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 16.

si". Fidava, però, che nell'affrontare questioni penalmente rilevanti il ricorso a criteri probabilistici sarebbe stato così marginale da poter essere accantonato. La posizione di Antolisei era, all'epoca, pienamente giustificata. In primo luogo egli riconosceva l'inconciliabilità fra i due metodi di ricostruzione di un evento e poi la marginalità delle spiegazioni probabilistiche, riferita all'indeterminismo dell'allora recentissima fisica nucleare poteva ammettersi, in quanto non aveva ancora avuto le relevantissime applicazioni tecniche raggiunte in seguito, quando l'intero sviluppo tecnologico avrebbe profondamente modificato gli assetti produttivi-ambientali-esistenziali, così promuovendo l'insorgenza di nuovi fenomeni che avrebbero finito per attrarre l'attenzione del giudice penale. Quando questo è storicamente avvenuto, negli anni settanta del secolo scorso, si sarebbe dovuta avvertire l'esigenza che lo statuto della causalità penalmente rilevante doveva essere modificato sulla scorta della sopravvenuta rivoluzione scientifica e tecnica. Per contro si è tentata la via degli accomodamenti. Ma le correzioni sono possibili quando ci si muova fra categorie omogenee e non fra loro incompatibili.

Il determinismo proprio della teoria condizionalistica presuppone un universo interamente ordinato, in cui ad ogni causa deve seguire un effetto, secondo leggi rigorose che rendono possibili previsioni infallibili. Le teorie probabilistiche, per contro, prescindono da una visione ordinata del mondo e si limitano a cogliere le relazioni fra i fenomeni secondo un criterio di verifica-zione statistica affidando la previsione degli avvenimenti futuri alla probabilità e non alla certezza. Le leggi deterministiche della fisica classica evocano una concezione del mondo dialetticamente superata dalla fisica del novecento.

La questione era chiarissima, già negli anni trenta del secolo scorso, alle menti più avvedute e geniali della nostra ricerca ed era stata affrontata sulla rivista "Scientia" dal fisico Ettore Majorana e dal matematico Giorgio Castelnuovo⁽³⁾. In un preziosissimo, quanto assai poco noto scritto, del grande Ettore Majorana, pubblicato postumo nel 1942⁽⁴⁾ il fisico catanese dava atto, con illuminante e precocissimo raffronto "del valore delle leggi statistiche nella fisica e nelle scienze sociali". Egli, dopo aver illustrato il dibattito epistemologico che contrapponeva fisica classica e quantistica proprio sul tema del determinismo causale, così concludeva "...non vi è nulla dal punto di vista strettamente scientifico che impedisca di considerare come *plausibile* che all'origine di avvenimenti umani (dunque anche dei fatti che i giuristi qualificano reati, n.d.r.) trovasi un fatto vitale egualmente semplice, invisibile ed imprevedibile. Se è così, come noi riteniamo, le leggi stati-

⁽³⁾ G. CASTELNUOVO, *Il principio di causalità*, in *Scientia*, voll. 60-61, 1936; in cui il determinismo viene definito come possibilità di previsione precisa.

⁽⁴⁾ in *Scientia*, vol. 36, 1942, 58-66, ora in *La vita e l'opera di Ettore Majorana*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1966. E' da notare la contestualità storica fra il pensiero di Majorana, che scomparve nel 1938 e l'avvedutezza di Francesco Antolisei.

stiche delle scienze sociali vedono accresciuto il loro ufficio che non è soltanto quello di stabilire empiricamente la risultante di un gran numero di cause sconosciute, ma soprattutto di dare della realtà una testimonianza immediata e concreta".

Di fronte a tanta chiarezza ed a così avveniristico auspicio, impallidiscono gli accomodamenti della dottrina giuridica e mostrano tutta la loro fragilità. D'altro canto, anche negli studi più recenti i penalisti continuano a tenere in poco rilievo la rivoluzione scientifica operata dalla fisica del novecento. Si insiste nel pensare che le regole adatte a rinvenire il nesso causale penalmente rilevante possano prescindere dal dibattito filosofico-scientifico e culturale generale. Ma qui occorre affermare che se per dibattito filosofico si intende quello interno alle facoltà di filosofia può anche concedersi l'ignoranza del giurista. Se, però, la filosofia consiste in quell'umana prerogativa che tende a dar conto razionalmente del proprio pensiero, della propria visione del mondo e dei concetti logici e scientifici che la fondano, appare, allora, insensato prescindere dalla filosofia. Il giurista contemporaneo non deve più sottrarsi all'indagine storica ed alla collocazione nel tempo ed in una determinata cultura di un complesso di norme. Solo così è possibile non limitarsi a cogliere la mera validità del dover essere della legge (deontica) ma la sua pregnanza logico-storica.

Quando l'art. 41 c.p. evoca cause simultanee, preesistenti, sopravvenute e le valuta equivalenti nel determinare l'effetto, adotta una determinata concezione filosofica riconducibile ad una visione del mondo storicamente data. A ben vedere l'equivalenza causale si basa su due principi: il primo genetico, per cui nulla può emergere dal nulla o finire nel nulla (*ex nihilo nihil fit*), il secondo legale, per cui nulla accade in modo del tutto incondizionato o irregolare, ossia in maniera arbitraria, non conforme a leggi naturali (*nihil est sine ratione*).

