

RASSEGNA
GIURIDICA
UMBRA

2007-2



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

DIRITTO CIVILE	Pag.
Tribunale per i minorenni di Perugia, 19 ottobre 2007, con nota di IRENE LONGO, <i>Il cognome nella filiazione naturale: nuove prospettive di riforma</i>	621
Tribunale di Orvieto, 12 giugno 2006, n. 640, con nota di STEFANIA TUC- CANI, <i>Profili degli obblighi di informazione dell'intermediario finanzia- rio nel contesto delle logiche comunicative con il cliente investitore</i>	636
Tribunale di Perugia, 29 marzo 2005, con nota di ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, <i>Strumenti di tutela dell'infermo di mente</i>	668
Tribunale di Perugia, Sez. lavoro, 27 aprile 2006, con nota di LOREDANA RONDELLI, <i>Osservazioni in tema di compenso dell'associato in partecipazione</i>	691
Tribunale di Perugia, 17 gennaio 2008, con nota di ANDREA BRACCO, <i>Cenni in merito all'esercizio di un'attività pericolosa e risarcimento danni</i>	698
Tribunale di Terni, 8 marzo 2006, con nota di ALESSANDRA FANI, <i>Profili attuali del negozio fiduciario</i>	706
Giudice di Pace di Terni, 2 marzo 2007, con nota di STEFANIA TUC- CANI, <i>Circolazione stradale e posizione dell'invalido civile, tra tra normativa nazionale e provvedimenti locali</i>	732
DIRITTO PENALE	
Corte di Appello di Perugia, 10 aprile 2006, C., con nota di GRA- ZIA PACIULLO, <i>Diritto di voto e simboli religiosi: considerazioni sulla presenza del crocifisso nei seggi elettorali</i>	747
Corte di Appello di Perugia, 2 novembre 2006, G.A.M., con nota di CHIARA SAN- TILLI, <i>Gli «elementi diversi» a sostegno della nuova richiesta di revisione</i>	761
Tribunale di Perugia, 10 agosto 2007 (ord.), K, con nota di DANIELA FAL- CINELLI, <i>In glossa all'art. 270 quinquies c.p., appunto sulla necessaria plurisoggettività di un delitto non associativo</i>	777
Tribunale Monocratico di Perugia, 3 maggio 2005, T. ed altri, con nota di CHIARA PEPARELLO, <i>Brevi riflessioni in tema di abbandono di rifiuti urbani</i>	802
Tribunale di Perugia, Sez. Città di Castello, 18 ottobre 2006, C. I. ed altri, con nota di MARIA CHIARA BISACCI, <i>Alcune considerazioni in tema di accertamento della tipicità dell'illecito colposo di evento</i>	812

Tribunale di Perugia, 31 luglio 2007, D.M.P.G., con nota di LAURA FILIPPUCCI, <i>Nuovi arresti giurisprudenziali in tema di falso per induzione. ...</i>	828
G.U.P. Tribunale di Orvieto, 20 giugno 2006, M.S. ed altri, con osservazioni di MARIA CHIARA BISACCI.....	837
GIP presso il Tribunale di Perugia, 2 luglio 2007, S., con nota di CASIMIRO NIGRO, <i>Fugaci osservazioni in tema di confisca: in particolare, del «prezzo» del reato, del giudizio prognostico sulla confiscabilità dei beni già sequestrati e della irrilevanza della prescrizione dell'illecito penale ai fini della confiscabilità dei beni delittuosi</i>	850

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 11 agosto 2006, con osservazioni di ANDREA PENSI.....	878
T.A.R. UMBRIA – 14 settembre 2006, con osservazioni di MARTA LUCARONI..	894
T.A.R. UMBRIA – 10 gennaio 2007, con nota di SANDRO SABA, <i>I controversi rapporti tra forma e potere in una recente sentenza del TAR Umbria</i>	903
T.A.R. UMBRIA – 10 gennaio 2007, con nota di GIORGIO VERCILLO, <i>Alcune riflessioni in tema di riparto di giurisdizione sulle questioni in parte anteriori, in parte successive al 30 giugno 1998. Frazionamento o concentrazione? Giurisdizione del giudice ordinario o devoluzione al giudice amministrativo....?</i>	922
T.A.R. UMBRIA – 16 aprile 2007, con nota di ANNALaura GIANNELLI, <i>Le ordinanze non tangibili e urgenti: uno punto per riflettere sul significato della tipicità</i>	937
CORTE DEI CONTI – Sez. reg. controllo per l'Umbria – 16 novembre 2006, con nota di BARBARA MINENTI, <i>Il bilancio degli enti locali tra patto di stabilità interno e controllo della Corte di Conti: il caso delle farmacie comunali.</i>	951

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

ROBERTO CIPPITANI - VALENTINA COLCELLI, <i>Diritto privato europeo e capacità negoziale delle università</i>	967
--	-----

DOTTRINA

FABIO DEAN, <i>L'inesigibilità, la punibilità e la discrezionalità nel quadro del principio di opportunità dell'ordinamento penale</i>	1009
GIOVANNI MORANI, <i>Profili attuali del rapporto di filiazione. A proposito di un recente studio di Antonio Palazzo</i>	1035

Pag.

VALENTINA COLCELLI, <i>Il risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione</i>	1037
FEDERICA AMICI, <i>Il lavoro a tempo parziale e a termine in Italia e in Francia: l'eterogenea attuazione delle direttive comunitarie</i>	1071
DARIO RAZZI, <i>La lezione di Bartolo sulla tirannia</i>	1103
ALESSANDRO FORMICA, <i>La legge umbra sulla sussidiarietà orizzontale</i>	1111
ALESSANDRO PORCELLATI, <i>La natura del domain name, una questione giuridica ancora aperta</i>	1129

DIRITTO CIVILE

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PERUGIA – 19 Ottobre 2007
– Pres. Est. CENCI

Filiazione – Accertamento – Cognome del figlio – Criteri (art. 262 c.c.).

Nella decisione sull'attribuzione del cognome al figlio naturale, ai sensi dell'art. 262, 3° comma c.c., il giudice dovrà tenere conto dell'interesse preminente del minore prescindendo da qualsiasi meccanismo di automatica attribuzione (1).

(*Omissis*). Con ricorso depositato il 30 marzo 2007 P.R., madre naturale della minore P.C., nata a Città di Castello l'11 ottobre 2004, esponeva che: essa attrice all'epoca del concepimento aveva una relazione sentimentale, a far tempo dal 1997 e fino alla morte, con C.C., deceduto in Perugia il 17 aprile 2006;

tale relazione era ben nota ai familiari di essa ricorrente, a molti amici della coppia e ad alcuni colleghi di lavoro dell'uomo;

dall'aprile del 2005 anche la famiglia di questi ed in particolare la moglie, il figlio, la madre M. R. e la zia G., era venuta a conoscenza della relazione;

dopo il decesso, la famiglia del C.C. non aveva manifestato alcuna opposizione all'attribuzione della paternità, purché preceduta da idoneo test del DNA;

detto test, eseguito sulla ricorrente, sulla minore e sulla presunta nonna paterna M. R., aveva dato esito inconfutabilmente positivo.

Quanto sopra premesso, la ricorrente nella qualità indicata chiedeva, in nome e per conto della minore C., accertarsi e dichiararsi la paternità naturale del C.C., e statuire che la minore assumesse il cognome paterno, in sostituzione di quello materno.

Radicatosi il contraddittorio la T.(moglie del C.C.) si costituiva in giudizio, non opponendosi alla chiesta attribuzione di paternità e rimettendosi in ordine alla modifica del cognome, che proponeva per l'aggiunta (e non per la sostituzione) di quello paterno. (*Omissis*).

Nel merito deve ritenersi fondata la domanda proposta dalla madre

naturale e diretta alla dichiarazione giudiziale di paternità naturale del defunto C.C. nei confronti della minore P. C.

Ed invero dall'indagine istruttoria svolta risultano con chiarezza, univocità e sicurezza: i rapporti sessuali intercorsi tra l'attrice ed il C.C. all'epoca del concepimento, rapporti all'interno dei quali incontrovertibilmente si colloca l'atto procreativo della piccola C.;

le risultanze delle indagini immuno-ematologiche e genetiche effettuate dalle parti in pieno accordo, indagini che hanno dato esito positivo rilevando come pedigree più probabile quello che prevede che la signora M. R. sia la nonna paterna della minore, con una percentuale dello 0,9998, valore di gran lunga superiore alla soglia oltre la quale la paternità deve aversi convenzionalmente provata.

La consistenza e la persuasività delle emergenze processuali suseposte evidenziano la completezza delle acquisizioni processuali e portano, senza ombra di dubbio, all'accoglimento della domanda, con conseguente pronuncia dichiarativa della genitura biologica del C. nei confronti della piccola C.

Per quanto concerne la domanda accessoria in ordine al cognome della minore, questo Tribunale deve decidere – ai sensi dell'art. 262 c. 2 e 3 c.c. – circa l'assunzione di quello paterno, che può essere aggiunto o sostituito a quello della madre.

Sul punto, non v'è dubbio che le norme vigenti in materia di cognome – bollate dalla Corte Costituzionale quali retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e di una tramontata potestà maritale (Corte Cost. 16 febbraio 2006, n. 61), devono essere lette in maniera evolutiva in modo da garantire non solo il diritto della donna coniugata di mantenere il proprio cognome, ma anche il diritto della madre di trasmetterlo al figlio. In tale direzione si muovono non solo la giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE 2 ottobre 2003, n. c- 14872) ma anche il legislatore nazionale (d.d.l. 30 maggio 2007, n. 19- A che sul punto, novellando l'art. 262 co. 3, così dispone: "se la filiazione nei confronti di uno dei genitori è stata accertata successivamente al riconoscimento dell'altro genitore, il primo cognome del genitore ... nei confronti del quale è stata accertata successivamente la filiazione, si aggiunge al primo cognome del genitore che ha effettuato il riconoscimento ...).

Il Tribunale ritiene dover aderire a tale più moderna concezione dei rapporti di filiazione naturale.

Non pare invero condivisibile il sia pure autorevole indirizzo giurisprudenziale (Cass., sez. I, 6-17 luglio 2007, n. 15953) secondo cui la piccola C. avrebbe addirittura in futuro un vantaggio dal portare, come la grande maggioranza delle persone, il solo cognome paterno, evitando così molestie e curiosità circa le sue vicende personali.

In primo luogo, è auspicabile che in un prossimo futuro il legislatore

nazionale si adegnerà al più diffuso e meno arcaico sentire della Comunità Europea, nonché alla giurisprudenza di questa.

In secondo luogo “le molestie e la curiosità dei terzi circa le vicende personali del minore” potranno venire, semmai, non solo e non tanto dall’aver un doppio cognome, ma dall’incontestabile dato di fatto dell’essere stata concepita da un uomo che aveva una diversa famiglia nella quale vive un fratello generato da una madre diversa.

Infine, costituisce dato di comune esperienza che nella scuola e nella società del “villaggio globale” sono presenti e sempre più numerosi i minori con il doppio cognome, ispano-americani ovvero nati da un padre che li ha successivamente riconosciuti; né risulta che gli stessi siano stati oggetto di molestie e curiosità di terzi.

Alla stregua di tali argomentazioni e non potendosi dubitare che la chiarezza e la verità giovino di più alla serena crescita del minore (per utili riferimenti: art. 28 co. 1 L. 4 maggio 1983, n. 184), ritiene il Tribunale che l’aggiunta sia la soluzione nella specie più corrispondente al preminente interesse di C. (*Omissis*).

(1) Il cognome nella filiazione naturale: nuove prospettive di riforma.

La decisione in esame appare di grande interesse in quanto affronta una problematica di assoluta importanza e attualità.

Il nome⁽¹⁾, costituito da prenome e cognome, è il principale segno distintivo della persona⁽²⁾ e si inserisce a pieno titolo tra i diritti fondamentali garantiti costituzionalmente (artt. 2, 22 Cost., 6 c.c.)⁽³⁾.

Il cognome, che distingue un individuo da coloro che appartengono a diversi gruppi familiari⁽⁴⁾, ha assunto una importanza sociale ed una funzione di natura pubblicistica connessa altresì all’interesse dell’intera società ad identificare i propri componenti.

⁽¹⁾ L. LENTI, *Nome e cognome*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ. XII, Torino, 1995, 136.

⁽²⁾ C. CINTI, *Segni distintivi della persona e segni distintivi della personalità*, Milano, 1994, 27.

⁽³⁾ G. AUTORINO STANZIONE, *Le unioni di fatto, il cognome familiare, l'affido condiviso, il patto di famiglia gli atti di destinazione familiare*, Torino, 2007, 87 ss. “Il nome è l'appellativo che identifica socialmente la persona. Esso consta del cognome, che è l'appellativo comune al gruppo familiare, e del prenome, che è l'appellativo individuale”, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*. Milano, 2, 2002, 189.

⁽⁴⁾ C. TALONE, *Commento all'art. 60, legge 4 maggio 1983, n. 184*, a cura di C.M. BIANCA, in *Commentario breve al codice civile, Leggi complementari*, I, Padova, 1999, 169.

È utile precisare sin da ora, che il nostro ordinamento non contiene una norma espressa che disciplini l'attribuzione del cognome per i figli legittimi, a differenza di quello che accade con i figli naturali. In questa sede ci limitiamo ad affermare che i figli legittimi acquistano il cognome del padre sulla base di una norma che non risulta espressa ma che tuttavia nessuno nega e che affonda le proprie radici nel diritto romano ⁽⁵⁾.

Quale prova della sussistenza di tale norma "tacita", basti ricordare, ad esempio, l'art. 237 c.c. che stabilisce che tra i fattori fondanti il possesso di stato vi è l'aver sempre portato il cognome del padre, oppure l'art. 143 bis c.c. che dispone che la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito in modo che il nucleo familiare abbia un unico cognome o, ancora, l'art. 299 c.c. secondo cui in caso di adozione di maggiorenne compiuta da due coniugi l'adottato antepone al proprio cognome quello del padre adottivo ⁽⁶⁾.

A differenza dunque, di ciò che accade per la filiazione legittima, l'attribuzione del cognome al figlio naturale è regolata dall'art. 262 c.c. ⁽⁷⁾, il quale dispone che, in caso di contemporaneo riconoscimento da parte di entrambi i genitori, sia attribuito al figlio il cognome del padre; in caso diverso, il cognome del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento.

Il secondo comma della norma richiamata stabilisce che, se la filiazione nei confronti del padre è riconosciuta o accertata successivamente, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre; la decisione in merito spetta, se il figlio è di minore età, al giudice, altrimenti al figlio stesso ⁽⁸⁾.

Nel caso che qui ci impegna, la decisione riguardava proprio l'attribuzione del cognome ad un soggetto di minore età. Si trattava di una dichiarazione giudiziale di paternità naturale con contestuale richiesta di sostituzione per la minore del cognome materno con quello paterno; (veniva invece chiesta l'aggiunta e non la sostituzione da parte del coniuge del padre naturale).

La decisione risultò favorevole all'aggiunta del cognome paterno a quello materno per diversi motivi che di seguito saranno analizzati.

⁽⁵⁾ *Lagnatio* sistema di rapporti personali, familiari e successori al centro dei quali stava il *pater familias*.

⁽⁶⁾ Corte Cost., 11 maggio 2001 n. 120.

⁽⁷⁾ F. DE SCRILLI, *La filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, Milano, 2002, 480 ss. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2006, 285. G. FERRANDO, *La filiazione naturale*, in *Tratt. Rescigno*, IV, *Persone e famiglia*, III, Torino, 1982.

⁽⁸⁾ Corte Cost. 23 luglio 1996, n. 297, in *Giust. Civ.*, 1996, 2475. Veniva dichiarato illegittimo l'art. 262 c.c. nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, già titolare di un cognome, possa, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha successivamente riconosciuto, ottenere dal giudice il diritto a mantenere, antepoendolo o, a sua scelta aggiungendolo al nuovo cognome, il cognome precedentemente attribuitogli. A. DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, 949.

Il Tribunale, in primis, cita una pronuncia del Giudice delle leggi (n. 61 del 2006) che palesava quanto sia ormai lontano il vecchio sistema che disciplinava i rapporti familiari rispetto ad una società moderna ed in continuo evolversi.

Secondo la Corte di Cassazione, che sollevava questione di legittimità, la disciplina del cognome contrasta con più norme di rango costituzionale. Risultano lesi i diritti inviolabili dell'essere umano, tutelati dall'art. 2 della Costituzione, posto che tale normativa priva la madre del diritto di trasmettere il proprio nome al figlio e allo stesso tempo priva il figlio del diritto di acquisire il nome di entrambi i suoi genitori. Secondo l'ordinanza vengono poi violati gli art. 3 e 29 Cost. perché l'attribuzione automatica del cognome del marito crea una evidente discriminazione ai danni della moglie, che non può essere giustificata proprio alla luce della riforma del diritto di famiglia del 1975 ispirata ai principi di parità tra i coniugi.

La questione di legittimità era già stata posta dinanzi alla Corte Costituzionale per ben due volte nel 1988 e, in entrambe le occasioni, era stata ritenuta inammissibile ⁽⁹⁾.

Nella pronuncia sopra citata la Corte, pur rigettando la questione, svolge una serie di considerazioni che sembrano voler auspicare ad una modifica della disciplina vigente. Infatti alla luce della evoluzione della coscienza sociale, il sistema di attribuzione del cognome appare un retaggio di una concezione patriarcale della famiglia ⁽¹⁰⁾, non più in armonia ⁽¹¹⁾ con i principi ordinamentali e con il valore costituzionale dell'uguaglianza ⁽¹²⁾.

Non vengono poi dimenticati gli obblighi derivanti dal diritto convenzionale: la Convenzione di New York del 18 aprile 1979, resa esecutiva in Italia con legge 132 del 1985 che impegna gli Stati ad adottare ogni misura atta a superare discriminazioni nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dai rapporti familiari, compresa la scelta del cognome dei figli ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Ordinanze nn. 176 e 586, 1988: la Corte affermò che oggetto del diritto all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta di quest'ultimo, quanto il nome per legge attribuito, come si desume dalla lettura degli art. 22 Cost. e 6 c.c. In *Foro it.*, 1988, 1, 1811.

⁽¹⁰⁾ Corte Cost., 16 febbraio 2006 n. 61, in *Giuda al dir.*, 2006, 11, 70; in *Giur. cost.*, 2006, 1, 543, con nota di NICCOLAI; in *Nuova giur. comm.*, 2007, 1, 30, con nota di CARFÌ.

⁽¹¹⁾ Tale orientamento è stato recentemente ribadito, Corte Cost. 27 aprile 2007, n. 145, in *Famiglia, persone e successioni*, 2, 2008, 107, con nota di A. BECCU.

⁽¹²⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2007, 565 ss.

⁽¹³⁾ La Corte Cost. richiama inoltre la risoluzione n. 37 del 1978, le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1272 del 1995 e n. 1362 del 1998 relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome.

Sebbene il ragionamento del Giudice delle leggi risulti chiaramente favorevole ad una revisione della materia, lo stesso non può che addivenire ad una decisione di inammissibilità. Infatti, secondo il testo della pronuncia, l'ordinanza richiederebbe una "operazione manipolativa" che esorbita dai poteri propri della Corte.

I giudici di palazzo della Consulta ancora una volta dunque indicano l'esigenza di un cambiamento che, in realtà, si cerca di attuare anche a livello politico-legislativo; si consideri il disegno di legge 30 maggio 2007 n. 19/a⁽¹⁴⁾ che, come rammentato dal Tribunale per i minorenni di Perugia, dispone: "se la filiazione nei confronti di uno dei genitori è stata accertata successivamente al riconoscimento dell'altro genitore, il primo cognome del genitore che ha effettuato il riconoscimento successivo, ovvero nei confronti del quale è stata accertata successivamente la filiazione, si aggiunge al primo cognome del genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento...."⁽¹⁵⁾. Allo stato però non si hanno novità circa la sorte di tale disegno di legge.

Come sopra detto, l'attuale art. 262 3° comma c.c. stabilisce che sarà il giudice minorile a decidere sul cognome in caso di figlio minorenne, si tratta dunque di un provvedimento distinto da un particolare margine di discrezionalità che conduce il giudice stesso alla ricerca di ogni elemento utile per la corretta qualificazione del caso specifico.

Il Tribunale per i minorenni dell'Umbria, evitando ogni meccanismo automatico⁽¹⁶⁾ di attribuzione, si è pronunciato per l'aggiunta del cognome paterno a quello materno.

La decisione in ordine alla richiesta di attribuzione al figlio naturale del cognome del padre, nei cui confronti la filiazione naturale sia stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, deve essere difatti assunta valutando esclusivamente l'interesse del minore⁽¹⁷⁾, avuto riguardo al diritto del medesimo alla propria identità personale fino a quel momento posseduta, in considerazione della famiglia in cui è cresciuto, nonché di ogni altro elemento di valutazione che scaturisce dalla fattispecie concreta⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Si introdurrebbero importanti novità tra le quali: Art 1 "Con il matrimonio ciascun coniuge conserva il proprio cognome". Si ricordi che sul ddl sono state già presentate proposte di modifica formulate dal Governo. <http://www.senato.it>.

⁽¹⁵⁾ M. N. BUGETTI, *La prospettata riforma delle norme in tema di cognome*, in *Fam. e dir.*, 7, 2007, 653.

⁽¹⁶⁾ D. CULOT, *Il figlio naturale*, Milano, 2004, 53. Cass. 27 aprile 2001, n. 6098 in *Fam. e dir.*, 2001, 266, con nota di Carbone.

In senso contrario: Tribunale per i Minorenni di Salerno 16 giugno 1998.

⁽¹⁷⁾ Di recente si è pronunciata sul tema Cass. 5 febbraio 2008 n. 2751 in *Guida al dir.*, 2008, 9,36.

⁽¹⁸⁾ Cass. 26 maggio 2006 n. 12641, "Il figlio naturale, riconosciuto al momento della nascita unicamente dalla madre e riconosciuto dal padre solo in un secondo momento, ha diritto a conservare il cognome precedentemente attribuitogli, non

Valutando il preminente interesse del minore, spogliare lo stesso del cognome da sempre posseduto “si risolverebbe in un’ingiustificata privazione di un elemento della sua personalità, tradizionalmente definito come il diritto a essere se stessi”⁽¹⁹⁾.

Con il provvedimento *de quo*, si è inteso tutelare non l’interesse del minore ad avere un’apparenza di filiazione regolare ma il suo interesse a conservare il cognome originario non costituendo questo, portato insieme a quello paterno, motivo di molestie e curiosità intorno alle sue vicende personali ⁽²⁰⁾. La decisione collega le risultanze processuali a prospettive di cambiamento, valutate peraltro in considerazione della legislazione vigente in materia a livello internazionale.

Si pensi ad esempio al fenomeno delle famiglie allargate, la carenza di una disciplina che dia alla madre la possibilità di trasmettere il proprio cognome ai figli, nati da unioni diverse, nega a quei soggetti il diritto al possesso dello stesso cognome che in questi casi costituisce l’unico elemento atto ad evidenziare la comune appartenenza dei figli alla stessa madre ed alla di lei famiglia.

In queste situazioni, la mancanza di una normativa che consenta la possibilità che il figlio naturale assuma il doppio cognome di chi lo ha riconosciuto finisce per compromettere il diritto dei fratelli ad un segno distintivo comune, quale elemento della propria identità ed, in senso lato, della individuazione parentelare sul piano sociale.

Sul piano comunitario è utile fare qualche precisazione, iniziando dal sistema francese che si colloca a metà strada tra il sistema tedesco, di scelta congiunta del cognome familiare all’atto di matrimonio, e quello spagnolo, dove esiste la regola del doppio cognome.

Il modello francese ⁽²¹⁾, in vigore dal 1 gennaio 2005, consente ai genitori di attribuire al proprio figlio “sia il cognome paterno che quello materno, sia i loro due cognomi posti nell’ordine scelto da loro nel limite di un cognome per ciascuno”. Nel caso in cui vi fosse disaccordo, il figlio assume il cognome

solo ove dal nuovo cognome possa derivare allo stesso danno, ma anche allorquando il cognome materno si sia radicato nel contesto sociale in cui il minore si trova a vivere, atteso che precludergli il diritto a mantenerlo si risolverebbe in una ingiusta violazione di un elemento della sua personalità”. In *Guida al dir.*, n.24, 2006, 56 ss, con nota di M. FINOCCHIARO.

⁽¹⁹⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 566.

⁽²⁰⁾ Il Tribunale per i minorenni di Perugia nella decisione in commento non ritiene condivisibile il recente indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte (Cass. 6-17 luglio 2007, n. 15953). La Corte afferma che “il disagio che potrebbe derivare alla minore dalla sostituzione del suo cognome appare del tutto trascurabile di fronte al vantaggio che la stessa potrà ricavare in futuro dal fatto di portare, come la grande maggioranza delle persone, il solo cognome paterno, evitando così molestie e curiosità circa le sue vicende personali”.

⁽²¹⁾ F. BELLIVIER, *Dévolution du nom de famille*, in *RTD civ*, 2003, 554.

del genitore nei cui riguardi la filiazione sia stata stabilita per prima ed il cognome di entrambi se la filiazione sia stata stabilita simultaneamente nei loro riguardi ⁽²²⁾.

Si sottolinea poi che la Francia ha recentemente riformato l'istituto della filiazione ⁽²³⁾ eliminando qualsiasi riferimento alla distinzione tra figli legittimi e naturali ⁽²⁴⁾.

La disciplina in vigore in Spagna scaturisce dalla *Ley 40/99* ⁽²⁵⁾ de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos che ha modificato l'art. 109 del *Código Civil*, e gli artt. 54 e 55 della *Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil*. Viene stabilito che i genitori possono decidere di comune accordo, l'ordine dei cognomi dei figli (tra i primi cognomi dei genitori stessi) nell'assoluta equiparazione dei sessi. Se mancasse tale opzione, si applicherà la legge generale che prevede la precedenza del cognome paterno su quello materno. In entrambi i casi, il figlio divenuto maggiorenne potrà modificare l'ordine dei cognomi. Il sistema spagnolo equipara a tutti gli effetti la "filiazione matrimoniale" ⁽²⁶⁾ alla filiazione fuori dal matrimonio e all'adozione.

L'Italia non può dunque mostrarsi sorda al cambiamento che riecheggia all'interno della Comunità ⁽²⁷⁾ dove è facile notare che, per la disciplina del nome, domini la regola dell'accordo.

⁽²²⁾ G. AUTORINO STANZIONE, *Le unioni di fatto*, cit., 97.

⁽²³⁾ F. GRANET LAMBRECHTS, J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation*, in *Dalloz*, 2006, 17.

⁽²⁴⁾ Per ciò che concerne il cognome tale parificazione è sicuramente realizzata per coloro che siano riconosciuti da entrambi i genitori. Infatti nel caso in cui alla nascita la filiazione sia stabilita nei confronti di un solo genitore, il bambino assume il cognome di questi. C'è però una ulteriore possibilità, se la filiazione da parte dell'altro genitore viene accertata durante la minore età del figlio, i genitori possono chiedere congiuntamente all'ufficiale di stato civile, di sostituire o aggiungere il cognome del secondo genitore.

⁽²⁵⁾ M. L. DE LA FUENTE, *Comentario a la ley 40/1999, de 5 noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2000, 8.

⁽²⁶⁾ Art. 108 *Código Civil*.

⁽²⁷⁾ CJCE, 2 ottobre 2003, Carlos Garcia Avello c/Etat belge. La controversia concerneva il cognome di figli, nati in Belgio da coniugi ivi residenti, il padre spagnolo (Garcia Avello) e la madre belga. Ai figli veniva attribuito il doppio cognome paterno. I coniugi chiedono che ai figli, con doppia cittadinanza sia riconosciuto il doppio cognome paterno e materno, la domanda è respinta in quanto contraria all'art 335 c.c. belga, secondo cui il figlio porta il cognome del padre, sia in caso di filiazione legittima che naturale, con doppio contestuale riconoscimento. Su ricorso dei coniugi, il Consiglio di Stato belga, chiede alla Corte di pronunciarsi. La risposta è chiara: costituisce discriminazione il fatto che l'autorità amministrativa di uno stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni, residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stato belga e di un altro stato membro,

Per di più si corre il rischio di condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che è intervenuta più volte sul problema ⁽²⁸⁾.

La vita familiare ed il diritto di famiglia hanno conosciuto un cambiamento significativo durante gli ultimi trent'anni ⁽²⁹⁾, il sistema vede un riconoscimento forte dell'uguaglianza morale e giuridica della donna ed il legislatore dovrà introdurre nuove regole che diano delle risposte concrete alle esigenze dei singoli e delle "nuove famiglie". Un dato è certo, l'Europa preme alle porte e con essa una serie di principi comuni a molti stati dell'Unione, mentre risulta doverosa nel nostro paese anche una rilettura dei meccanismi di attribuzione del cognome.

Il cognome infatti da segno distintivo di appartenenza alla famiglia è divenuto segno distintivo dell'identità personale da tutelare quale diritto soggettivo.

IRENE LONGO

allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo stato membro. In *Fam e dir.*, 2004, 437.

Il Trib. di Bologna, 9 giugno 2004, ha stabilito che la doppia cittadinanza del minore legittima i suoi genitori a pretendere che vengano riconosciuti nell'ordinamento italiano il diritto e la tradizione spagnola. In *Fam e dir.*, 2004, 441. V. anche Trib. Roma, 18 novembre 2005.

⁽²⁸⁾ CEDU 24 gennaio 1994 (Burghartz c. Suisse) relativa a due cittadini svizzeri sposati in Germania, che scelgono come nome da applicare ai figli quello della donna, mentre il cognome registrato in Svizzera è quello del marito. CEDU 16.2.2005 (Unal Teseli c. Turquie) CEDU 24.10.1994 (Stjena c. Filande).

⁽²⁹⁾ M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, IV, III, Torino, 1999, 170.

TRIBUNALE ORVIETO, 12 giugno 2006, n. 640 – Pres. TAFURO – *Rel.* BAGLIONI – C.B. (avv.ti Venturi, Carbonetti) – C.R.O. (avv.ti Marzola, Morera).

Banche – Intermediazione finanziaria – Doveri di informazione – Responsabilità dell'intermediario – Caratteristiche dell'investitore – Irrilevanza (c.c. artt. 1176, 1218, 1418; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21; d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, art. 4; Reg. Consob n. 11522/1998, artt. 28, 29).

Il fatto che il cliente sia un investitore esperto di strumenti finanziari non esime la banca dall'obbligo di fornire una completa e corretta informazione in tutte le fasi del rapporto, obbligo che sussiste sia al momento della proposizione dell'investimento sia successivamente, in conformità alla trasparenza e alla buona fede contrattuale imposte dal legislatore (1).

B. C. con atto di citazione ex art. 2 d.l.gs. n. 5/2003 notificato in data 21.10.2005 conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la Cassa di Risparmio di Orvieto s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, e premesso: a) che aveva intrattenuto rapporti bancari ed aveva effettuato i propri investimenti finanziari con la convenuta delegando di fatto agli addetti dell'Ufficio titoli le proprie scelte di investimento in titoli; b) che quando nel 2001 emerse in tutta la sua gravità la crisi dei mercati finanziari fece effettuare da esperti una verifica del proprio portafoglio titoli, scoprendo che i propri risparmi erano stati investiti in misura consistente in titoli emessi da paesi del terzo mondo ad altissimo rischio; c) che successivamente aveva trasferito i titoli alla Banca Popolare di Spoleto riuscendo a smobilizzare con perdite tollerabili una parte del portafoglio a rischio, ma non i titoli emessi dalla Repubblica argentina che aveva dichiarato di cessare i pagamenti nel mese di dicembre dello stesso anno, esponeva che la controversia aveva ad oggetto, appunto, titoli della Repubblica argentina con scadenza 2004 per Euro 175.000 di valore nominale, e titoli della stessa Repubblica con scadenza 2009 per US Dollars 100.000 di valore nominale, che erano stati convertiti nel corso del 2005 in altri titoli argentini. (*Omissis*).

Preliminarmente si osserva che non essendo stato dedotto, né, comunque, provato che la convenuta abbia svolto, tramite i propri funzionari, un'attività di proposizione, di promozione o di sollecitazione all'investimento, la fattispecie in oggetto non si colloca nella fase della sollecitazione al pubblico risparmio mediante l'offerta diretta al pubblico a norma dell'art. 94 del Testo Unico della Finanza (attività che prevede

un controllo preventivo da parte di un ente pubblico, la Consob, al fine di tutelare la molteplicità dei soggetti cui l'offerta è diretta), e neanche nella fase del mercato primario in cui l'offerta di prodotti finanziari è diretta ad investitori istituzionali cui consegue la sottoscrizione da parte dell'investitore, bensì nella fase successiva del mercato secondario in cui il titolo già in possesso dell'investitore viene negoziato su base individuale tra investitori.

Tale modalità di vendita è legittima a condizione che rispetti, oltre la disciplina predisposta dal t.u.b. (d.lgs. 1.9.1993 n. 385), le regole contenute nella normativa di settore contenuta nel t.u.f. (d.lgs. 24.2.1998 n. 58) e nel regolamento attuativo emanato dalla Consob (delibera n. 11522 del 1.7.1998) per disciplinare l'attività degli intermediari finanziari, tra i quali rientrano anche le banche. In merito la banca d'Italia ha disposto che l'assenza del prospetto informativo di cui all'art. 94 t.u.f. impedisce alle banche di sollecitare il pubblico a comprare valori mobiliari, ma non preclude la vendita dei titoli del proprio portafoglio ai clienti che ne facciano richiesta, nell'ambito di un'attività di negoziazione per conto proprio (v. bollettino economico n. 41/2003). (*Omissis*).