Ora questi due principi che, invero, risalgono al pensiero ellenico, approdarono scientificamente nella fisica di Galileo e di Newton. Da allora, per due secoli, si sviluppava la scienza moderna sulla scia di quella che oggi viene definita la fisica classica fondata su leggi di carattere universale. Queste, che pure necessitano di costante verifica empirica, raggiungono la stessa certezza delle verità matematiche.

Ma la fisica del novecento avrebbe conosciuto una rivoluzione che l'avrebbe allontanata dal determinismo causale; si sarebbe scoperto che le particelle elementari non tenevano condotte prevedibili e riassumibili in leggi universali. Solo il calcolo statistico avrebbe consentito di valutare i fenomeni subatomici⁽⁵⁾. Il formidabile cambio di visuale che portava la fisica nucleare valicava l'ambito

⁽⁵⁾ N. BOHR, *Kausalität und Komplementarität*, Erkenntnis, vol. 6, 1936, 293; "nella fisica atomica siamo stati costretti a rinunciare all'ideale della causalità per il solo fatto che, in conseguenza dell'inevitabile interazione fra l'oggetto dell'esperimento e gli strumenti di misura..., non possiamo più parlare di un comportamento autonomo dell'oggetto fisico".

scientifico, sia perché la rivoluzione tecnologica ad esso seguita avrebbe trasformato radicalmente gli assetti esistenziali del mondo intero, sia perché la circolazione delle idee avrebbe prodotto un'eguale rivoluzione nell'ambito delle visioni del mondo. Il determinismo causale, fino ad allora concepito come il causalismo *tout court*, diventava solo uno dei possibili modi di porre una relazione fra eventi e gli si ponevano accanto, con pari dignità, l'inferenza probabilistica, la riconosciuta autonomia della causalità nella storia (irriducibile a forme di naturalismo deterministico) e la causalità dialettica.

Come s'è detto prima, l'art. 41 c.p. chiede un quadro in cui tutte le cause siano note e valutate nel contributo che danno all'evento. Ciò esclude ogni possibilità di approssimazione che, invece, fonda l'elaborazione probabilistica. Si deve, pertanto, affermare che tale norma è incapiente rispetto a una descrizione probabilistica dell'evento.

Nella ricostruzione probabilistica dei fenomeni, questi non vengono più posti come cause ed effetti, ma come elementi in relazione fra loro, secondo un quadro funzionale che tiene conto delle interazioni e delle variazioni.

Le valutazioni statistiche che interessano il giudice penale non sono, però, quelle della fisica quantistica ma, piuttosto, quelle derivanti dall'impossibilità di ricostruire nella totalità le cause di un evento. In questo senso è vero che i principi della fisica quantistica restano fuori dall'attenzione del giudice penale, ma non così il metodo probabilistico che diviene sempre più utilizzabile quanto più ci si riferisca a fenomeni di tipo collettivo.

Invece, la nostra giurisprudenza, pur servendosi di criteri probabilistici, non ha ancora colto la profonda differenza che corre tra i due metodi, anzi, continua a portare un omaggio di tipo dogmatico all'antico determinismo causale ed alla teoria della *conditio sine qua non*. Si pensi che, a quasi vent'anni dal codice di procedura Vassalli che ha così nettamente distinto la cognizione civile da quella penale, la Corte di Cassazione conferma un orientamento espresso a partire dal 1968 (Cass.civ., sez. III, 27 aprile 1968, Piazza c. Marinelli) secondo cui il principio dell'equivalenza causale previsto dall'art. 41 c.p. deve valere anche in sede di cognizione civile per la responsabilità omissiva del professionista ai sensi degli artt. 1176 e 2236 c.c.

Di recente (Cass. civ., sez. II, 19 novembre 2004, Comune di Ardea c. Lopane) la Suprema Corte ha così motivato una condanna civile in materia: "Il ragionamento del giudice sul rapporto causale, adeguato e logicamente coerente, deve basarsi su regole di natura probabilistica tali da consentire una generalizzazione sul nesso di condizionamento omissione-evento nel senso che, se l'azione doverosa fosse intervenuta, l'evento danno si sarebbe evitato, sicché essendosi per converso verificato, esso può essere oggettivamente imputato (causalità normativa) alla condotta omissiva che, così, viene a costituire l'antecedente necessario dell'evento. Ne consegue ancora che il giudice, partendo dalla condotta del (presunto) responsabile connotata da colposa inadempienza, dovrà svolgere un'inferenza probabilistica, che rappresenta indubbiamente una 'complicazione' nella formulazione del giudizio causale...".

È singolare come la Corte si avvicini al nodo del problema, senza risolverlo, e professi un omaggio alla teoria dell'equivalenza causale, che acquista più il sapore del dogma che non della teoria scientifica. La Corte avverte che il calcolo probabilistico costituisce una 'complicazione' per la teoria della *conditio sine qua non*, ma poi si arresta e non esita a qualificare un dato probabilistico come un antecedente necessario. Senza contare che in sede civile il ricorso agli artt. 40 e 41 c.p. non è affatto doveroso. Gli articoli del codice civile si limitano ad indicare come dati obbiettivi l'esecuzione della prestazione, art. 1176-2236 c.c., ed il cagionare il danno, art. 2043 c.c., che, se in termini generali possono essere ricondotti alla coppia condotta-evento, non devono necessariamente trovare il loro statuto nel codice penale. Il giudice civile, a differenza di quello penale, non è vincolato ad una specifica interpretazione deterministica del nesso condotta-evento e potrebbe liberamente servirsi di criteri probabilistici. D'altro canto, la probabilità sta a fondamento di interi settori del diritto civile, quali le assicurazioni ed i contratti aleatori.