Si applicano, invece, pacificamente anche alle singole operazioni le norme contenute nell'art. 21 t.u.f., che individuano dettagliate regole generali di comportamento cui attingere per modellare i doveri degli intermediari, regole che trovano poi ulteriore specificazione, per quanto qui interessa, negli artt. 28 e 29 del reg. Consob. L'art. 21 t.u.f. prevede che nella prestazione dei servizi di investimenti e accessori gli intermediari abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza (principio che per le banche è sancito in termini generali anche dall'art. 11 t.u.b.) nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dei clienti – principio che trova attuazione nell'art. 28, 1° comma, lett. a) del reg. cit., che specifica quali informazioni debbono necessariamente essere chieste preventivamente all'investitore – ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati, che trova attuazione sia nella lett. b) della stessa norma regolamentare, là dove si prevede l'obbligo di consegnare all'investitore il documento sui rischi generali degli investimenti, sia nel successivo secondo comma, che impone il divieto di effettuare operazioni e prestare il servizio di gestione ove non siano preventivamente fornite all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, con modalità tali da renderlo consapevole sulle scelte di investimento e disinvestimento; c) organizzarsi in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitto di interessi e, in situazione di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento, ciò che significa, tra l'altro, non praticare prezzi più alti rispetto a quelli di mercato; d)

disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi, prescrizione che impone evidenti obblighi organizzativi interni alla struttura del soggetto che svolge servizi finanziari; e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati, ciò che impone, tra l'altro, gli obblighi informativi di cui all'art. 28, 3°, 4° e 5° comma, nonché gli obblighi comportamentali di cui all'art. 29 del reg. cit. con le conseguenti preclusioni operative.

Ora, sulla base della lettura coordinata dei documenti acquisiti al giudizio può ritenersi accertato che in data 25.6.1998 l'attore sottoscrisse con la banca convenuta un contratto per negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari e un contratto contestuale di deposito a custodia e amministrazione di strumenti finanziari nel quale, dato atto preventivamente che al cliente è stato consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti di cui all'allegato 3 del regolamento Consob e che alla banca è stato conferito l'incarico di negoziare gli strumenti finanziari in base agli ordini che sarebbero stati successivamente impartiti, si prevede, nel secondo comma dell'art. 1, che la CRO s.p.a. svolge le attività riguardanti i servizi di negoziazione, in conto proprio e in conto terzi, di ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari ai sensi del d.lgs. 1998/58, con la precisazione che nello svolgimento dei predetti servizi la Cassa è autorizzata ad agire per conto del cliente anche in nome proprio. Nel terzo comma dello stesso articolo è previsto, poi, che gli ordini devono essere impartiti alla Cassa per iscritto, che all'atto del ricevimento dell'ordine essa rilascia apposita attestazione cartacea e qualora gli ordini siano stati impartiti telefonicamente li registra su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, disposizione che evoca il contenuto dell'art. 29 del regolamento Consob, senza però specificare, come avviene in tale norma, che il regime si riferisce soltanto alle operazioni non adeguate, cosicché se ne può trarre che le parti abbiano previsto la forma scritta o la registrazione a prescindere dalla realizzazione di un'operazione ritenuta tecnicamente non adeguata.

Non smentisce tale conclusione la constatazione che il successivo sesto comma, modellato precisamente sull'art. 29 cit., impone alla banca di astenersi dalle operazioni non adeguate, salva la conferma scritta o telefonica registrata da parte del cliente, atteso che le due disposizioni operano su piani diversi, riferendosi la prima, in termini generali, a tutte le operazioni, la seconda esclusivamente alle operazioni non adeguate, rispetto alle quali è richiesto in più lo specifico avvertimento al cliente diretto all'evidenza ad indurlo ad una riflessione che lo renda pienamente consapevole e la successiva conferma scritta.

Giova osservare che il primo contratto deve inquadrarsi nello schema

del mandato con oggetto la prestazione di quei servizi di investimento disciplinati dall'art. 32 del regolamento Consob, e può essere definito la cornice di cui all'art. 23 del d.lgs. 24.2.1998 n. 58, entro cui avrebbero dovuto poi svilupparsi le singole operazioni che l'attore aveva intenzione di compiere con l'ausilio necessario della banca intermediaria, tenuta in questa seconda fase, ai sensi dell'art. 28, 2° comma, del regolamento Consob, a fornire al cliente tutte le informazioni necessarie per consentirgli scelte consapevoli, il secondo costituiva il meccanismo strettamente necessario e idoneo a consentire alla banca di custodire e gestire i titoli acquistati con le singole operazioni attivate dal cliente.

Tale premessa, diretta a configurare i rapporti negoziali intercorsi "inter partes", si è resa necessaria per inquadrare correttamente le domande proposte dall'attore, che si va ora ad esaminare partendo dall'azione di inesistenza o nullità dei contratti, proposta in via principale.

È il caso di precisare ancora che il rifiuto dell'attore di fornire alla banca le informazioni di cui all'art. 28 lett. a) circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, sui suoi obiettivi di investimento, sulla sua propensione al rischio, che nella specie, si ricava dalla lettura del contratto – quadro (e comunque è pacifica), non esonerava la banca dall'obbligo, imposto dall'art. 29 del regolamento Consob 11522/1998, di formulare il giudizio di adeguatezza, cui doveva comunque procedere tenendo in considerazione le informazioni di cui era a conoscenza, secondo quanto chiarito dalla Consob con comunicazione n. 95007939 del 15.9.1995, e soprattutto con comunicazione n. DI/30396 del 21.4.2000, nella quale è stato chiarito che "nel caso la valutazione andrà condotta in ossequio dei principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso; es. età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce della pregressa ed abituale operatività, situazione del mercato" (cfr. Trib. Genova, 15.3.2005 in *Foro it.* 2005, col. 2540; Trib. Trani 7/10.6.2005; Trib. Roma 13.6.2005; Trib. Roma 31.3.2005).

Non può, infine, ritenersi provato solo in ragione dell'elevato livello culturale in materie giuridiche ed economiche, delle pubblicazioni scientifiche in materie collegate ai settori economici e finanziari, e della tipologia degli altri investimenti componenti il portafoglio dell'attore presso la banca, che costui fosse dotato di requisiti di particolare professionalità nel settore finanziario, tali da consentirgli una scelta effettivamente consapevole rispetto all'oggetto delle specifiche operazioni, a prescindere dalle informazioni fornite dalla banca. Deve, infatti, considerarsi in senso contrario che il settore finanziario, a causa della sua elevata dinamicità, è soggetto a modifiche continue e profonde, collegate molte volte anche a pluralità di fenomeni interdipendenti su

larga scala internazionale, che solo coloro che svolgono quotidianamente e professionalmente l'attività finanziaria possono individuare e spiegare nei loro precisi risvolti tecnici.

In ogni caso, nella fattispecie, come si vedrà, non risulta provato neanche che l'attore sia stato posto nelle condizioni di poter valutare preventivamente le singole operazioni in base alla propria scienza personale.

Tanto premesso reputa il Collegio che sia indiscutibile il rispetto da parte della banca del disposto dell'art. 23 d. lgs. 24.2.1998 n. 58, avendo consegnato preventivamente all'attore il documento sui rischi generali degli investimenti finanziari e avendo con il medesimo stipulato in forma scritta il contratto – quadro, mentre deve rilevarsi, a seguito del disconoscimento di parte attrice delle sottoscrizioni apposte ai singoli contratti di investimento e della mancanza di qualsiasi istanza della banca diretta alla verifica delle stesse, la violazione: a) della disposizione negoziale inserita nel terzo comma dell'art. 1 del contratto – quadro, che richiede per qualsiasi ordine (singola operazione di negoziazione) la forma scritta; b) del disposto dell'art. 28, 2° comma, reg. Consob 11522/1998, sotto il duplice profilo del dovere di informarsi e di informare, non potendo ritenersi sufficiente a soddisfare l'esigenza di effettiva tutela del risparmiatore la consegna del solo documento sui rischi generali degli investimenti, che contenendo un'informativa del tutto generica non aveva l'idoneità a rendere l'attore effettivamente edotto delle caratteristiche dei singoli titoli oggetto delle operazioni in contestazione (della specifica operazione come recita chiaramente la norma), il che equivale dire a renderlo consapevole dei reali rischi dei singoli investimenti; tale violazione si è poi concretizzata non solo nel momento dell'investimento, ma anche successivamente con l'omessa informazione circa l'andamento negativo dei titoli sotto il profilo dell'aumento del rischio di insolvenza dell'emittente non solo per gli interessi periodici ma anche per il capitale (graduale peggioramento del rating), avendo l'obbligo di informativo contenuto dinamico come si evince dal riferimento, contenuto nella norma citata, al disinvestimento, e dall'art. 21 lett. b), t.u.f.; c) della disposizione negoziale contenuta nell'art. 1, comma 6, del contratto – quadro e nell'art. 29 reg. Consob 11522/1998 non avendo ottenuto dall'investitore l'espressa autorizzazione ad agire nonostante la non adeguatezza delle operazioni.

Mentre le violazioni delle pattuizioni negoziali contenute nell'art. 1 del contratto – quadro sono senz'altro configurabili come inadempimenti contrattuali in quanto gli acquisti o i disinvestimenti di prodotti finanziari costituiscono atti esecutivi di quel contratto, più controverso è l'inquadramento delle altre violazioni.

Reputa però il Collegio che essendo le parti già legate da un rapporto

negoziale alla data in cui sono state eseguite le singole operazioni la conclusione debba essere identica, trattandosi pur sempre di atti esecutivi del mandato contenuto nel contratto – quadro, anche se l'affermazione richiede ulteriori spiegazioni.

Non si ignora che secondo un orientamento giurisprudenziale la violazione da parte dell'intermediario delle prescrizioni contenute negli artt. 21 t.u.f., 28 e 29 del regolamento Consob, comporta l'invalidità del negozio in quanto esse vengono qualificate come norme imperative ex art. 1418 c.c.; si argomenta in favore della tesi affermando che la sanzione non è posta espressamente da alcuna norma ma si ricava in considerazione degli interessi pubblicistici, anche di rango costituzionale (art. 47 Cost.) che la normativa mira a tutelare, che nell'art. 21 d.lgs. 24.2.1998 n. 58 vengono individuati oltre che in quelli dei singoli risparmiatori (clienti), anche in quello generale dell'integrità dei mercati, che riconduce all'interesse della collettività alla tutela del risparmio, come elemento qualificante dell'economia nazionale, e della stabilità del sistema finanziario per i riflessi che comporta per il sistema imprenditoriale e quindi per la pubblica economia (cfr. Cass. 2001/3272; Trib. Avezzano e Trib. Palermo in Foro it. 2005, col. 2536 e 2539; Trib. Mantova 27.4.2004 in Foro it. 2005, col. 3047; Trib. Taranto 16.12.2004 Foro it. 2005, col. 896; Trib. Treviso 16.12.2004).

Ritiene però il Collegio di aderire al diverso orientamento, più convincente, che nega carattere imperativo a tali disposizioni, ritenendo che sono soltanto prescrittive e impositive di obblighi comportamentali che trovano fondamento in un vincolo negoziale già sorto, e quindi rappresentano una mera specificazione del generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, e configura conseguentemente la violazione degli intermediari quale inadempimento contrattuale (cfr. Trib. Venezia 8.6.2005 Trib. Roma 31.3.2005, e Trib. Roma ord. 22.12.2004, in Foro it. 2005, col. 2537 e segg.; Trib. Roma 13.6.2005, in Foro it. 2005, col. 3046 e giurisprudenza ivi richiamata). Decisiva in tal senso è l'osservazione, già sopra accennata, secondo cui essendo le parti già legate da un rapporto negoziale (stipulato il 25.6.1998) alla data in cui sono state eseguite dalla banca le singole operazioni, queste devono considerarsi atti esecutivi del mandato contenuto nel contratto generale di investimento, con la conseguenza che viene a mancare, per poter riscontrare la dedotta invalidità, il vizio nella fase genetica del negozio.

Non di minor pregio è la constatazione che nel sistema delineato dal T.U.F. i casi di nullità del contratto di intermediazione mobiliare per mancanza di forma scritta e per rinvio agli usi sono configurati, negli art. 23 e 24, come nullità relative, potendo essere fatti valere soltanto dal cliente, ragion per cui ritenere che la violazione degli obblighi di informazione in occasione della stipula dei singoli contratti di intermediazione

mobiliare determini la nullità del negozio, significherebbe introdurre per via giudiziale una nuova ipotesi di nullità, non solo non prevista dal legislatore, ma soprattutto più grave di quelle previste espressamente dal t.u.f., perché di carattere assoluto e, quindi, rilevabile d'ufficio sia a vantaggio, sia a svantaggio del cliente, in contrasto con le stesse normative di origine comunitaria dirette alla protezione dei consumatori (cfr. trib.Roma 13.6.2005, in Foro it. 2005, col. 3046).

Ne consegue che la fattispecie deve essere esaminata sotto il profilo della violazione degli specifici obblighi comportamentali stabiliti dalla legge in materia, che non sono altro che la specificazione del dovere di diligenza professionale (art.1176, 2° comma, c.c.) e di quello di buona fede nell'esecuzione del contratto (1375 c.c.).

Avendo l'attore dedotto l'inadempienza della banca, alla convenuta spettava, ex art.1218 c.c. e 23, 6° comma, d.lgs. 24.2.1998 n. 58, l'onere di provare di avere agito con la diligenza richiesta o che l'inadempimento è derivato da causa a lei non imputabile.

Ciò significa che spettava alla banca l'onere di provare di aver assolto i doveri informativi attivi e passivi, cioè di essersi informata sui singoli strumenti finanziari (bonds argentini) che andava a vendere al cliente e di aver poi informato costui sulle caratteristiche e sull'adeguatezza o meno di ciascuna delle singole operazioni.

Sostiene la banca che l'attore, oltre ad essere dotato di una profonda cultura giuridico-economica, era un investitore estremamente avveduto ed esperto con una spiccatissima propensione al rischio come si ricava dagli investimenti cui era aduso, essendo presenti nel suo portafoglio all'epoca degli acquisti per cui è causa una miriade di altri titoli ad alto rischio, ed in particolare di altre obbligazioni di paesi emergenti, azioni e quote di fondi speculativi, per un ammontare complessivo che oscillava fra il 65% e l'83% del portafoglio complessivo, che variava fra i due e i tre milioni di Euro.

L'argomento non coglie nel segno perché, come si è detto, la banca è stata inadempiente (avendo provato validamente il contrario) innanzitutto rispetto all'obbligo di fornire all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle specifiche operazioni, che è imposto dall'art. 28, 2° comma, del regolamento Consob 11522/1998, sia alla data della sottoscrizione sia durante l'ulteriore corso del rapporto, rispetto ad eventuali disinvestimenti, anche nel caso di adeguatezza soggettiva della singola operazione, per consentire all'investitore, in ossequio al principio di trasparenza, effettive scelte consapevoli.

Ma non giova alla convenuta neanche rispetto all'obbligo di cui all'art. 29 del regolamento Consob dovendosi ritenere che le operazioni poste in essere fossero inadeguate rispetto al profilo del cliente.

Si desume, infatti, dalla lettura dei dati delle più note agenzie

in materia, che ai titoli del debito argentino, già alla data del primo acquisto in contestazione (bonds 99/2004 per un controvalore di Euro 135.000), avvenuto il 18.6.1999, veniva attribuito dall'agenzia Moody's il rating B1(titoli altamente speculativi con garanzia limitata di assolvimento delle condizioni contrattuali), valutazione molto incisiva al ribasso, avendo la stessa agenzia attribuito nell'anno precedente agli stessi titoli il rating Ba3 (garanzia di interessi e capitale limitata, ma senza pericolo di insolvenza a breve), con ingresso, pertanto, del titolo nell'area dell'*highly speculative*. Tra l'altro anche le agenzie Standard & Poor's Fitch attribuivano già a quella data (anzi dal 1998) il rating BB (categoria speculativa; grande incertezza ed esposizione ad avverse condizioni economiche, finanziarie e settoriali).

Nell'anno 2000, in cui avveniva, in data 21 febbraio, l'acquisto dei bonds 99/09 per controvalore di \$100.000, tutte le agenzie confermavano il rating dell'anno precedente.

Nell'anno 2001, in cui avveniva, in data 23.1.2001, l'acquisto dei bonds 99/2004 per un controvalore di Euro 40.000, l'agenzia Moody's elevava rating Ca "in poor standing", che indica limitata possibilità di recupero del capitale; per le agenzie Standard & Poor's (rating D) e Fitch (rating DDD) si era ormai in default.

Se ne trae che sin dal 1998 era disponibile per qualsiasi consulente finanziario lo strumento per poter inserire i bonds nella categoria "speculative".

Giova inoltre evidenziare che la Consob in data 27.4.2004, in sede di audizione informale alla Camera dei deputati – commissione finanza – ha chiarito di aver dedicato particolare attenzione alla redazione del paragrafo "avvertenze per l'investitore" in sede di approvazione, ex art. 117 t.u.f., di prospetti concernenti l'ammissione alla quotazione deliberata dalla Borsa italiana s.p.a., a 15 prestiti obbligazionari della Repubblica argentina, specificando che le suddette obbligazioni, alle quali venivano attribuite dalle più accreditate agenzie di rating un rating di tipo speculativo, erano adatte unicamente ad investitori speculativi ed in condizione di valutare e sostenere rischi speciali.

Ora, nella fattispecie in esame l'entità delle somme investite, la qualità del "rischio paese emergente", il basso rating attribuito e le possibili forti oscillazioni, erano elementi che dovevano condurre una banca accorta, anche in presenza di un portafoglio del cliente composto da numerosi altri titoli speculativi, ad un giudizio di non adeguatezza delle operazioni.

Ciò a maggior ragione in considerazione del rifiuto del cliente, in sede di stipula del contratto – quadro, di rilasciare le informazioni di cui all'art. 28, 1° comma, lett. a, reg. Consob, circostanza che doveva renderla ancora più cauta nella sua attività.

Ne discende l'obbligo di informare e allertare il cliente, e poi di ottenere, ex art. 29, 3° comma, reg. Consob, un ordine scritto di effettuare l'operazione, ovvero un ordine telefonico registrato su nastro magnetico o supporto equivalente.

Non ha pregio la tesi sostenuta dalla convenuta secondo cui non avrebbe possibilità di dimostrare l'ordine telefonico perché è tenuta a conservare i nastri magnetici relativi alle registrazioni soltanto per un quinquennio, atteso che un conto è l'obbligo di conservar la documentazione al fine di ottemperare ad eventuali richieste di terzi, altro è l'onere di attrezzarsi per poter proficuamente fornire prove a sé favorevoli nel corso di un giudizio.

Non giova alla convenuta neanche la circostanza che l'attore incassò per un certo periodo i profitti derivanti dai titoli acquistati, atteso che tale condotta non può avere né l'effetto di convalidare tacitamente negozi che, come si è visto, non risultano affatto viziati, né può incidere, nel senso di escluderlo, sull'inadempimento contrattuale.

Lo stesso dicasi per l'esercizio del diritto di conversione che deve configurarsi come un'attività post contrattuale posta in essere dall'attore al fine di eliminare, entro certi limiti, i danni subiti, che in quanto tale non può incidere sulla valutazione dell'esatta esecuzione degli obblighi contrattuali posti a carico della controparte.

Le superiori considerazioni assorbono ogni altro profilo dedotto, che non è necessario, pertanto, esaminare.

In conclusione si deve dichiarare la risoluzione dei contratti, aventi ad oggetto obbligazioni argentine, stipulati tra le parti in data 18 giugno 1999, in data 21 febbraio 2000 e in data 23 gennaio 2001, per inadempimento contrattuale della convenuta.

Ne consegue la condanna della convenuta alla restituzione, a titolo di danno emergente, delle somme (Euro 282.126,86) addebitate all'attore per l'acquisto dei titoli, decurtate dell'ammontare delle cedole effettivamente incassate (indicate da entrambe le parti in Euro 46.056,80), e, quindi della somma complessiva di Euro 236.070,06. (*Omissis*).

(1) Profili degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario nel contesto delle logiche comunicative con il cliente investitore.

Un giudizio complessivo sul sistema bancario italiano ⁽¹⁾ non può non tener conto di come sia modificato lo scenario negli ultimi 10-15 anni. Le

⁽¹⁾ Risulta interessante sull'argomento A. MUCCI, *Banche promosse ma con riserva*, in *BancaFinanza*, luglio/agosto 2007, 106: «'Promosso' abbiamo scritto su *BancaFinanza* (maggio 2007) dando un voto di sintesi al sistema bancario italiano

piccole e medie imprese tentano con difficoltà di 'reggere' la concorrenza, pur in una situazione di forte dipendenza dal sistema creditizio, mentre le grandi imprese hanno ridotto e diversificato il fabbisogno finanziario al fine di adeguare gli investimenti ai cicli di generazione delle risorse finanziarie. In tale contesto le banche, aggregandosi tra di loro, tentano di rispondere con nuove iniziative alla concorrenza europea, che richiede sempre maggiore efficienza. Tale dinamismo commerciale dovuto anche alla liberalizzazione che non pone più limiti all'ingresso delle banche straniere in Italia (creando un'offerta di servizi sempre più ampia), contribuisce tuttavia a configurare il mercato del credito italiano come uno dei più competitivi a livello europeo⁽²⁾. La stessa organizzazione interna degli istituti di credito studiata per compartimenti stagni, basata sugli usi bancari e sulle consuetudini di borsa, oggi rappresenta solo un ricordo. Il processo di cambiamento che investe la struttura della rete distributiva tradizionale delle banche riguarda anche abitudini e modi di lavorare all'interno delle filiali. Sia i direttori sia i titolari delle filiali capogruppo infatti si trovano di fronte a nuove realtà e spesso devono affrontare una serie di problematiche che nascono da un contesto in movimento. Lo stesso lavoro allo sportello è cambiato: in passato avevamo un impiegato per la gestione dei libretti di risparmio e dei conti correnti, un altro addetto alla stipulazione dei mutui, un altro ancora alle attività relative ai fidi, e così via. Già da vari anni abbiamo la figura dell'operatore unico' in grado di effettuare da solo (con l'ausilio ovviamente degli strumenti informatici) molte più operazioni di quelle che un tempo venivano gestite da più impiegati. In pratica è stato 'ripensato' il modo di lavorare degli operatori di banca, al fine di evitare passaggi di carte e clienti da uno sportello all'altro, con inutile spreco di tempo ed energie. Per quanto riguarda il comportamento dei risparmiatori, si assiste, verso la fine degli anni '90,

e alla sua evoluzione negli ultimi 10-15 anni. Un 'promosso' che acquista ulteriore forza con le recenti aggregazioni bancarie. Il giudizio peraltro va inquadrato nel contesto europeo e internazionale in cui operiamo. I voti, quelli positivi come i negativi, sono 'freddi'. Occorre invece tener conto delle caratteristiche strutturali del sistema e delle sue prospettive...Anche i dati sui clienti delle banche vanno letti nella proiezione internazionale prima di formulare pagelle attendibili. Le famiglie italiane mantengono una propensione al risparmio nettamente superiore alla media europea e dunque mondiale (il dato complessivo, come è noto, è abbassato dagli Stati Uniti, in cui le famiglie hanno oggi tassi di risparmio negativi)... Tuttavia, si segnala che il rapporto con le imprese attende a sua volta di essere corretto, se non capovolto... ma con una osservazione di fondo, confermata dai dati: il sistema imprenditoriale italiano non è oberato da una mole eccessiva di debiti. È lo Stato, sono gli enti locali che vivono con i debiti. Al contrario le imprese utilizzano i debiti per crescere...Promosso quindi il sistema per come si è comportato; interrogativi, invece, sul domani nel rapporto con le famiglie e con le imprese».

⁽²⁾ V. S. CUTI, *I piccoli imprenditori di fronte ai grandi gruppi*, in *BancaFinanza*, luglio/agosto 2007, 83 ss.

ad un numero crescente di acquirenti (spesso inconsapevoli del rischio che andavano ad assumere e confusi dalla complessità degli strumenti) orientati verso il mercato finanziario (anche estero), perché attratti dagli alti rendimenti, a fronte dei bassi tassi di interesse dei titoli di Stato ⁽³⁾.

D'altra parte, come sostiene R. Puglisi ⁽⁴⁾, la teoria della finanza e il buon senso insegnano che anche un investitore avverso al rischio accetta un livello superiore dello stesso soltanto in cambio di un tasso di rendimento più elevato sui propri capitali ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ A. RECANATESI, *L'orso ha ferito le banche*, in *BancaFinanza*, ottobre 2002, 34 ss., ci offre un chiaro scenario del settore bancario di circa 15 anni fa: «...Mentre altri Paesi maturavano una cultura finanziaria e si dotavano di mercati con un conseguente spessore, in Italia vigeva un regime autarchico imposto dal dissesto dei conti pubblici e dalla conseguente necessità di assicurare il finanziamento di un debito sempre più persuasivo. Il sistema finanziario italiano era isolato dal resto del mondo e caratterizzato da tassi di interesse sui titoli pubblici estremamente elevati (necessari non solo per compensare una consistente inflazione, ma soprattutto per indurre che le risorse finanziarie spese in disavanzo rientrassero al Tesoro nella forma di sottoscrizione netta di ingenti quantità di titoli pubblici)». La clientela italiana era abituata a tenere i titoli fino alla scadenza, né verificava il valore del suo portafogli. «Con il risanamento dei conti pubblici iniziato nel 1992, l'esigenza di collocare grandi quantità nette di titoli di Stato è venuta meno, come è venuta meno l'offerta di tassi di interesse che spiazzassero ogni alternativa di impiego». Pertanto il risparmiatore che «non aveva mai dovuto impegnarsi nella ricerca di impieghi articolati e diversificati, dal momento che i titoli di Stato, a motivo delle distorsioni che abbiamo ricordato, offrivano un rendimento elevato e sicuro ha dovuto avventurarsi in mercati a lui sconosciuti. Viziato e sprovveduto il risparmiatore italiano ha dunque avuto bisogno di essere guidato, consigliato, assistito, e persino acculturato dal momento che non aveva dimestichezza non solo con l'investimento azionario, con i mercati esteri, con gli impieghi in diverse valute, ma neppure con la nozione di rischio, di propensione al rischio, di pianificazione finanziaria».

⁽⁴⁾ R. PUGLISI, *Mercati più efficienti con la stretta sui bilanci*, in *Il Sole-24 ore*, 3 novembre 2007, 31.

⁽⁵⁾ il punto 1.3 "rischio emittente" del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, allegato n. 3 al reg. consob 11522/98, contiene una descrizione delle caratteristiche generali dei singoli strumenti finanziari e dei rischi ad essi connessi e che consente all'investitore di acquisire utili informazioni sulle dinamiche che regolano il mercato dei valori mobiliari. In particolare viene indicato che «con riferimento ai titoli di debito, il rischio che le società o gli enti finanziari emittenti non siano in grado di pagare gli interessi o di rimborsare il capitale prestato si riflette nella misura degli interessi che tali obbligazioni garantiscono all'investitore». Quanto maggiore è la rischiosità percepita dall'emittente, tanto maggiore è il tasso di interessi che l'emittente dovrà corrispondere all'investitore. Per valutare la congruità del tasso di interessi pagato da un titolo si devono tenere presenti i tassi di interessi corrisposti dagli emittenti il cui rischio è considerato più basso, e in particolare il rendimento offerto dai titoli di Stato, con riferimento ad emissioni a pari scadenza. L'alto grado di rischio dei *bonds* argentini emerge quindi dall'elevatissimo tasso di interessi riconosciuto dall'emittente ben superiore al rendimento offerto dai titoli di Stato.

Premesso quanto sopra, la sentenza del tribunale umbro che qui si annota si inserisce nell'ormai vasto filone giurisprudenziale che vede le gravi conseguenze subite da molti risparmiatori italiani che hanno investito i propri risparmi in titoli obbligazionari argentini⁽⁶⁾, poi dichiarati in *default*. Il caso di specie costituisce solo uno dei tanti episodi che negli ultimi anni hanno visto coinvolte imprese e famiglie che hanno perduto l'intero capitale sottoscritto (v. *crack* Cirio e Parmalat, concessione di mutui immobiliari incompatibili con gli standards di un sistema finanziario sano e via di seguito). Nel corso del presente lavoro si tenterà di evidenziare come il più delle volte operazioni del genere avessero come soggetti gente semplice, pensionati, ex investitori in titoli di Stato italiani alla ricerca di un investimento ad alto rendimento per i propri piccoli risparmi, ma non disposti a rischiare, né abituati a speculare sugli andamenti dei titoli: tutta gente che, se fosse stata a conoscenza del pericolo reale di perdere l'intero capitale, non avrebbe senz'altro dato il consenso all'operazione. Fatto più grave, spesso gli investitori sono venuti a conoscenza dell'insolvenza dell'emittente, come nel caso delle obbligazioni argentine, solo dalle notizie apprese dai quotidiani o dai telegiornali, nonostante le banche avessero l'onere di tenere adeguatamente informati i clienti in ordine agli sviluppi degli investimenti eseguiti. Anzi, in numerosi casi gli istituti di credito continuavano a chiamare i clienti per proporre investimenti, rappresentando agli stessi condizioni molto vantaggiose⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Ricordiamo che l'Argentina, tra l'altro abitata da tanta gente venuta dall'Italia, versando in conclamato stato di insolvenza data la grave crisi economica che aveva colpito quel paese, dall'inizio del 2002 si era vista costretta a dichiarare l'emergenza pubblica in materia sociale, economica e finanziaria. Già nel dicembre 2001 il governo del Paese aveva annunciato la moratoria sul proprio debito e aveva sospeso il rimborso delle obbligazioni argentine immesse nel mercato, con attuazione a partire dai prestiti obbligazionari in scadenza nel successivo gennaio 2002.

⁽⁷⁾ Nella seduta della Camera dei Deputati del 24 luglio 2006, in *www.tidona-giuridica.it* (ASCIERTO, *Al Ministro dell'economia e delle finanze. – Per sapere –*) viene trattata la problematica, con riferimento al caso della Sig.ra Malachin Agnese che «non conoscendo bene le procedure degli investimenti bancari, si è affidata al dipendente della banca che ha provveduto invece ad investire in data 29 ottobre 2001 i fondi della risparmiatrice in titoli obbligazionari argentini, in strettissima vicinanza temporale con il *crack* economico del paese sudamericano; già da tempo le principali agenzie internazionali (*Moody's*, *Standard* e *Poor's*, *Fitch*) avevano declassato il *rating* delle obbligazioni della Repubblica Argentina, le quali dal 1997 al 2001, avevano via via accresciuto la loro vulnerabilità sotto il profilo del rischio di investimento, passando da «BB» (la migliore delle categorie speculative) alla categoria «D», ossia *default*; eppure nonostante i chiari sintomi di collasso ed i precisi avvertimenti operati dalle più importanti agenzie internazionali, la banca offriva e faceva acquistare titoli obbligazionari argentini sino al novembre 2001, quando l'inaffidabilità degli stessi ed i futuri sviluppi della politica economica di quello Stato estero erano acclarati e manifesti, quanto meno, per tutti gli operatori del settore;

La vicenda in esame risulta particolarmente interessante per la peculiarità del caso concreto, che vede coinvolto un «investitore estremamente avveduto ed esperto con una spiccatissima propensione al rischio». Infatti il profilo del risparmiatore, nel caso di specie, risulta essere quello di un

la legge finanziaria 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266) ha previsto all'art. 1, commi 343, 344 e 346, l'istituzione di un fondo "per indennizzare i risparmiatori che, investendo sul mercato finanziario sono rimasti vittime di frodi finanziarie e che hanno sofferto un danno ingiusto non altrimenti risarcito". In particolare, il citato comma 344 individua espressamente tra i soggetti ammessi a beneficiare del fondo "i risparmiatori che hanno sofferto il predetto danno in conseguenza del *default* dei titoli obbligazionari della Repubblica Argentina". Il fondo viene alimentato con le giacenze "dei conti correnti e dei rapporti bancari definiti come dormienti all'interno del sistema bancario nonché del comparto assicurativo e finanziario (comma 345)"; se non ritenga opportuno attivarsi affinché il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio adotti specifiche misure di ristoro in favore dei 450 mila italiani che hanno investito i risparmi nell'acquisto dei *bonds* argentini; quando il Dipartimento del Tesoro intenda adottare il regolamento previsto dall'art. 1 comma 345 della legge finanziaria per il 2006, al fine di identificare i depositi dormienti; se si siano verificati altri casi analoghi a quello descritto».