Il predominio culturale che la teoria dell'equivalenza causale esercita nella giurisprudenza italiana penale e civile non può impedire, però, che le leggi scientifiche a carattere probabilistico siano sempre più utilizzate nei giudizi.

Occorre, allora, soffermarsi sul significato di tali leggi.

La dizione di "legge scientifica di copertura probabilistica" comprende un vastissimo campo di applicazione, riferibile a diverse discipline, dalla fisica, alla chimica, alla biologia e finanche all'economia.

La medicina legale ricorre alla probabilità per due principali ragioni, la dimensione collettiva di alcuni fenomeni, che necessita di indagini ad ampio spettro, oppure la carenza di conoscenza di tutte le condizioni di un evento, che si specifica tanto nella difficoltà di ricostruire le concause obbiettive di un determinato delitto quanto nella non ancora compiuta elaborazione di alcuni dati scientifici. In questi casi si ricorre alla probabilità perché, per le indagini che riguardano intere collettività, può sempre verificarsi uno scarto fra fenomeno collettivo e vicende dei singoli individui. Così pure la non completa conoscenza, quanto per la difficoltà di obbiettivazione storica della vicenda (es. mancanza di esame autoptico, carenza di cartelle cliniche), tanto perché riferibile a dati scientifici in corso di sperimentazione, inducono a colmare le lacune cognitive con ipotesi di tipo probabilistico. Nelle consulenze medico-legali, poi, quasi mai viene indicato un coefficiente probabilistico, in ragione dell'intrinseca difficoltà di precisazione che questo comporta.

La sentenza Franzese, posta dinanzi alla questione di dare uno statuto alla relazione probabilistica penalmente rilevante, non evidenzia l'inconciliabilità fra metodo deterministico e quello probabilistico ma riconosce validità ad un coefficiente vicino alla percentuale piena, sempre che la prova della mancanza di cause alternative sia risultata negativa. L'omessa denuncia dell'irriducibilità della relazione probabilistica nei parametri

dell'art. 41 c.p. non è, d'altra parte, senza effetti, né è censurabile solo da un punto di vista culturale.

La Corte di Cassazione è indubbiamente nel giusto quando ritiene che il coefficiente significativo debba essere il più vicino possibile alla percentuale piena, ma non quando pretende che un giudizio, nel quale ci si avvalga del dato statistico, si concluda in termini di necessità e certezza. Laddove c'è probabilità anche elevata, dunque approssimazione, non può esservi certezza. La stessa necessaria prova dell'assenza di cause alternative, da sole sufficienti a determinare l'evento, non è in grado di colmare lo scarto del coefficiente. L'esclusione di tutte le altre possibili cause alternative non può mai riempire il vuoto fra totalità e coefficiente elevatissimo. D'altro canto, la prova controfattuale prescinde completamente dall'ammontare del coefficiente.

Non si colgono, invece, questi passaggi nella sentenza Franzese che, spostato l'angolo visuale dal piano oggettivo a quello del giudizio, perviene ad alcune affermazioni che destano perplessità e non sono chiarificatrici. Scrivono le Sezioni Unite che occorre: "un elevato grado di probabilità logica confinante con la certezza". Ma si dimentica che quel confine non può essere raggiunto e valicato perché non si tratta di concetti omogenei. La poca chiarezza dell'espressione riportata ha condotto, in questi ultimi anni, ad orientamenti giurisprudenziali della stessa Corte ancora oscillanti, nonostante un ossequio verbale alla formula che diviene sempre più di stile e sempre meno meditata.

Dalla rassegna delle massime dei quindici casi ⁽⁶⁾ esaminati dalla Corte dopo la sentenza Franzese non si rinviene mai indicazione dell'ammontare del coefficiente di probabilità e, sebbene in tutti i casi la prevedibilità dell'evento sia presa in considerazione da un punto di vista probabilistico, solo in due sentenze si è pervenuti ad esiti assolutori sulla scorta dell'insufficienza del giudizio probabilistico a sorreggere un'affermazione di responsabilità.

La IV sezione penale, nella sentenza del 1° dicembre 2004, (n. 9739, ricorrente Di Leonardo), stabilisce che: "il chirurgo che, nella qualità di capo dell'equipe operatoria, titolare di una posizione di garanzia nell'ambito della quale aveva deciso imprudentemente di effettuare un intervento altamente specialistico nell'ultimo turno pomeridiano e così nell'approssimarsi della notte, tempo nel quale, secondo regola di comune esperienza, il presidio medico e paramedico, nei reparti ospedalieri, è notevolmente meno allertabile alle emergenze che non nelle ore del giorno" risponde di omicidio colposo.

⁽⁶⁾ Cass., sez. IV, n. 22341/03, ric. Marinari; Cass., sez. IV, n. 17379/03, ric. p.c. in proc. De Paola; Cass., sez. IV, n. 37473/03, ric. Bruno; Cass., sez. IV, n. 21709/04, ric. Verri; Cass., sez. IV, n. 10430/04, ric. Guida; Cass., sez. IV, n. 32901/04, ric. Marandola; Cass., sez. IV, n. 4981/04, ric. P.G. in proc. Ligresti e al.; Cass., sez. IV, n. 39062/04, ric. Picciurro e al.; Cass., sez. IV, n. 41674/04, ric. Rian e al.; Cass., sez. IV, n. 9739/04, ric. Di Leonardo e al.; Cass., sez. IV, n. 10212/05, ric. Mazza; Cass., sez. IV, n. 12275/05, ric. Zuccarello; Cass., sez. IV, n. 19777/05, ric. Nobili; Cass., sez. IV, n. 25233/05, ric. Lucarelli; Cass., sez. IV, n. 4452/06, ric. Campanile.