Si evidenzia che in data 5 giugno 2007 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il regolamento di attuazione dell'art. 1, comma 345, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in materia di depositi definiti 'dormienti'. Il provvedimento stabilisce che i depositi di somme di denaro (conti correnti, libretti, titoli, ecc.) di strumenti finanziari e contratti di assicurazione, per i quali non sia stata effettuata alcuna operazione o movimentazione, per un periodo di 10 anni, sono da definirsi 'dormienti'. Pertanto, in base al citato regolamento, se il titolare di questi depositi dormienti, che viene avvisato con lettera racc. ar., non si attiva, effettuando almeno un'operazione o movimentazione entro il termine di 180 giorni dalla data di ricezione della stessa, il rapporto verrà estinto e le somme e i valori relativi a ciascun rapporto verranno devoluti ad un apposito fondo, la cui gestione sarà affidata ad una Commissione nominata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. Si rileva altresì che con d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, G.U. 30.10.2007 è stato creato un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori, gestito dalla Consob, destinato a indennizzare secondo la copertura in esso disponibile i «danni patrimoniali causati dalla violazione, accertata con sentenza passata in giudicato, o con lodo arbitrale non più impugnabile, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58». Con lo stesso decreto, in attuazione dell'art. 27, commi 1 e 2 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, è stata istituita una Camera di conciliazione e arbitrato promossi per risolvere «controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori».

Si ricorda che già nella audizione informale della Consob alla Camera dei Deputati del 27 aprile 2004, in www.tidonagiuridica.it, sulla diffusione in Italia di obbligazioni pubbliche argentine veniva riportato quanto segue: «L'esame delle segnalazioni pervenute sui titoli Argentina ha evidenziato, nei confronti degli intermediari, specifiche doglianze, tra cui hanno assunto particolare frequenza: la mancata o errata informativa in ordine ai rischi connessi all'investimento in titoli Argentina; la mancata informativa sull'evoluzione della crisi Argentina; l'esecuzione di ope-

soggetto competente in materia finanziaria, che si rifiuta di fornire alla banca le informazioni ⁽⁸⁾ di cui all'art. 28 lett. a del reg. Consob n. 1152 del 1

razioni in titoli della specie, non adeguati rispetto al profilo di rischio/rendimento degli investitori; l'esistenza di possibili conflitti di interesse...Al riguardo, è infatti opportuno sottolineare che uno dei principi fondamentali nel comportamento degli intermediari nei confronti della clientela, è quello dell'acquisizione e della gestione di un adeguato corredo informativo sugli strumenti finanziari e sui clienti. Gli intermediari devono acquisire una adeguata conoscenza degli strumenti finanziari offerti e non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento. Gli intermediari devono inoltre acquisire dall'investitore – anche eventualmente desumendole dalle precedenti relazioni d'affari – informazioni relative alla sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, alla sua situazione finanziaria, alla sua propensione al rischio. Tali primari obblighi risultano logicamente preliminari rispetto a quello di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori, operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione (cd. *Suitability*). Quando pure essi ricevano da un investitore disposizioni relative ad un'operazione ritenuta non adeguata, le stesse possono essere eseguite solo dopo aver informato l'investitore di tale circostanza e aver acquisito dal cliente un ordine scritto in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute...L'ampia diffusione presso la clientela *retail* può trovare una spiegazione nella natura di tali titoli che, in quanto emessi da uno Stato sovrano, hanno ingenerato un particolare affidamento circa la solvibilità del debitore. Nel caso dei titoli argentini, un ulteriore elemento di richiamo era fornito dagli alti rendimenti riconosciuti, i quali tuttavia, erano direttamente correlati con la rischiosità dell'investimento, in relazione al basso merito di credito attribuito dalle agenzie di *rating* alla Repubblica argentina, merito di credito che rifletteva una situazione economica il cui deterioramento ha poi condotto alla situazione di crisi citata». In relazione al *rating* attribuito alla Repubblica argentina negli ultimi anni, risulta esplicativa la nota n. 2 della predetta audizione della Consob: «Per *Standard & Poor's* la 'categoria investimento' dei titoli a lungo termine va da "AAA" fino a "BBB", mentre la 'categoria speculativa' per gli stessi titoli risulta estesa da "BB" a "D", con ulteriori precisazioni ottenibili attraverso l'aggiunta del segno "+" o "-" ai valori sopra indicati. Per esemplificare ulteriormente, il valore "AAA" corrisponde ad una capacità estremamente elevata di pagare interessi e rimborsare il debito; il valore "BBB" (ultimo della categoria *investment-grade*) indica una capacità ancora sufficiente di pagare interessi e capitale, pur in presenza di possibilità di alterazioni nella capacità di onorare normalmente il debito, qualora intervengano condizioni economiche sfavorevoli; il valore "BB" (il migliore della categoria speculativa) indica, nell'immediato, una minore vulnerabilità al rischio di insolvenza rispetto ad altre emissioni speculative, pur in presenza di grande incertezza ed esposizione ad avverse condizioni economiche, finanziarie e settoriali; il valore "D" (ultimo della categoria speculativa) indica una situazione di insolvenza».

⁽⁸⁾ Il comportamento omissivo dell'attore (rifiuto di fornire informazioni risultante dalla scheda intervista) potrebbe eventualmente assumere rilievo ai fini del disposto di cui all'art. 1227 c.c., anche se per l'applicazione di tale articolo, comma 1, è necessario che ne ricorrano le condizioni e in particolare che il fatto colposo del

luglio 1998 e che nel 2001, di fronte alla crisi dei mercati finanziari emersa in tutta la sua gravità, attivandosi in modo autonomo, riesce a «smobilizzare con perdite tollerabili una parte del portafoglio a rischio, ma non i titoli emessi dalla Repubblica Argentina che aveva dichiarato di cessare i pagamenti nel mese di dicembre dello stesso anno».

Si ricorda che in altri processi simili è stata piuttosto l'inesperienza dell'investitore a giocare un ruolo fondamentale. La novità pertanto di questa sentenza consiste, a mio modo di vedere, nel fatto che il giudice ha riconosciuto che, pur essendo l'attore persona finanziariamente preparata, la mancanza di adeguate informazioni da parte dell'istituto di credito ⁽⁹⁾

danneggiato abbia svolto una efficacia causale concorrente nella determinazione del danno (v. Cass., sez. III, 15 marzo 2006, n. 5677, in *Foro it.*, 2006, 11 e Cass. Civ., sez. III, 18 dicembre 2006, n. 27046, in *www.leggiditalia.it*). Al contrario, tale rifiuto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del professionista, in quanto la relativa acquisizione non può assumere il significato di un esonero o di una limitazione di responsabilità dell'intermediario (Trib. Roma 31 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 1, 2538). Così pure l'acquisizione di tali notizie non è decisiva per stabilire se l'intermediario debba procedere o debba astenersi dall'operazione per inadeguatezza della stessa (Trib. Genova, 15 marzo 2005, n. 1230, in *Foro it.*, 2005, 2539).

Ed invero, anche la più recente giurisprudenza ha correttamente osservato che «l'obbligo di valutazione e di eventuale disincentivazione dell'investimento non viene meno, né è attenuato nell'ipotesi di rifiuto del cliente di fornire informazioni circa la propensione al rischio e la situazione finanziaria, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza, come previsto dall'art. 28, reg. Consob, n. 11522/98. Certamente tale obbligo neppure è attenuato dalla mera apposizione di una crocetta relativa alle conoscenze personali in ambito finanziario e con l'espressione così sintetica degli obiettivi di finanziamento, espressione del tutto disancorata dalla valutazione dell'operazione in concreto effettuata» (Trib. Milano, sez. IV civ., 15 marzo 2006, in *www.ilcaso.it*).

La stessa Consob ha precisato con comunicazione n. DI/30396 del 21 aprile 2000 che «in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio: nel caso la valutazione andrà condotta in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso (es. età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce della pregressa ed abituale operatività, situazione di mercato ecc.). La Consob con la predetta comunicazione ha espressamente stabilito che l'intermediario non può 'sollecitare in alcun modo il rifiuto dell'investitore di fornire le informazioni richieste'».

⁽⁹⁾ V. Corte d'appello di Milano, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 3070, in *www.ilcaso.it*: «...L'esigenza di conoscere le caratteristiche dell'investimento offerto sono proprie di qualsiasi investitore, anche di quello più disposto ad affrontare rischi». Il diritto all'informazione (nei suoi due versanti: diritto ad informare e diritto ad essere informati) è un diritto umano, proprio dell'individuo, che non presuppone neppure l'appartenenza ad una determinata comunità politica, allo Stato, e che ha il suo referente costituzionale nell'art. 21 Cost. che lo protegge indirettamente. Il

era comunque censurabile quale violazione di precetti comportamentali e, dunque, il risarcimento doveva essere corrisposto. D'altra parte viene spontanea la riflessione sulla consapevolezza che, come per tutti e in ogni cosa, è materialmente impossibile che ognuno di noi sia esperto in tutto, non a caso nella quotidianità ci rivolgiamo a specialisti in materie che non rientrano nelle nostre umane capacità per avere consigli per aiutarci a non commettere errori. Come ricorda Aristotele ⁽¹⁰⁾: «In primo luogo noi riteniamo che il sapiente conosca tutte le cose nei limiti del possibile, senza che però egli abbia conoscenza di tali cose nella loro particolarità...». Infatti nel caso di cui si tratta non bisogna assolutamente dare per scontato che

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 un contesto più ampio, come giustamente sottolinea R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di A. PALAZZO e A. SASSI, Perugia, 2007, 168, l'informazione è vista come il principale bene del mercato interno, un bene che ha sostituito nelle priorità del legislatore i beni tangibili (distinti tra beni mobili e immobili) sui quali è quasi esclusivamente costruita la tradizionale disciplina privatistica.

Sempre R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, in *Diritto privato e mercato*, cit., 146 ss. segnala come, tra gli obblighi imposti dal diritto comunitario, quello che permea tutta la normativa sui contratti è l'obbligo di informazione, che tra l'altro è imposto anche indipendentemente dalla circostanza che le parti siano legate dal vincolo negoziale. Il diritto privato e comunitario può essere definito come un diritto privato della 'società dell'informazione'. A tale proposito si osserva che la legislazione comunitaria tende ad «assicurare la regolare instaurazione» e il «regolare funzionamento del mercato interno» (art. 100 A del Trattato) e «un livello elevato di protezione dei consumatori al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata» (art. 129 A del Trattato), creando «condizioni tali da consentire ai consumatori di assolvere nel miglior modo possibile la loro funzione di arbitri del mercato, affinché l'economia di mercato possa funzionare in modo efficiente» (Parere del Comitato economico sociale, *Il consumatore e il mercato interno*, in *GUCE*, 25 gennaio 1993, n. C19/22). V. C. AMATUCCI, *Trasparenza e mercati finanziari*, Napoli, 2003, 66 ss.; v. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. Dir. civ.*, 1990, 326 ss., che già quasi 20 anni fa sosteneva che nella società moderna «conoscere è potere,... l'informare e l'essere informati rappresentano una necessità strutturale». V. S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1961, 46. Ricco di spunti sull'argomento risulta R. L. DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2001, trad. ital. di A. Paparelli, 13, il quale sostiene che il capitale intellettuale (ciò che i dipendenti conoscono) conta oggi più di ogni altro bene, pertanto «le aziende cercano di gestire la conoscenza come gestiscono i flussi di cassa, le risorse umane o le materie prime». V. altresì G. ALPA, *Storia, fonti, interpretazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, I, Milano, 2000, 452: «oggi la persona, nella società dell'informazione, è data dalle informazioni che la dipingono, dai dati che le si riferiscono».

⁽¹⁰⁾ ARISTOTELE, *Metafisica*, a cura di A. Russo, Laterza, Bari, 1971, I, 2, 982a 5-982b 27.

il nostro investitore, poiché 'professionista dotato di una profonda cultura giuridico-economica' dovesse essere necessariamente informato a sufficienza sull'andamento dei titoli argentini, oggetto dell'operazione bancaria successivamente dallo stesso intrapresa.

Pertanto la sentenza in rassegna, pur muovendo da uno schema per niente originale, offre lo spunto per affrontare in modo più ampio il delicato problema interpretativo del rapporto banca-cliente, sotto il profilo della responsabilità civile dell'intermediario finanziario con il conseguente risarcimento a favore del cliente danneggiato. In particolare, a prescindere dagli aspetti più marcatamente giuridici, in tale contesto si tenterà altresì di 'leggere' le varie difficoltà (per il cliente e per la banca) di muoversi all'interno di un sistema disorganico, le cui carenze sono aggravate sia dalla continua evoluzione del mercato finanziario, sia dall'esigenza di sottostare a una legislazione comunitaria ⁽¹¹⁾ che lasciano aperti spazi a continui interventi.

⁽¹¹⁾ In sintesi, il quadro della normativa europea in materia di mercati finanziari e servizi di investimento: la direttiva 93/22/CEE (approvata il 10 maggio 1993) contenente le linee guida sui servizi di investimento stabilisce parimenti l'opportunità di tener conto delle esigenze di tutela delle diverse categorie di investitori e del loro livello di esperienza professionale. La predetta direttiva è stata sostituita dalla direttiva 2004/39/CEE, oggi meglio conosciuta come direttiva *Mifid* (*Markets in financial instruments directive*), approvata dal Parlamento europeo il 21 aprile 2004 ed entrata in vigore a partire dal 1° novembre 2007, che ha come obiettivo quello di disegnare un quadro normativo che prevede maggiori garanzie a tutela degli investitori e parallelamente l'attribuzione di maggiori responsabilità agli intermediari nei confronti dei clienti. Il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 (G.U. 08.10.2007) di attuazione della direttiva 2004/39/CE, individuando i requisiti organizzativi delle attività delle imprese di investimento, è andato a modificare alcuni punti del t.u.f., insistendo sul dovere di tali imprese di adottare misure per identificare e risolvere possibili conflitti di interesse con il cliente o tra clienti, così pure sul dovere di svolgere «una gestione indipendente, sana e prudente» e adottare «misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati».

La direttiva 2006/73/CE contiene indicazioni in merito alle modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE, con particolare riferimento ai requisiti di organizzazione e alle condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento. La Commissione Europea ha altresì adottato il 10 agosto 2006 il regolamento (CE) n. 1287/2006 (immediatamente vincolante per il legislatore nazionale, in quanto non necessita di recepimento), recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE, con particolare riferimento agli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione. Con il provvedimento 29 ottobre 2007, G.U. 02.11.2007 la Banca d'Italia e la Consob hanno completato il recepimento della direttiva comunitaria n. 2004/39/CE (direttiva *Mifid*), stabilendo le disposizioni organizzative e di procedura alle quali gli intermediari dovranno attenersi nello svolgimento della loro attività di investimento e di gestione collettiva del risparmio. Con l'entrata in vigore della *Mifid* dal 1° novembre 2007, in aggiunta ai mercati regolamentati, la negoziazione degli strumenti finanziari potrà avvenire

In via preliminare si rileva che l'art. 21, comma 1 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – t.u.f.) così come modificato dall'art. 4, comma 2 del d.lgs.

nei sistemi di scambi multilaterali e attraverso intermediari che opereranno quali «internalizzatori sistematici di ordini», cioè «quelle banche che dal primo novembre, utilizzando le norme di liberalizzazione arrivate con la direttiva europea sui servizi di investimento, possono eseguire direttamente gli ordini della clientela senza passare per una Borsa o un sistema multilaterale di negoziazione».

Indubbiamente numerose sono le perplessità degli operatori di settore. Infatti, come nota R. SABBATINI, *La Mifid parte senza le banche*, in *Finanza & Mercati, Il Sole-24 Ore*, 3 novembre 2007, 36, «la gran parte degli intermediari continentali - tra questi tutti gli italiani - hanno fatto una scelta attendista di valutare l'evolvere della situazione prima di prendere una decisione. Almeno nella prima fase di avvio continueranno a servirsi delle Borse per eseguire al meglio gli ordini su azioni dei propri clienti. Quanto alle obbligazioni e agli altri strumenti diversi dalle azioni, la Consob ha stabilito un rinvio al 31 marzo 2008 della data entro la quale, nella prima fase di avvio, gli intermediari interessati dovranno far conoscere la propria intenzione di trasformarsi in internalizzatori dichiarando, tra l'altro, quali investitori dovranno accedere alle loro quotazioni». Tra le principali novità apportate dalla *Mifid*, si segnala il fatto che il servizio di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari dovrà essere prestato in via esclusiva dagli intermediari finanziari abilitati che saranno chiamati a formulare e comunicare agli investitori la loro classificazione fra tre distinte categorie: clienti al dettaglio, clienti professionali e controparti qualificate.