È dunque, colpevolmente rilevante, non rendersi conto che nel corso della notte diminuiscono i presidi terapeutici a garanzia dell'infermo. La Corte attribuisce questo giudizio non ad una legge di copertura scientifica ma ad una comune regola di esperienza. Tuttavia, queste ultime debbono sempre avere un fondamento scientifico che può essere tanto universale quanto probabilistico. Invocare la comune regola di esperienza non esime il giudicante dalla precisazione di quale tipo di legge fondi la regola comune. Nel caso in esame non esiste sicuramente una legge scientifica universale che riguarda l'efficienza dei presidi medici in ora notturna ed è evidente che la Corte abbia attuato un giudizio di probabilità senza alcuna indicazione di coefficienti.

Nel caso Zuccarello, 8 febbraio 2005 (n. 12275, IV sezione penale) i giudici di legittimità scrivono: "i componenti dell'equipe chirurgica che aveva effettuato l'intervento operatorio, sono stati ritenuti responsabili per aver omesso su di un soggetto con fratture costali, l'intervento di stabilizzazione delle fratture, ovvero di applicargli un tubo oro-tracheale allo scopo di ovviare all'insufficienza respiratoria, per aver fatto rientrare il paziente al reparto dopo l'intervento, anziché sottoporlo a terapia intensiva, e per aver sottovalutato significativi elementi che rendevano prevedibile un'insufficienza respiratoria, così provocando la morte del paziente per insufficienza respiratoria acuta". In questo caso, in cui ci si avvale di leggi di copertura scientifica, è evidente che le probabilità di successo legate all'adozione della terapia intensiva andavano indicate, di talché si sarebbe potuta dedurre la natura universale o probabilistica delle stesse. La mancata qualificazione da parte della Corte del tipo di legge utilizzato al fine del decidere, denota uno scostamento significativo dai precetti della sentenza Franzese.

Da quanto si è fin qui illustrato, si deve ritenere che la ricostruzione probabilistica della vicenda penalmente rilevante è sempre più utilizzata ai fini del decidere, ma che la nostra giurisprudenza stenta a mettere in luce il contrasto fra schema previsto dall'art. 41 del c.p. e visione probabilistica dei fenomeni.

La pregevole sentenza Franzese, d'altro canto, pur avendo segnato un notevole passo in avanti nell'elaborazione del tema, non risolve tutti i problemi che la materia comporta e induce ad ulteriori e più approfondite riflessioni e interpretazioni.

PIETRO CATALANI

LEGGE STUPEFACENTI: NUOVI PROVVEDIMENTI
A TUTELA DELLA SICUREZZA PUBBLICA,
MAA DISCAPITO DELLA LIBERTÀ PERSONALE (*)

SOMMARIO: *1. Le novità. – 2. La tipologia delle misure. – 3. Il procedimento applicativo. 4. Natura del controllo in sede di convalida. – 5. Il contraddittorio cartolare. – 6. Il procedimento di modifica e revoca. – 7. La Spada di Damocle: la Corte europea dei diritti dell'uomo. – 8. Conclusioni.*

1. Le novità

Nella immediatezza della sua pubblicazione, la riforma della disciplina delle sostanze stupefacenti ha suscitato l'interesse degli addetti ai lavori per un verso, sulle questioni concernenti le forme di incriminazione delle condotte e per altro verso, sulla statuizione di limiti della quantità di principio attivo con effetto drogante (la c.d. dose media giornaliera) che segna il discrimine tra lecito ed illecito. Alle reazioni a caldo sono seguite approfondite analisi e tra commenti, valutazioni, giudizi e critiche è persino già iniziato il dibattito per una riforma della recente riforma, in parte – sebbene minima – persino già attuata. Vi sono, tuttavia, alcune novità che sono rimaste nell'ombra. Il settore dedicato alle problematiche connesse all'uso personale della sostanza stupefacente, infatti, sembra essere, perlomeno sotto alcuni profili, passato in sordina, probabilmente anche in considerazione dei tempi tecnici funzionali alla applicazione delle nuove disposizioni. Poiché siamo ormai alla soglia della loro operatività queste innovazioni meritano le luci della ribalta.

Dopo aver apportato delle importanti modifiche al testo dell'art. 75 DPR

(*) Intervento all'incontro di studi per l'aggiornamento decentrato C.S.M. Magistratura onoraria e di Pace in tema di stupefacenti; relazione dal titolo "Il controllo del Giudice di Pace su misure e sanzioni nella nuova disciplina delle sostanze stupefacenti", Perugia 7 luglio 2006.

309/90 dedicato alla parte degli illeciti amministrativi, - strutturando diversamente il meccanismo sanzionatorio delle condotte che si concretizzano nell'uso personale - il legislatore ha formulato *ex novo* i c.d. "provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica", inserendoli in una sorta di postilla denominata ufficialmente "art. 75 bis". Il nuovo quadro normativo assegna al Questore e al Giudice di Pace il ruolo da protagonisti che *in tandem* gestiscono la tutela della sicurezza pubblica a discapito della libertà personale dell'interessato.

Il rinnovato impianto e soprattutto le innovative soluzioni prospettate paiono degne di nota e tali da indurre ad una analisi che - condotta nell'ottica dell'importanza del diritto di libertà - prediliga quale punto di osservazione la prospettiva del peculiare incarico conferito al Giudice di Pace.