Sempre R. SABBATINI, *Tutelato il risparmio in Europa*, in *Finanza & Mercati, Il Sole-24 Ore*, 2 novembre 2007, 30, riporta il commento di Carlo Comporti, neo segretario generale del *Cesr* (*Committee of European Securities Regulators*) sull'entrata in vigore della *Mifid*, la direttiva europea sui servizi di investimento, che dal 1° novembre è legge in tutto il continente: «Con le nuove norme si realizza un aumento generalizzato della tutela. Gli investitori non saranno più discriminati da paese a paese, al punto che il principio del 'controllo del paese d'origine' (*home country control*) è stato generalmente esteso agli intermediari che finora erano largamente vigilati dall'autorità del paese del consumatore». Sempre Comporti sostiene che spetta in primo luogo alla Commissione europea verificare se i Paesi hanno recepito la direttiva in conformità alle regole che sono state approvate dal parlamento comunitario. In pratica gli intermediari che non saranno in linea con le indicazioni della nuova direttiva rischiano di non vedere più riconosciute le loro prestazioni a livello europeo. Viene ribadito l'obbligo di eseguire al meglio l'interesse del cliente: l'intermediario deve cioè garantire il raggiungimento del migliore risultato possibile dal punto di vista del prezzo, dei costi, della rapidità. Per quanto riguarda l'informativa fornita dagli intermediari, la valutazione di adeguatezza prevista ad oggi dall'art. 29 del reg. Consob n. 11522/98 si sdoppierà tra valutazione di adeguatezza e valutazione di appropriatezza a seconda dei servizi di investimento interessati. A proposito della cosiddetta adeguatezza, ossia la correlazione tra proposta finanziaria e caratteristiche del singolo investitore, L. INCORVATI e M. LO CONTE, *Gestioni a caro prezzo, addio*, in *Plus24, Il Sole-24 Ore*, 3 novembre 2007, 14, sostengono: «oltre alle informazioni sul soggetto (propensione, livello di istruzione, propensione al rischio), l'intermediario deve registrare tutti i dettagli sulla finalità

17.09.2007, n. 164 stabilisce i criteri generali per la prestazione dei servizi di investimento, obbligando gli intermediari a fissare il grado di rischio dei prodotti finanziari e delle gestioni di portafogli d'investimento: «Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozioni corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività». In pratica il funzionario deve richiamare l'attenzione del cliente sulla particolare natura dell'operazione ⁽¹²⁾.

dell'investimento, l'orizzonte temporale, reddito e provenienza. Informazioni che al momento solo pochi investitori sembrano disposti a fornire. ... I clienti disposti a dare tutte le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e reddituale con molta probabilità opereranno per una vera e propria consulenza personalizzata. Mentre coloro che si accontenteranno di un servizio meno articolato opereranno per altri strumenti come i fondi di fondi che in quanto prodotti e non servizi di investimento, seguono il regime dell'appropriatezza, ossia la correlazione tra proposta finanziaria e tipologia di investimento». Risulta interessante sull'opinione dei risparmiatori, L. INCORVATI, *Super riservati su reddito, patrimonio e investimenti*, in *Plus24 Il Sole-24 Ore*, 3 novembre 2007, 14: «*Mifid*, chi è questa sconosciuta?». Dall'ultimo sondaggio condotto dall'osservatorio Assoreti-Eurisko (volto a verificare il grado di conoscenza della *Mifid* tra i risparmiatori alla vigilia dell'entrata in vigore della direttiva), «solo il 3% del campione dichiara di sapere bene di che cosa si tratti. L'indagine è stata condotta su un campione di 1.200 capifamiglia residenti in Italia (di cui circa 200 clienti di promotori finanziari) d'età compresa tra 30 e 60 anni, possessori di un conto corrente o di una polizza assicurativa. ... Passando alla verifica sulla possibile diffusione dei servizi di consulenza personalizzata, la maggioranza del campione (il 61%, il 71% nel caso dei clienti di promotori finanziari) si è detta disponibile nei confronti del questionario sulla propria situazione reddituale e patrimoniale, ma non a dare quei dettagli indispensabili per poter accedere al servizio di consulenza personalizzata così come previsto dalla *Mifid*. Su quest'ultimo punto è disponibile solo il 35% del campione contro un 39% che non risponderebbe affatto alle domande. Dall'altra parte, fino ad oggi solo una minoranza degli investitori italiani ha comunicato ai propri referenti (banche promotori finanziari, BancoPosta) i dati per costruire un profilo di rischio completo. Solo il 24% (32% tra i clienti dei promotori) ha dichiarato di aver comunicato in dettaglio la propria situazione reddituale e patrimoniale. Nella maggioranza dei casi (81%, 95% tra i clienti dei promotori), quella di cui dispone il referente è invece una conoscenza parziale. Vale a dire, è informato sulle aspettative di guadagno e sulla composizione degli investimenti, raramente sull'entità del patrimonio. Un altro aspetto importante che emerge dal sondaggio riguarda le aspettative che hanno i risparmiatori sul miglioramento del servizio che si riceve dall'intermediario: il 42% degli intervistati ritiene che migliorerà, ma solo il 20% pensa che migliorerà di molto. Per il 41% la situazione resterà inalterata».

⁽¹²⁾ V. Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 754; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, 80. I rischi connessi alla specifica operazione che i

Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che la banca deve fornire una completa informazione circa i rischi connessi a quella specifica operazione che il cliente intende porre in essere (obbligo imposto dall'art. 28, comma 2 del reg. Consob n. 11522), informazione che trattandosi di soggetto tenuto ad agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato⁽¹³⁾

clienti intendono porre in essere (obbligo imposto anche dal primo comma dell'art. 11 della direttiva 93/22 CEE del 10.5.1993), costituiscono «un dato che la banca è tenuta a conoscere e, quindi, a comunicare al cliente al fine di consentirgli di effettuare una scelta consapevole, dovendosi in proposito ritenere che la valutazione del titolo da parte del mercato costituisca fattore rilevante in quanto idoneo ad influenzare il processo decisionale dell'investitore» (Trib. Firenze 21.3.2005, in *www.ilcaso.it*). Rileva altresì sull'argomento Corte d'appello di Milano, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 3070, cit.: «E' ben vero che in ogni investimento vi è una componente di rischio che è impossibile azzerare, ma l'investitore deve sopportare solo tale rischio, non anche quello derivante da un difetto di conoscenza circa il contenuto del titolo e, comunque, degli elementi che incidono sulla sua consistenza e sicurezza». Interessante sul tema G. ALPA, voce *rischio* (dir. vigente) punto 7. *L'economia del contratto nella dinamica del mercato*, in Enc.del dir., XL, Varese, 1989, 1157: «In uno dei saggi con cui si apre la letteratura gius-economica sul contratto, John Barton (*The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, in *Journal of Legal Studies*, 1972, 1, 277) muove dalla premessa che il contratto «è una scommessa sull'andamento futuro del mercato»: ogni parte conclude il contratto con la speranza di averne indovinato l'andamento con maggior accuratezza dell'altra, o, se le parti non hanno la medesima volontà di sopportare il rischio, concludono il contratto con l'idea che quel determinato prezzo stabilito dall'accordo è più desiderabile dell'incertezza derivante dal prezzo di mercato. Vi sono allora due linee che possono guidare la determinazione del danno per l'inadempimento di quel contratto: la *protezione delle aspettative* (l'attore deve essere posto nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto) e l'*incentivo all'esecuzione* (il contenuto dovrebbe onorare la promessa)... Dal punto di vista dell'analisi economica ciò che conta è come amministrare il rischio connesso con il danno risarcibile; ovviamente, più grande è il danno, più ampio è il rischio.

⁽¹³⁾ Interessante sul punto Trib. Taranto, 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 896, nonché in *Corr. merito*, 2005, 43, che in tema di obbligazioni Cirio ipotizza un parallelismo tra la posizione dell'intermediario finanziario e quella del professionista: infatti «la posizione della banca e dei suoi dipendenti appare del tutto simile a quella di un qualsivoglia altro professionista (medico, avvocato, notaio), che ricevuto un incarico per la soluzione di un determinato caso sottoposto al suo vaglio, non fornisca al richiedente quelle informazioni grazie alle quali lo stesso può operare una scelta consapevole e dar seguito o meno ad ulteriori sviluppi, anche negoziali, rispetto all'originaria prestazione di mera consulenza o diagnosi... Sicché come la responsabilità della casa di riposo, nel cui ambito è stata fornita una prestazione sanitaria, è responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di apprestare correttamente la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto, ...analogamente deve ritenersi che la banca non può che rispondere dell'operato dei suoi dipendenti nel caso *de quo*, in cui la stessa non ha dimostrato che gli stessi abbiano correttamente informato l'investitore dei notevoli rischi cui andava incontro con l'acquisto delle obbligazioni in questione...». V. Trib. Prato, 6

(cfr art. 21, lettera a d.lgs. 58/1998 e 26, lettera e reg. Consob e 1176, comma 2, c.c.), nell'ambito di un rapporto in cui gli è imposto di tutelare l'interesse dei clienti (v. artt. 5 e 21 lettera a del d.lgs. 58/1998, non senza dimenticare che la tutela del risparmio è addirittura imposta dall'art. 47 della Costituzione), necessariamente comprende l'indicazione, non generica della

Nel nostro sistema il parametro oggettivo di valutazione del comportamento del danneggiante è comunemente identificato nella diligenza del buon padre di famiglia, di cui parla l'art. 1176, comma 1 c.c. Il riferimento alla diligenza dell'uomo medio è peraltro da interpretarsi in senso relativo ed elastico, dovendosi opportunamente adeguare alle particolari e diverse situazioni concrete. Ciò significa che la generica diligenza del buon padre di famiglia opera in via soltanto residuale, ossia nei casi in cui non è possibile tenere conto del livello specifico di diligenza, pur sempre media, che è dato rinvenire nelle diverse e specifiche attività. V. sull'argomento AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2005, 901 ss. Come sottolinea S. RODOTÀ, voce *diligenza* (dir. civ.), in Enc. del dir., Varese, 1964, 540, «la diligenza consiste in quel criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo nell'art. 1176, comma 2, è chiarito che trattandosi di obbligazioni inerenti all'esercizio (e quindi all'organizzazione) di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi avendo riguardo alla natura dell'attività esercitata». Lo stesso Rodotà nota l'elasticità di tale concetto esaminato nelle singole disposizioni in cui il criterio è espresso; infatti l'uso del termine 'diligenza' non risulta mai disgiunto da una qualificazione ulteriore: si parla ad esempio di diligenza 'ordinaria' (art. 1227 c.c.), 'normale' (art. 1431 c.c.), 'dovuta' (art. 1091 c.c.), 'del buon padre di famiglia' (artt. 382, 1001, 1148, 1176, 1587, 1710, 1768, 1804, 2148, 2167 c.c.), 'del mandatario' (artt. 2392, 2407 c.c.), 'relativa alla natura dell'attività esercitata' (art. 1176 c.c.) e così via. Sempre S. RODOTÀ, voce *diligenza*, cit., 540 ss., sostiene che quando si fa preminente la necessità di tutelare un interesse altrui (nel nostro caso l'interesse del creditore) la diligenza richiesta a chi agisce non può mantenersi ad un livello medio: essa, pur senza essere eccezionale, deve esplicarsi in misura notevole, ovvero sia buona; e ciò perché è mutato il punto da cui prendere le mosse per apprezzare la situazione. Effettivamente oggi noi ci troviamo di fronte a una nozione di responsabilità civile assai differente nella sua complessità e nelle sue sfaccettature da quella consegnataci dalla tradizione. Inoltre la materia della responsabilità dell'intermediario finanziario è segnata da ragioni di tutela del consumatore di derivazione comunitaria. V. sull'argomento P. STANZIONE, *La responsabilità civile del professionista*, in *Danno e responsabilità*, 1/2007, 12; M. LO BUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Profili di tutela civile nei servizi di investimento*, Napoli, 1999, 148 ss. A tale proposito P. STANZIONE, *La responsabilità civile*, cit., 5, sostiene che l'indagine sulla responsabilità dei professionisti è caratterizzata dalle medesime incertezze e variabilità di nozioni esistenti nel campo delle attività professionali, per cui siamo passati 'dalla responsabilità' 'alle responsabilità'. Gli stessi doveri di informazione e trasparenza imposti all'intermediario finanziario sono codificati nel procedimento di formazione contrattuale con espresse conseguenze sul piano della nullità, inefficacia, ecc., a prescindere dal loro rilievo in punto di responsabilità.

Sul tema del dovere di diligenza si segnala Cass. Civ., sez. III, 10 febbraio 2003, n. 1939, in *Giur. it.*, 2003, 1631 ss., con nota di A. BERTOLOTI: «La responsabilità del debitore per la Cassazione si fonda senza alcun dubbio sul dovere di diligenza; ma accanto a questo dovere viene in rilievo un rischio che in quanto inerente alla

natura altamente rischiosa dell'investimento. Nel predetto t.u.f. compaiono ripetutamente espressioni quali 'protezione degli investitori', 'integrità dei mercati', 'per servire al meglio l'interesse del cliente', 'procedure trasparenti e non discrezionali'.

prestazione (sussidiaria) di diligenza deve ritenersi allocato in via strumentale all'esatto adempimento». A tale proposito R. FERCIA, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, Napoli, 2005, 9, sostiene che i doveri imposti dall'art. 1176 c.c., in quanto doveri di *praestare* rappresentano la 'struttura pratica' del criterio di responsabilità per colpa e implicano non solo il rispetto della regola della diligenza, ma altresì l'assunzione da parte del debitore di rischi 'funzionali', perché inerenti al dovere di diligenza e quindi strumentali con esso, ad un tempo, ad assicurare al creditore l'esatto adempimento. V. R. FERCIA, *Dovere di diligenza*, cit., 15 e C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 121. In tal senso anche Cass. Civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11382, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1421, secondo cui «la diligenza in senso 'tecnico-professionale' deve valutarsi con riguardo ai rischi connessi all'attività esercitata e dunque anche ai rischi connessi all'esecuzione del servizio richiesto». In sintesi, per un verso (v. Cass. Civ., sez. III, 10 febbraio 2003, n. 1939, cit.) l'attribuzione di rischio viene configurata come un problema 'diverso' dalla colpa, e tuttavia trattata come 'coelemento' del criterio di imputabilità della responsabilità contrattuale; per altro verso (v. Cass. Civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11382, cit.), configurata, piuttosto come 'conseguenza pratica' della 'struttura essenziale' della colpa. La diligenza costituisce un vero e proprio dovere di prestazione seppur sussidiaria a quella 'autonomamente azionabile' (R. FERCIA, *Dovere di diligenza*, cit., 104). Per C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in Tratt. Rescigno, IX.¹², Torino, 1999 (rist. 2002), 42. Si tratta di un dovere di *praestare*, cioè di assicurare la controparte in ordine a qualcosa, in modo che non comprometta il di lei soddisfacimento; in altre parole si tratta di doveri di tenere la controparte al sicuro, assumendosi il relativo rischio, circa la presenza o l'assenza di comportamenti, circostanze, esiti, rilevanti in ordine alla realizzazione di un'altra prestazione. V. sul tema L. MENGONI, voce *responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in Enc. del dir., XXXIX, Varese, 1988 (=Jus, 1986), 1092. In definitiva, l'imputabilità sarà sempre quanto meno agganciata alla colpa; e i rischi funzionali di cui qui si discute da un lato costituiscono corollari oggettivi pratici del dovere di condotta diligente, quale dovere sussidiario di *praestare*, tali quindi da assicurare al creditore l'esattezza dell'adempimento; dall'altro contribuiscono, insieme a questo dovere che ne rappresenta il contenuto essenziale ed indefettibile, alla genesi del criterio di responsabilità perché la loro individuazione consente di "perimetrare" l'ambito della rispondenza del debitore (C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit. 42; 56 ss.). R. FERCIA, *Dovere di diligenza*, cit., 214, sostiene altresì che i limiti della responsabilità non dipendono di per sé dall'oggetto dell'obbligazione, ma dalla diversa 'enucleazione' di attribuzioni di rischio che rappresentino corollari oggettivi del dovere di diligenza ('ordinaria': *diligentia*; o 'tecnico-professionale': *peritia*), la cui configurazione a sua volta dipende dalla determinazione dell'ampiezza dello 'spettro' della prestazione autonomamente azionabile, al cui sussidio tale dovere sia posto.

Ricordiamo R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 480 ss., che sul problema della responsabilità in diritto romano ha recentemente riproposto l'idea della centralità nella esperienza giuridica romana classica, dell'obbligazione quale 'perno' del problema della respon-

I termini diligenza, correttezza, e trasparenza ⁽¹⁴⁾ costituiscono altresì una costante nel predetto recente decreto legislativo (n. 164 del 17.09.2007), quando ormai un ingente numero di risparmiatori si è già visto azzerare il

sabilità contrattuale. Ad esempio per Labeone, D. 19, 1, 54, il *periculum* non funziona come un vero e proprio criterio di responsabilità, ma configura l'imputazione dell'ina-dempimento come conseguenza pratica dei doveri di prestare in un'ottica che non è (ancora) in grado di ricondurre tale imputazione all'interno del criterio della *culpa*. D'altra parte, come rileva M. SARGENTI, voce *rischio contrattuale* (diritto romano) in Enc. del dir., XL, Varese, 1989, 1126, i giuristi romani non ci hanno lasciato una teoria unitaria e organica di quello che noi chiamiamo 'rischio contrattuale' e che essi indicavano per lo più con il termine *periculum*, ma anche con *damnum*. Coerentemente al loro modo di affrontare i problemi, sul piano di una concreta casistica, non partendo dall'enunciazione di astratti principi generali, ma tenendo conto dell'assetto di interessi tipici di ciascuna situazione, essi offrono nei loro scritti una gamma di soluzioni, differenziate secondo il tipo di negozio (commutativo, associativo, gestorio, ecc.) e secondo la specifica situazione di ogni caso concreto, soluzioni che sarebbe vano e fuorviante voler ricondurre ad un'astratta unità. Sempre M. SARGENTI, voce *rischio contrattuale* cit., 1126, rileva che la difficoltà più grave nasce dalla natura del materiale testuale attraverso cui ci è possibile ricostruire il pensiero giuridico romano e dalle diverse prospettive che esso presenta, non solo su singoli punti (per es. ripartizione rischio tra compratore e venditore nella compravendita), ma sul modo stesso di intendere il problema del rischio e il suo rapporto con l'affine, ma diverso, problema della responsabilità contrattuale.

I. BIROCCHI, voce *rischio contrattuale* (diritto intermedio) in Enc. del dir., XL, Varese, 1989, 1134, afferma che nel periodo altomedievale rischio e responsabilità contrattuale erano non solo strettamente intrecciati, nel senso che l'uno iniziava laddove terminava l'altra, ma spesso anche confusi tra loro ed era facile che la questione del *periculum* si risolvesse in un problema di responsabilità (o di liberazione di responsabilità). «Con ciò si vuol dire che nelle fonti dell'Alto Medioevo è possibile solo trovare degli spunti sui profili che il rischio assumeva nei singoli rapporti contrattuali, secondo la specifica struttura del negozio». Sempre R. FERCIA, *Dovere di diligenza*, cit., 57, riporta che per i Glossatori il problema del rischio viene in rilievo solo ove sia stata esclusa l'imputabilità.

⁽¹⁴⁾ Come rilevato dalla più attenta giurisprudenza, l'ampiezza e soprattutto la genericità delle formule utilizzate nel modulo di proposta contratto, riportate in calce allo stesso e con caratteri minuscoli e di difficile lettura, non valgono a conferire alle stesse il valore di esternazione di una consapevolezza della natura dell'operazione e del rischio correlato.

V. in tal senso Trib. Palermo, 16 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2539; Trib. Roma 8 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 2177; Trib. Marsala, 12 luglio 2006, in *www.ilcaso.it*. «Peraltro il contratto scritto con minuscoli e addirittura microscopici caratteri, costituenti moduli prestampati dalla banca, di per sé violano il disposto di cui all'art. 1469 *quater* c.c., il quale stabilisce che nel caso di contratti di cui tutte le clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. Già di per sé un tale contratto ha tutte le sembianze di un contratto vessatorio ai sensi dell'art. 1469 *ter*, ultimo comma, c.c. in base al quale nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti

valore dei propri investimenti, probabilmente proprio perché non è stata veicolata loro chiarezza e informazione da parte degli intermediari finanziari.

È fuor di dubbio che il rafforzamento dell'obbligo informativo sia giustificato dalla forte asimmetria informativa, frutto anche del fatto che gli

contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa da parte del cliente» (Trib. Caltanissetta 10 dicembre 2001, in *www.ilcaso.it*). Rileva in tema di clausole vessatorie l'attuale formulazione dell'art. 33 del codice del consumo (d.lgs. 6 ottobre 2005, n. 206): «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

Le espressioni che generalmente sono presenti nelle norme generali di contratto scritte con piccoli caratteri, senza alcuna evidenziazione, del tipo «il cliente si dichiara informato dei rischi e delle utilità connesse alle operazioni» non hanno assolutamente alcun valore; «siamo in presenza di clausole di mero stile tale da non esonerare l'istituto dall'onere di fornire la prova positiva del tipo di informazione concretamente dato...» (Trib. Firenze 21 marzo 2005, cit.).

«La banca era, inoltre, comunque tenuta a comportarsi con trasparenza, condotta che si specifica innanzitutto, come qualità del documento contrattuale, che deve essere idoneo a porre l'utente in condizione di trarre dalla semplice consultazione gli elementi necessari ad esprimere un consenso consapevole e, quindi, assumere una scelta negoziale responsabile. L'imposizione di tale obbligo a carico dell'intermediario significa, in primo luogo, che i moduli presentati al cliente per la sottoscrizione devono essere redatti con chiarezza, al fine di consentire agli stessi una precisa e immediata rilevazione della portata e dei rischi dell'operazione» (Tribunale di Brindisi, 701 del 21 luglio 2006, in *www.ilcaso.it*). La regola della trasparenza dispiega i suoi effetti, quindi, non solo sul piano contenutistico, ma anche sulle modalità di comunicazione, che devono garantire chiarezza e comprensibilità ed essere adeguate alle tecniche di contatto utilizzate con la clientela. Ed ancora, «le clausole contrattuali dovrebbero sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile, l'equivocità e la non trasparenza della clausola è essa stessa fonte di squilibrio tra le parti e di iniquità sostanziale, nella misura in cui contribuisce ad aggravare l'asimmetria informativa già presente nei contratti di adesione»; «...dalla consegna del contratto spesso scritto con caratteri minuscoli, generico e non chiaro non può presumersi che sia pienamente consapevole l'investitore, cui l'intermediario ha consegnato detti documenti e questi non deve ritenere che il mero rispetto dell'obbligo in questione renda il cliente capace di tutelare da sé il proprio interesse e di assumersi i rischi dell'investimento compiuto»; «...L'intermediario deve, comunque, assicurare all'investitore la propria assistenza e la propria guida nella scelta delle operazioni da compiere, anche al di là delle asettiche e standardizzate informazioni contenute nel modulo prestampato» (Trib. Firenze, 30 maggio 2004, in *Foro it.*, 2005, 135). «Né è consentito trincerarsi, senza alcuna dimostrazione, dietro l'allegazione dell'imprevedibilità del crack finanziario dell'emittente e dell'ignoranza delle caratteristiche del titolo, essendo questa tenuta secondo quanto sopra rilevato all'osservanza della regola del *know your merchandise rule* e non avendo dimostrato come era suo preciso onere, la diligenza profusa nell'acquisizione di cognizioni circa le caratteristiche del prodotto finanziario e, non ultimo, nella sua rappresentazione all'investitore» (Trib. Palermo 16 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 159).

strumenti finanziari, data l'obiettivo complessità che li caratterizza, nella maggior parte dei casi sono difficilmente apprezzabili nella loro consistenza dall'investitore ⁽¹⁵⁾.

Ed invero, nello spirito della normativa comunitaria (art. 11 della Direttiva 93/22 CEE del 10.5.1993), l'art. 21 del d.lgs. 58/1998 (anche e soprattutto dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 17.09.2007, n. 164) attribuisce all'impresa di investimento oneri di informazione che non si esauriscono nella fase precontrattuale, ma proseguono durante tutta la durata del rapporto che si instaura tra intermediario e cliente (la norma impone agli intermediari di "operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati"). Pertanto, alla luce di quanto esposto, si potrebbe ritenere che il dovere di continuare a fornire informazione adeguata nel corso del predetto rapporto, se pur aggiuntivo rispetto a quello dovuto nella fase precontrattuale, costituisce l'adempimento dell'obbligo di trasparenza che deve accompagnare tutte le operazioni negoziali. A tale proposito vi è chi sostiene⁽¹⁶⁾ che, mentre nel codice civile la teoria degli obblighi di informazione fa perno fondamentalmente sugli artt. 1337 e 1338 (riguardanti la fase delle trattative) e sull'art. 1375 c.c. (relativa all'esecuzione del contratto), nella disciplina indagata l'informazione acquisisce una distinta fisionomia ed un peso ben diverso, perché l'informazione è tramite per l'effettiva conoscenza e strumento di reale comprensione dell'operazione.

Il regolamento CE 809 del 29 aprile 2004 che disciplina modalità di esecuzione della direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce che nell'apposita sezione dovrà includersi un avviso agli investitori sul possibile rischio di perdita, totale o parziale, a seconda dei casi, del valore del loro investimento, e/o, nel caso in cui i rischi per gli investitori non si limitino unicamente al loro investimento, una indicazione di tale fatto e la descrizione delle circostanze che determinano il rischio aggiuntivo e i suoi probabili effetti finanziari ⁽¹⁷⁾.

L'art. 53 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico bancario - t.u.b.) attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare provvedimenti finalizzati al contenimento del rischio. Così l'art. 129 t.u.b. prevede che la Banca d'Italia possa vietare o differire l'emissione se rischia di compromettere la stabilità del mercato dei valori mobiliari. Si rileva che ai sensi dell'art. 96, comma 3 del citato regolamento Consob n. 1152 del 1° luglio 1998, l'intermediario finanziario deve verificare che il cliente «...abbia compreso le caratteristiche essenziali dell'operazione proposta, non solo con riguardo ai relativi costi e

⁽¹⁵⁾ V. in tal senso F. GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il "subbuglio" giurisprudenziale*, in *Danno e responsabilità*, 5/2007, 571; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 40 ss.

⁽¹⁶⁾ G. GRISI, voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. Giur. Treccani* (vol. Aggiornamento), 2006,5.

⁽¹⁷⁾ F. PAU, *Investimenti bancari trasparenti*, in *ItaliaOggi*7, 5 giugno 2006, 24.

rischi patrimoniali, ma anche con riferimento alla sua adeguatezza in rapporto alla situazione dell'investitore». In pratica in base al predetto articolo l'intermediario finanziario ha non solo il dovere di informare il cliente, ma l'ulteriore obbligo di assicurarsi che lo stesso abbia capito bene i reali rischi dell'operazione prospettata, i costi che deve sostenere e i risultati che potrà sperare di ottenere, prima di firmare qualsiasi documento.

Non a caso infatti la buona intenzione unilaterale (di informare), se non condivisa funziona poco, in quanto salta la 'persona'. Dal canto suo il cliente-investitore ha un ruolo molto attivo, significando che non deve partecipare in modo acritico alle trattative, adeguandosi supinamente alle proposte dell'intermediario. Il cliente, infatti, prima di effettuare un investimento in strumenti finanziari, deve informarsi presso il proprio intermediario sulla natura e i rischi delle operazioni che si accinge a compiere e ha il dovere di concludere un'operazione solo dopo aver ben compreso la sua natura e il grado di esposizione al rischio che essa comporta ⁽¹⁸⁾.

Si osserva altresì che il dovere dell'intermediario di informare l'investitore viene unito al dovere di informarsi dal medesimo, determinando un insieme di obblighi informativi che interagiscono tra di loro. Tale flusso di informazioni deve veicolare tra intermediario e investitore nel momento in cui viene instaurato il rapporto, in modo tale che il successivo svolgimento delle operazioni in titoli avvenga nella piena conoscenza e consapevolezza dell'investimento che si sta effettuando.

Anche nel caso in cui il cliente esprime il rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria e sui propri obiettivi di investimento, la banca è comunque sempre tenuta a valutare, ai sensi dell'art. 29 reg. Consob ⁽¹⁹⁾, l'inadeguatezza dell'operazione e ad astenersi dall'eseguire un ordinativo non adeguato al profilo di rischio individuale del cliente. Ne consegue che l'acquisizione della dichiarazione di cui all'art. 28 del reg. Consob non esaurisce l'obbligo di diligenza imposto all'intermediario per dare corso all'operazione, dovendo questi tenere conto di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

Il fatto che il B.C. nel caso di specie sia un investitore esperto di strumenti finanziari ⁽²⁰⁾ non esclude la grave violazione di legge posta in essere

⁽¹⁸⁾ V. sull'argomento Tribunale Parma, 1 febbraio - 3 marzo 2006, n. 282, in *www.ilcaso.it*.

⁽¹⁹⁾ L'art. 29, comma 1 del reg. Consob infatti dispone: «Gli intermediari finanziari si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in ordine ai servizi prestati».

⁽²⁰⁾ «L'obbligo sussistente in capo all'intermediario, di acquisire informazioni sulla propensione al rischio dei clienti, previsto dall'art. 21, lettera b prima parte, del d.lgvo 58/1998, non coincide con quello, previsto nei già citati artt. 21, lett. b, seconda parte dello stesso testo di legge e 28 reg. Consob, di comunicare ai clienti

dalla banca, perché la stessa ha comunque il dovere di informare adeguatamente il cliente, sia al momento della proposizione dell'investimento, sia successivamente, in conformità agli obblighi di dettagliata informazione, di trasparenza e buona fede contrattuale ⁽²¹⁾ imposti dal legislatore. Nella fattispecie in esame, a mio modo di vedere, l'inadempienza della banca si è concretizzata in maniera marcatamente visibile, in tempi successivi alla negoziazione dell'investimento, cioè nel momento in cui avrebbe dovuto tempestivamente informare il cliente circa l'andamento negativo dei titoli sotto il profilo dell'aumento del rischio di insolvenza dell'emittente, non solo per gli interessi periodici, ma anche per il capitale. A tale proposito, a prescindere dagli aspetti prettamente giuridici, non si può che giudicare positivamente l'atteggiamento del B.C. che, peraltro "informato da esperti", è comunque riuscito a disinvestire parte dei titoli. Anzi, qui si ravvisa il profilo di un cliente, oserei dire, avveduto e forse prevenuto nei riguardi della stessa banca (di cui tra l'altro aveva rivestito la carica di presidente), a tale punto da raccogliere informazioni da estranei per poi decidere autonomamente circa il disinvestimento.

stessi ogni utile notizia sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione di investimento, che deve essere adempiuto in ogni caso, purché pure il cliente che abbia una elevata propensione al rischio e, a maggior ragione, quello di cui s'ignori, anche se per sua libera scelta, il grado di propensione stessa, ha diritto ad una informazione completa e veridica sulla specifica operazione che si appresta a compiere» (Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006, n. 43, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 4, 911). V. in tal senso Trib. Treviso, 10 ottobre 2005, e Trib. Foggia, sez. II civ., 21 aprile 2006, in *www.ilcaso.it*, 2006. Ed ancora, Corte d'appello di Milano, 19 dicembre 2006, n. 3070, in *www.ilcaso.it*: «Il fatto che l'investitore possa considerarsi esperto di strumenti finanziari perché aduso ad operazioni caratterizzate dalla ricerca di alti rendimenti, non esime l'intermediario dall'adempimento degli obblighi informativi ancorché diversamente calibrati a seconda della tipologia del cliente, giacché l'esigenza di conoscere le caratteristiche dell'investimento offerto sono proprie di qualsiasi investitore, anche di quello più disposto ad affrontare rischi... I precetti di cui alle lettere a e b dell'art. 21 del t.u.f. rappresentano una specificazione del generale principio di cui all'art. 1337 c.c., rispondente all'esigenza di elevare il livello di correttezza da parte dell'operatore qualificato che, come tale, ha un accesso facilitato ai dati relativi alle caratteristiche dei titoli che è tenuto a conoscere prima di consigliare o offrire in vendita».

⁽²¹⁾ A proposito del dovere precontrattuale di buona fede rileva Corte d'appello di Milano, 2 febbraio 1990, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 734: «La banca intermediaria nel collocamento di obbligazioni, pur non essendo parte sostanziale del concludendo contratto, è destinataria del dovere precontrattuale di buona fede. Quando provveda a collocare valori mobiliari tra il pubblico, la banca intermediaria è gravata dal dovere precontrattuale di una buona fede, dal quale discendono obblighi di informazione nei confronti dei sottoscrittori dei titoli. Incorre in colpa professionale la banca intermediaria che esprima positivi giudizi circa i dati di bilancio della società emittente senza avere preventivamente richiesto quelle ulteriori informazioni che le avrebbero consentito di prevederne il dissesto».