Il singolare sistema prevede l'intervento del G.d.P. in tre differenti ipotesi: in prima battuta, egli è chiamato ad effettuare la convalida della misura disposta dal Questore con provvedimento motivato; successivamente, rimane competente per la sua modifica e revoca; infine ed in modo automatico il Giudice deve disporre la revoca della misura a fronte dell'esito positivo del programma cui l'interessato si è sottoposto.

2. La tipologia delle misure

Lo studio delle novità prende l'avvio dall'esame della tipologia dei "provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica". In realtà, il legislatore ha creato un ventaglio di misure eterogenee dove ognuna può essere applicata in via esclusiva ovvero sommata alle altre, mentre la durata viene fissata in modo discrezionale (*rectius* arbitrario), ma, comunque, non può oltrepassare il limite massimo di due anni. Al primo colpo d'occhio può notarsi come ogni misura sia fortemente affittiva per il suo contenuto restrittivo della libertà di movimento e come se non bastasse il suo mancato rispetto implica delle drastiche conseguenze; la trasgressione o meglio "contravvenzione" (come recita la norma) della misura, infatti, comporta la sanzione - decisamente severa - dell'arresto (da 3 a 18 mesi secondo il disposto dell'art. 75 bis, comma 6).

Secondo il nuovo testo legislativo al ricorrere dei presupposti "l'interessato ... può essere inoltre sottoposto ... ad una o più delle seguenti misure: a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio di Polizia di Stato o presso il Comando dell'arma dei Carabinieri territorialmente competente; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; c) divieto di frequentare determinati locali; d) divieto di allontanarsi dal Comune di residenza; e) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici; f) divieto di condurre un qualsiasi veicolo a motore.

Questo composito ammasso di divieti ed imposizioni, che si vorrebbe etichettare di natura amministrativa, manifesta immediatamente sorprenden-

ti analogie con altri provvedimenti limitativi della libertà personale quali ad esempio quelli codicisticamente previsti, come le misure cautelari (artt. 282 ss. c.p.p.) e le misure di sicurezza (artt. 199 ss. c.p.) ed ancora le misure inserite nelle leggi speciali come quelle di prevenzione e di sorveglianza speciale imposte dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1423; così come senza dubbio vi sono delle similitudini con le recenti misure di sicurezza negli stadi (legge 13 dicembre 1989, n. 401). Basti osservare che l'ordine di presentarsi presso gli organi di polizia ovvero quello di rientrare nella propria abitazione entro una determinata ora hanno la stessa portata coercitiva delle misure che possono essere disposte dal giudice nel corso del procedimento a garanzia delle esigenze cautelari (artt. 282 e 283 c.p.p.); nello stesso modo in cui può essere disposto il divieto di allontanarsi dal Comune di residenza (art. 283 c.p.p.) che rappresenta anche il contenuto tipico della misura prescelta quale espressione della "sorveglianza speciale" (art. 3 l. 1423/1956). Il divieto di frequentare determinati locali equivale di fatto a quello "di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche" (art. 215 c.p.) Gli sportivi poi riconosceranno obblighi e divieti finalizzati ad assicurare la presenza dell'interessato in un luogo diverso da quello considerato protetto, quale lo stadio, in tal caso rimpiazzato dagli "istituti scolastici".

Sotto altri profili – soprattutto quello della repressione e afflittività che accede ad un comportamento *contra ius* -, seppure con le dovute differenze, si potrebbero persino scorgere delle affinità anche con le pene accessorie (artt. 28 ss. c.p.).

Ciò che, invece, distingue gli inediti "provvedimenti a tutela sicurezza pubblica" dalle ormai sperimentate misure è senz'altro il procedimento applicativo. A differenza delle novità, infatti, tutte le altre vecchie misure sono contraddistinte dalla giurisdizionalizzazione, ossia dal conferimento al giudice del potere coercitivo, da esercitare previa istanza della pubblica accusa.

Rimane, allora, da interrogarsi sulla natura delle nuove misure che classificate con l'etichetta "tutela della sicurezza pubblica" in sostanza celano severe forme di limitazione della libertà personale, incuranti del noto binomio Pubblico ministero – Giudice.

In sintesi, il fine della tutela della sicurezza ha giustificato l'introduzione di mezzi e soluzioni che, tuttavia, non possono sfuggire ai convenzionali parametri normativi a partire dall'art. 13 della Costituzione.

3. Il procedimento applicativo

Una volta ricevuta la copia del decreto del Prefetto che impone la sanzione amministrativa (ex art. 75) e riscontrate le condizioni elencate nella norma, il Questore emette un provvedimento motivato con il quale dispone discrezionalmente la misura. Quest'ultima avrà effetto dal momento della notifica all'interessato. Insomma, i provvedimenti a tutela della sicurezza esigono due requisiti: il primo va ricercato nel presupposto implicito della irrogazione della sanzione amministrativa, mentre, il secondo si esplica nella

sussistenza delle condizioni soggettive e oggettive indicate nel 1° comma della norma *de qua*. Nell'arco di 48 ore il decreto del Questore deve essere comunicato al G.d.P. competente per territorio che entro le successive 48 ore ne dispone – ancora una volta con un decreto – la convalida. La scelta della misura nonché della sua durata è rimessa in modo arbitrario all'organo di pubblica sicurezza ed è sottratta ad ogni sindacato.

Il meccanismo suscita non poche perplessità, soprattutto sotto profili di legittimità costituzionale.

Innanzitutto, appare assai opinabile affidare ad un organo di polizia il potere di inibire la libertà di movimento di un cittadino (anche se oggettivamente e soggettivamente pericoloso perché assuntore di stupefacenti) secondo parametri diversi da quelli costituzionali della “necessità ed urgenza”. Val la pena di ricordare che, come è noto, la garanzia costituzionale circoscrive ai casi eccezionali di necessità ed urgenza, la possibilità di limitare la libertà personale con provvedimenti – provvisori - dell'autorità di pubblica sicurezza, a condizione che vengano sottoposti alla successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, nel rispetto di termini perentori salvo la perdita di efficacia. In questa ipotesi, invece, il procedimento applicativo palesa scarsa coerenza con tale principio perché nel prescindere dalla situazione di emergenza (necessità e urgenza) trasforma in regola, cioè in procedura ordinaria, quella che viceversa dovrebbe avere carattere eccezionale.

Un secondo appunto merita la assenza di ogni linea guida che indirizzi nella scelta del tipo di misura da applicare e della sua durata, in tal modo si rischia di trasformare in mero arbitrio il potere attribuito all'organo di polizia. Di fronte a questo inquietante conferimento di poteri straordinari all'organo di polizia potrà risultare utile rammentare che solitamente in un sistema che offre una pluralità di misure applicabili il criterio di adeguatezza rappresenta una logica implicazione, così nella selezione tra le varie misure si dovrà optare per quella che risulti maggiormente rispondente alla esigenza della tutela della sicurezza da soddisfare.

Un'ultima osservazione va dedicata alle nuove regole per la individuazione della giurisdizione competente. Innanzitutto, rileva la particolare attenzione rivolta ai giovani interessati. Infatti, nel caso in cui l'assuntore sia minorenne la competenza funzionale a provvedere agli adempimenti concernenti la convalida viene riconosciuta al Tribunale dei Minori, territorialmente competente.

In tutte le altre ipotesi il compito di convalidare il provvedimento coercitivo è stato affidato al G.d.P. Correlata a questa scelta, che tiene conto della sua diffusione sul territorio nazionale, si evidenzia una importante innovazione; diversamente dal passato la competenza territoriale dell'organo investito delle conseguenze dell'illecito amministrativo viene ancorata alla residenza del trasgressore ovvero in mancanza di adeguate indicazione al luogo del domicilio. In questo modo potrebbero confluire sullo stesso organo pluralità di situazioni originate in località geograficamente diverse. Da qui una maggiore razionalità e “giustizia” nella applicazione della misura.

4. Natura del controllo in sede di convalida

La formula legislativa adottata per determinare l'attività di controllo conferita alla giurisdizione è semplice e sintetica; nella parte finale del 2° comma dell'articolo in esame si legge che "il giudice se ricorrono i presupposti di cui al comma 1, dispone con decreto la convalida nelle successive quarantotto ore".

E', dunque, rimesso all'interprete il compito di svelare l'essenza del controllo giurisdizionale riconoscendone gli spazi e i limiti. Una corretta esegesi della norma non può prescindere dalla attenta considerazione che si tratta indubbiamente di una verifica della regolarità e fondatezza di una misura che grava sul diritto costituzionalmente tutelato della libertà personale del cittadino; misura che in modo del tutto atipico ed anomalo viene applicata direttamente da un organo di polizia e, solo in seconda battuta, sottoposta al vaglio del giudice. L'organo giurisdizionale dovrà, pertanto, compiere un penetrante controllo come si suol dire di legittimità e di merito.

Ne consegue che il vaglio di LEGITTIMITÀ dovrà soppesare i tempi di applicazione e analizzare la motivazione contenuta nel provvedimento.

A dir del vero, non è prevista alcuna esplicita sanzione per l'inosservanza dei tempi a differenza di quanto imposto dal codice di rito per la convalida delle misure precautelari, dove l'art. 391 c.p.p. prevede l'inefficacia del fermo o dell'arresto; tuttavia, le lacune potrebbero essere colmate alla luce della norma costituzionale, in ossequio alla quale i provvedimenti provvisori adottati "devono essere comunicati entro quarantotto ore alla autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto". In sintesi, il *dictat* costituzionale impone implicitamente il rispetto dei tempi da parte del Questore nel richiedere la convalida, ma anche da parte del Giudice di Pace nel compiere il giudizio di convalida.

Per quanto attiene l'obbligo motivazionale risulta imposto al Questore dal 2° comma dell'art. 75 *bis*, per cui non vi è dubbio che lo stesso debba essere rispettato e riscontrato, salvo l'invalidità del provvedimento. Probabilmente come di consueto il *reddere rationem* della decisione presa costituirà il freno al potere del Questore evitando che possa degenerare in situazioni di abuso.

Il controllo di MERITO impone la verifica dell'effettiva sussistenza delle condizioni legittimanti il provvedimento; in altri termini l'esame della pericolosità oggettiva e soggettiva dell'interessato. Da un punto di vista oggettivo deve essere riscontrabile un pericolo per la sicurezza pubblica derivante dalla "condotta integrante illecito amministrativo" (*rectius* l'uso personale) in relazione alle "modalità" od alle "circostanze dell'uso"; insomma, un pericolo derivante dalla condotta, nel senso che deve trattarsi di modalità o circostanze dell'uso pericolose per la sicurezza pubblica. Per quanto attiene le condizioni soggettive, deve trattarsi di soggetto già

condannato o sottoposto a misura di prevenzione o sicurezza. Tale controllo appare ancor più importante se si riflette sulla circostanza che egli deve anche valutare se la prognosi di pericolosità presunta operata dagli organi di polizia trovi conforto negli atti del fascicolo, soprattutto, in relazione a persone che siano state condannate con sentenze non definitive. Rimane da chiarire se il giudice possa o meno compiere una sorta di prognosi del rispetto delle prescrizioni da parte del soggetto e decidere di conseguenza.

In sintesi, il Giudice di Pace potrà NON CONVALIDARE il decreto sia in caso di difetto di motivazione e mancato rispetto dei tempi sia in difetto di una situazione di pericolosità oggettiva e soggettiva. Inoltre, pare plausibile ritenere che il Giudice non possa assumere alcuna iniziativa *ex officio* nel senso che in sede di convalida non può essere disposta una misura diversa da quella indicata nel provvedimento né modificata la sua durata o le prescrizioni contenute; nello stesso senso pare inammissibile ed inverosimile che possa essere integrata la motivazione mancante.

Ancora una volta ricorre una certa analogia con le misure cautelari nonostante il diverso ambito di potere del giudice, ma di certo è necessario avere certezza della natura, essenza e struttura del provvedimento conclusivo del giudizio di convalida che sancisce l'esistenza della misura "a tutela della sicurezza pubblica".

5. Il contraddittorio cartolare

La norma *de qua* si preoccupa di assicurare in modo espreso i diritti dell'interessato: è prevista la facoltà di preparare memorie e deduzioni da presentare al Giudice della convalida, insomma uno spazio difensivo del quale però non si conoscono le scadenze temporali, che paiono in ogni modo desumibili dai tempi rigidamente imposti per la convalida (96 h).

Si realizza allora un contraddittorio meramente cartolare, che potrebbe apparire plausibile purché si consenta anche la realizzazione di un contraddittorio differito attraverso l'impugnazione, con il classico ricorso per cassazione del provvedimento di convalida (in analogia con l'art. 391, 4° comma, c.p.p. che prevede l'invocazione del giudizio della Suprema Corte sull'ordinanza che decide sulla convalida). D'altro canto, se il legislatore ha ritenuto di dover espressamente disciplinare soltanto gli effetti del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di revoca e modifica della misura emessi dal G.d.P. ne consegue che il diritto all'impugnazione deve intendersi implicitamente riconosciuto.

Non vi è dubbio però che questa procedura *de plano* possa prospettare dei profili di incertezza circa la sua legittimità costituzionale: la limitazione imposta al diritto di difesa, privando l'interessato di un contatto diretto con il giudice, sembra palesemente stridere con il contenuto garantista degli artt. 3 e 24 Cost.

Per quanto attiene il provvedimento conclusivo è chiaro che qualsiasi sia la decisione del G.d.P. (convalida, modifica o revoca) esso ha la forma del decreto, del resto tipica di ogni provvedimento emesso *inaudita altera pars*. Nel silenzio della legge deve in ogni caso ritenersi – alla luce dei principi generali - che il provvedimento giurisdizionale sia dotato di esaustiva motivazione. L'assunto trova conferma nella espressa previsione che disciplina gli effetti della impugnazione (ricorso per cassazione) sebbene solo avverso le decisioni di revoca o modifica.

6. Il procedimento di modifica e revoca

Una volta individuata, la giurisdizione onoraria mantiene la sua competenza funzionale per tutta la durata della misura. Soltanto dietro espresso *input*, il giudice può provvedere a revocare la misura ovvero modificarla, arrivando anche ad una sostituzione *in peius*, con una misura maggiormente affittiva. Il legislatore ha previsto una duplice iniziativa: da un lato, l'istanza dell' interessato corredata dal parere formulato dal Questore e dall'altro, la richiesta della autorità di pubblica sicurezza cui seguono le facoltà difensive. Nel primo caso, le misure possono essere modificate *in melius* o revocate dal G.d.P. quando siano mutate o cessate le condizioni indispensabili per la loro sussistenza; la procedura che pretende il parere - non vincolante - del Questore consente una decisione *de plano* (analogamente a quanto previsto nel codice di rito per le misure cautelari). Nel secondo caso, l'istanza del funzionario pubblico è finalizzata ad ottenere una modifica *in peius* delle prescrizioni qualora risultino aggravate le condizioni giustificative della loro emissione. La situazione è tale – dato il rischio di una ulteriore compressione della libertà personale - da dover garantire l'esercizio del diritto di difesa informando l' interessato della possibilità di preparare memorie e deduzioni che vanno presentate al G.d.P., come accade in sede di convalida.

Anche in questo caso ci si può interrogare sulla adeguatezza o meno della instaurazione del mero contraddittorio cautelare.

Nella parte finale della norma dedicata al procedimento di modifica e revoca, il legislatore dedica per così dire due righe al mezzo di impugnazione, sebbene al solo fine di specificarne gli effetti. Se ne deduce che il decreto deve essere obbligatoriamente correlato di adeguata motivazione al fine di consentire tra l'altro il controllo della Suprema Corte.

Il legislatore ha anche previsto una forma di revoca automatica. Invero, la conclusione con esito positivo del programma terapeutico personalizzato (ex art. 75, 2° comma) comporta l'obbligo per il Prefetto di revoca della sanzione amministrativa (ex art. 75, 11° comma); da qui la comunicazione al Questore con richiesta rivolta al G.d.P. che provvederà alla revoca della misura precedentemente emessa a tutela della sicurezza pubblica. Dati l'onere e l'automatismo il Giudice decide senza formalità.

7. La spada di Damocle: la Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel rinviare ad altra sede una precisa analisi dei rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'ordinamento interno valgono alcune sintetiche osservazioni. A proposito del "diritto europeo delle libertà" proveniente da Strasburgo, occorre in una via di sintesi ricordare che con tale espressione si intende fare riferimento all'insieme delle garanzie convenzionali che si traduce in una serie di regole minime le quali, proprio perché devono assicurare un'area vitale di libertà in una società democratica, devono essere considerate assolute ed irrinunciabili. Anche se i singoli Stati contraenti non hanno l'obbligo formale di incorporare la C.E.D.U. nel sistema giuridico interno, dal principio di sussidiarietà – che è alla base della Convenzione stessa – discende che tali regole costituiscono il parametro interpretativo cui deve ispirarsi ogni giudice nazionale nell'applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione; in altri termini, le disposizioni della Convenzione rappresentano la bussola che deve guidare il giudice nel suo lavoro di interpretazione dello strumento che il legislatore, operando le sue scelte, gli ha messo a disposizione. Per quanto attiene, invece, la efficacia ed esecuzione delle sentenze della Corte europea di Strasburgo occorre evidenziare che nessuna norma della C.E.D.U. riconosce efficacia giuridica generalizzata alle decisioni della Corte né tanto meno natura vincolante per i giudici nazionali; invero, secondo quanto disposto nell'art. 46 C.E.D.U. è palese come l'efficacia sia limitata soltanto al caso in cui la sentenza è stata pronunciata senza che possa produrre alcun effetto *erga omnes*. Il carattere dichiarativo delle sentenze – che non possono direttamente abrogare le disposizioni nazionali – non esclude un effetto indiretto e secondario che oltrepassando il caso singolo comporta delle implicazioni generali mirate ad esempio ad adottare misure appropriate per evitare nuove violazioni della C.E.D.U. della stessa natura in quanto dovute a ragioni strutturali della normativa. In sintesi, le sentenze sebbene prive di ogni forza vincolante *erga omnes* rappresentano anche per il legislatore la bussola che indica la strada da intraprendere per evitare situazioni conflittuali.

Nel caso della novità in commento sembrerebbe che il legislatore abbia "perso la bussola" dimenticando le posizioni già palesate dalla Corte a proposito delle misure di prevenzione, di fatto come già osservato, sostanzialmente simili alla misura scelta dal Questore. Tenuto conto del fatto che la etichetta apposta sulla misura "a tutela della sicurezza pubblica", volendole attribuire natura amministrativa, non esclude il vaglio dei giudici europei giova ricordare che in passato i giudici di Strasburgo hanno affrontato il tema della possibilità di configurare la misura di prevenzione come misura privativa della libertà personale, con conseguente individuazione dei parametri dell'art. 5 §1 Cedu. Nel caso Guzzardi del lontano 1980, chiamata ad occuparsi della misura di sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel villaggio di Cala reale, sull'isola dell'Asinara, la Corte aveva riconosciuto a

tale misura di prevenzione il carattere privativo della libertà insegnando che per verificare se una persona è stata “privata della libertà” ai sensi dell’art. 5 C.E.D.U. è necessario utilizzare alcuni parametri quali il genere, la durata gli effetti e le modalità d’esecuzione della misura detentiva disposta visto che tra “prevenzione” e “restrizione” di libertà non vi è che una differenza di grado e di intensità, non di natura o di essenza. Una volta riconosciuta la estrema afflittività della misura di prevenzione dell’obbligo di soggiorno con sorveglianza speciale in quanto privativa della libertà la Corte ha ritenuto che, poiché la stessa non può essere catalogata all’interno delle ipotesi tassative elencate nell’art. 5 § 1 Cedu, integra di fatto una violazione del disposto convenzionale.

Un secondo aspetto concerne la compatibilità delle misure di prevenzione a carattere personale con l’art. 2 del Protocollo 4, in tema di libertà di circolazione. In linea astratta, non è dato riscontrare una violazione della normativa europea in virtù del fatto che la stessa prevede che la libertà di circolazione possa subire delle limitazioni *rectius* “restrizioni che, previste dalla legge, sono giustificate dall’interesse pubblico in una società democratica” (Art. 2, n. 4 Protocollo n. 4). Insomma, la normativa pattizia riconosce ai singoli Stati un certo *margin*e di apprezzamento statutale autonomo in virtù del quale poter valutare la necessità di un’ingerenza nei diritti del singolo a beneficio di altre esigenze di tutela. Chiamata a valutare in concreto se le misure *de quibus* rispettino i tre parametri la Corte ha ritenuto legittima l’ingerenza italiana nei diritti dei ricorrenti, tuttavia, nel caso Labita del 2000 la Corte ha riconosciuto la violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 4 per l’applicazione della misura della sorveglianza speciale al ricorrente in quanto nel caso concreto alla luce del canone della proporzionalità la restrizione della libertà di circolazione non era apparsa “necessaria in uno stato democratico”.

8. Conclusioni

Il veloce *excursus* compiuto induce a ritenere che i nuovi provvedimenti voluti dal legislatore per combattere la tossicodipendenza siano a tutela della sicurezza pubblica, ma a discapito della libertà personale; tuttavia per vagliare la loro validità non rimane che attendere dai “*poster*i” giudici – di Pace, Costituzionali e Europei – “*l’ardua sentenza*”.

ANTONIETTA CONFALONIERI