Si osserva che la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione è unanime nel ritenere che «in tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà – imposto tra l'altro dall'art. 2 della Costituzione – tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e a prescindere altresì dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere* siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell'altra parte. In particolare l'obbligo della buona fede in sede di esecuzione del contratto deve pertanto ritenersi violato non solo nel caso in cui una parte abbia agito con il doloso proposito di recare pregiudizio all'altra, ma anche qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato comunque improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il contenuto della buona fede» (Cass. Sez. III 16 ottobre 2002, n. 14726, in *CED*, *rv* 557940). In ogni caso la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la buona fede è rilevante allorché risulti la sussistenza di elementi positivi idonei a generare nell'agente la convinzione della liceità della propria condotta e risulti, inoltre, che egli abbia fatto tutto il possibile per osservare le leggi, al punto che nessun rimprovero può essergli mosso (Cass, sez. I, 6 dicembre 1996, n. 10893, in *Foro it.*, 1996, 32). Risulta interessante in R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino, 2004, 100, il ruolo della buona fede come criterio che veicola attraverso le regole di onestà e correttezza evocate dal comportamento umano assunto da essa come modello (*bonus vir*). V. altresì C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, 197, per il quale «buona fede significa lealtà reciproca di condotta, comportamento leale nei rapporti sociali, causa giustificatrice dell'affidamento e nello stesso tempo esigenza imprescindibile di condotta appunto perché l'affidamento risulti effettivamente giustificato». La buona fede, secondo F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano 2001, 7-8, non è un principio costituzionale, è 'anche' un principio costituzionale. Essa è norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto;...la tutela dell'affidamento è intesa come principio della «civiltà europea». Appare evidente che il principio di tutela della buona fede non è una prerogativa della Costituzione di qualche Stato europeo, bensì un principio di integrazione dell'intera normativa della Comunità europea in tutte le sue possibili articolazioni. In Germania il § 307 del BGB intitolato 'controllo contenutistico' prevede: «Le clausole delle condizioni generali di contratto sono inefficaci se svantaggiano in modo inadeguato la controparte dell'utilizzatore in contrasto con i dettami di buona fede. Uno svantaggio inadeguato può derivare anche dal fatto che la clausola non è chiara e comprensibile». D'altra parte, è noto il significato che ha avuto in Germania il principio di buona fede, costruito sulla base del § 242 BGB: «il debitore deve effettuare la prestazione così come richiede la buona fede, tenuto conto degli usi del traffico giuridico». Trattasi di una norma semplice intitolata "prestazione secondo *treu und glauben*" (espressione dell'antico tedesco, che fa riferimento alla fiducia e alla fede). V. G. HOHLOCH, *Causa e contratto relativi all'attuale fase del diritto tedesco in Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, 363-3 e S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano 2004, cit., 72. La legge tedesca del 1976 (A.G.B.G.) sulle condizioni generali di contratto (che costituisce un modello preciso della direttiva comunitaria n. 13 del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive) contiene, altresì, il § 9, dedicato alla buona fede. Al riguardo, occorre porsi un primo interrogativo: come mai il legislatore tedesco nel 1976 ha ritenuto necessario ribadire in un articolo il principio di buona fede che era già codificato nel BGB? Allo stesso modo, nel caso del nostro ordinamento, era necessario riportare nell'art. 1469-bis il principio di buona fede, che già in numerose norme del c.c. è espresso in termini più chiari addirittura di quanto non risulti nel § 242 BGB? La risposta, secondo Patti, è la seguente: con rife-

rimento all'esperienza tedesca, il § 9 precisa il principio di buona fede, nel senso che da un principio molto generale ricava una regola adatta alla materia specifica e indica un parametro di valutazione che si ritrova nelle leggi di attuazione della direttiva. Il § 9 A.G.B.G. del 1976 stabilisce, infatti, nel primo comma: «le clausole delle condizioni generali di contratto sono inefficaci se svantaggiano sproporzionatamente la controparte dell'utilizzatore in contrasto con i dettami della buona fede», traduzione di S. PATTI e di MICHAEL R. WILL, in *Le condizioni generali di contratto*, Milano 1979. E' evidente, pertanto, che si tratti di buona fede in senso oggettivo. Secondo quanto afferma il secondo comma del predetto § 9, «uno svantaggio sproporzionato, si deve nel dubbio supporre se una clausola non è compatibile con principi fondamentali della regolamentazione legale che ha derogato o limita diritti e obblighi fondamentali che risultano dalla natura del contratto, in modo tale da mettere in pericolo il raggiungimento dello scopo del contratto». La norma contiene quindi dei parametri che non sono certo presenti nel § 242 BGB, ma il punto non è soltanto questo: in base alla migliore dottrina tedesca, il § 242 BGB consentiva soltanto un controllo caso per caso, con riferimento all'abuso che si era verificato nella fattispecie concreta, mentre il § 9 della legge sulle condizioni generali di contratto autorizza un controllo *ex ante*, astratto, sulla clausola ancora prima che si sia verificato in concreto l'abuso (S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee* cit., 72). Ecco quindi la necessità di ribadire il principio e di specificarlo, facendo riferimento allo «svantaggio sproporzionato» che corrisponde al criterio dello squilibrio, presente nelle leggi di attua costituzionali, a farli entrare nella vita quotidiana dei rapporti privatistici, nonché a garantire la giustizia del contratto nel caso concreto.

Nel *Code Civil* il principio di buona fede ha un significato del tutto diverso, nonostante un'analoga formulazione. L'art. 1134 *Code Civil* stabilisce che le convenzioni devono essere eseguite secondo buona fede. Questa norma, certamente fino agli anni sessanta, e in modo un po' più limitato negli anni successivi, è stata vista soltanto come una norma di zione della direttiva. Si ricorda, altresì, che in Germania il principio di buona fede è servito ad aprire le porte ai principi costituzionali, a farli entrare nella vita quotidiana dei rapporti privatistici, nonché a garantire la giustizia del contratto nel caso concreto.

Nel *Code Civil* il principio di buona fede ha un significato del tutto diverso, nonostante un'analoga formulazione. L'art. 1134 *Code Civil* stabilisce che le convenzioni devono essere eseguite secondo buona fede. Questa norma, certamente fino agli anni sessanta, e in modo un po' più limitato negli anni successivi, è stata vista soltanto come una norma di interpretazione e non come una norma che consentisse in una qualche misura il controllo di clausole abusive, tanto meno la creazione di istituti, così come è avvenuto in Germania.

Soltanto in casi eccezionali, il principio di buona fede è servito a trovare delle soluzioni equitative, ma pur tenendo conto di queste rare applicazioni, la clausola francese risulta ben diversa da quella del codice tedesco.

Si segnala, infatti, che mentre nell'esperienza tedesca il principio dell'abuso del diritto si basa sul § 242, e quindi sulla buona fede, nell'esperienza francese, lo stesso principio si basa invece esclusivamente sulla teoria del diritto soggettivo e sullo sviamento di funzione che eventualmente il titolare fa del diritto stesso. Quindi la teoria e il principio dell'abuso del diritto confermano una diversa visione della buona fede, un diverso rilievo del principio nei due ordinamenti. (S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee* cit., 74). Nel *common law* inglese non è riconosciuto alcun obbligo generale di buona fede, né nelle trattative, né nell'esecuzione del contratto. V. sull'argomento G. ALPA- M. BESSONE, *Il contratto nel common law inglese*, Padova 1997, 106 ss. Nel corso dei secoli, il *common law* inglese si è limitato a garantire

In ogni caso non va comunque sottovalutato il rilievo sul piano psicologico del rapporto fiduciario da tempo instauratosi fra l'attore e la banca alla quale egli aveva già affidato del denaro ⁽²²⁾, poi investito in diversificate

la *fairness* del procedimento negoziale per impedire che una parte potesse trarre vantaggio dall'errore in cui fosse incorsa l'altra o potesse con dolo o con violenza indurre l'altra a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso. Il diritto contrattuale inglese si è sempre basato sul principio che le parti devono saper curare i loro interessi e che compito della legge è solo quello di garantire la *fairness* del procedimento, ossia la 'correttezza delle regole del gioco', lasciando vincere il migliore dei partecipanti (S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., 63).

R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, cit., 152 ss. osserva che secondo il sedicesimo "considerando" della direttiva 93/13 «...il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi».

Come sostiene C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna Roma 1979, 474, può sostenersi che la buona fede e la correttezza non impongono un «comportamento a contenuto prestabilito», bensì una serie di atteggiamenti differenti tra loro, positivi od omissivi in considerazione della effettiva fattispecie e finalizzati alla reciproca tutela degli interessi; anche a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali. In virtù della buona fede le parti sono impegnate «a mettere tutte le proprie forze al servizio dell'interesse della controparte nella misura richiesta dal tipo di rapporto obbligatorio di cui si tratta». V. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, Milano, 1953, 99.

Si osserva tuttavia che la clausola della buona fede riveste contenuto indeterminato, pur essendo un efficace strumento che consente all'ordinamento giuridico di adeguarsi al mutamento della realtà senza ricorrere all'esercizio del potere legislativo. S. Rodotà nell'incontro di chiusura dei seminari su "Novità e tradizione nel diritto dei contratti" indetto dal Dipartimento per gli studi giuridici "A.Giuliani" tenutosi il 17 aprile 2007 presso la sede della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia, ha svolto una lezione sul ruolo avuto in passato e l'importanza futura delle clausole generali: «buona fede, correttezza, diligenza ecc. sono clausole che consentono di incorporare nella legge presente il tempo futuro. Il tempo passa e il diritto invecchia, i valori cambiano nel tempo e nello spazio...Ci soccorrono le clausole generali, i cui contenuti si riempiono oggi più che mai di valori spesso diversi». Risulta interessante sull'argomento delle clausole generali S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, 727 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 376 ss.; S. TUCCANI, *Profili del rapporto tra privati e pubblica amministrazione*, in *Rass. Giur. Umbra*, 1/2007, nota 31, 487 ss. A volte si riscontrano massime tendenti a rendere marginale la clausola di buona fede, come ad esempio Cass., 16 gennaio 1988, n. 303, in *Foro it.*, 1988, 309: «in tema di interpretazione dei contratti, sia il criterio della interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) sia quello dell'equo temperamento degli interessi (art. 1371 c.c.) costituiscono regole ermeneutiche sussidiarie, alle quali è consentito ricorrere solo quando non sia possibile individuare il senso delle clausole e la volontà effettiva delle parti alla stregua delle regole interpretative dettate dagli articoli precedenti».

⁽²²⁾ La sentenza in commento specifica che «il mandato con oggetto la prestazione di quei servizi di investimento disciplinati dall'art. 32 del reg. Consob può essere de-

situazioni con risultati soddisfacenti. D'altra parte, considerata la somma investita di ingente entità, le elementari regole di prudenza e diligenza imponevano comunque al cliente le misure minime di controllo.

A questo punto è necessaria una riflessione: sulla base delle risultanze istruttorie, nel caso in esame ogni problematica sul profilo dell'adeguatezza dell'operazione è, a mio modo di vedere, del tutto insussistente, in quanto il tipo di investimento era del tutto in linea con il *modus operandi* del B.C. che tra l'altro non ha fornito una prova contraria, come era suo preciso onere probatorio, ossia che, ove la banca avesse fornito una maggiore informativa, si sarebbe astenuto dall'operazione *de quo*. Il compito da parte della banca di curare i seguiti operativi del negoziato sarebbe risultato invece molto utile per il cliente in un momento in cui già le previsioni circa la solvibilità del debito estero da parte dell'Argentina non si rivelavano di certo ottimistiche. Ed invero da un punto di vista pratico nelle fasi di rialzo del ciclo dell'investimento il risparmiatore può anche fare da sé, ma in quelle di ribasso (cioè quando le cose hanno esito negativo) può aver bisogno dell'intermediario con la capacità professionale di limitare i danni.

finito la cornice di cui all'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, entro cui avrebbero dovuto poi svilupparsi le singole operazioni che l'attore aveva intenzione di compiere con l'ausilio necessario della banca intermediaria». In altri termini, ricorrono due piani negoziali tra loro collegati: il conferimento del mandato e l'attuazione del servizio di investimento, pertanto il contratto quadro stipulato a monte con la Banca è da assimilare allo schema tipico del contratto di mandato, rispetto al quale gli ordini all'intermediario di acquisto dei *bonds* per cui è causa sono assimilabili alle disposizioni date dal mandante a compiere di volta in volta atti giuridici di acquisto o vendita di titoli, nella esecuzione del rapporto di mandato; rapporto per il quale la diligenza richiesta è quella specifica di cui all'art. 1710 c.c. La sentenza in rassegna ci offre peraltro spunti di riflessione relativamente agli oneri di cooperazione del mandante nell'adempimento dell'obbligazione derivanti dal rapporto. A tale proposito l'art. 1719 c.c. postula che il mandante è «tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratte in proprio nome». Senz'altro il riferimento alla provvista economica è di primo piano, quantunque l'espressione 'mezzi necessari' vada intesa nel suo significato più ampio, comprendendo tutto quanto sia necessario e funzionale all'adempimento, in considerazione delle effettive condizioni nelle quali si trovano le parti. V. R. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, 67 e F. VENOSTA, *Il dovere di cooperazione del mandante*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2, 1985, 363. Quanto premesso non snatura la sostanza del rapporto che è, e rimane, di vera e propria mediazione (tantè che il guadagno dell'intermediario è dato essenzialmente dai diritti di commissione), anche se la normativa di settore, in considerazione della notevole alea dei mercati finanziari impone ai soggetti intermediari (nella loro qualità di operatori specializzati) una serie di obblighi che non possono essere visti come imposizioni e restrizioni al 'contraente forte', bensì come rimedi per evitare per quanto possibile che il cittadino possa avere sorprese sgradite a causa della volatilità dei mercati. (v. Trib. Torre Annunziata, sez. II C, 22 novembre 2006, n. 1320, in *www.tribunale.it* e in *www.ilcaso.it*).

A. Recanatesi ⁽²³⁾ sostiene che nessuno può chiedere alla banca garanzie sull'esito di investimenti in borsa; né più semplicemente previsioni sul futuro di indici e titoli. Può chiedere però la rappresentazione delle caratteristiche proprie dell'investimento, gli interessi che confrontandosi sul mercato determinano l'equilibrio dei prezzi, il valore delle analisi e dei *target-price*, il *mix* di investimenti che risponde alle esigenze dell'investitore o più semplicemente al suo carattere.

Ciò implica che la modulazione dell'attività informativa deve essere effettuata sempre e comunque, al fine di evitare la standardizzazione delle informazioni e favorire la flessibilità del flusso informativo in relazione alla tipologia del cliente ⁽²⁴⁾. D'altronde ogni istituto di credito dovrebbe tutelare la qualità dell'informazione, se ha a cuore l'efficienza con cui il mercato finanziario trasforma i risparmi in investimenti produttivi.

Le sentenze di condanna delle varie banche rappresentano importanti segnali per tutti i consumatori, perché non solo 'personalizzano' e rendono più vincolante il diritto ad essere adeguatamente informati, ma impongono alle banche di effettuare una valutazione dell'operazione nell'esclusivo interesse del risparmiatore, anche a prescindere dalle eventuali richieste di quest'ultimo. In altri termini le banche devono seguire criteri prudenziali di azione.

Si segnala che la giurisprudenza di merito in fattispecie del tutto similari alla vicenda per cui è causa, ha finora sostanzialmente riconosciuto le ragioni dei risparmiatori con soluzioni non omogenee, che oscillano dalla declaratoria di nullità ⁽²⁵⁾ dei contratti di acquisto dei *bonds*, alla responsabilità della banca per inadempimento, che conduce talvolta alla risoluzione del contratto di acquisto, pronunciata a norma dell'art. 1453 c.c., altre volte alla condanna della banca al risarcimento del danno cagionato al cliente, secondo la regola generale dell'art. 1218 c.c. ⁽²⁶⁾, come nel caso in esame ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ A. RECANATESI, *L'orso ha ferito le banche*, in *Banca Finanza*, cit., 36.

⁽²⁴⁾ F. GRECO, *Risparmio tradito e tutela*, cit., 571.

⁽²⁵⁾ Nel segno della nullità v. ad es. Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Società*, 2004, 1139; v. altresì Trib. Mantova, 12 novembre 2004, Trib. Firenze 30 maggio 2004, Trib. Milano 7 ottobre 2004, Trib. Venezia 22 novembre 2004, tutte in *Giur. ital.*, 2005, 754.

⁽²⁶⁾ Nell'ambito della responsabilità contrattuale e quindi del rimedio della risoluzione e della sanzione del risarcimento del danno v. ad esempio Trib. Taranto, 27 ottobre 2004, in *Giur. ital.*, 2005, 754; Trib. Roma 25 maggio 2005, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, sez. Desio, 27 luglio 2004, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2005, 135; Trib. Genova 15 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 2539; Trib. Viterbo 7 dicembre 2004, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2005, 6, 679.

⁽²⁷⁾ La sentenza in rassegna ritiene di aderire all'«orientamento, più convincente, che nega carattere imperativo a tali disposizioni, ritenendo che sono soltanto prescriptive e impositive di obblighi comportamentali che trovano fondamento in un vincolo negoziale già sorto, e quindi rappresentano una mera specificazione del generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, e configura conseguentemente la violazione degli intermediari quale inadempimento contrattuale».

Giova ricordare che la giurisprudenza anche datata ⁽²⁸⁾ riconosce l'operatività della nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. «indipendentemente da una espressa comminatoria di legge, dall'esistenza cioè di una norma proibitiva perfetta, la quale contenga non solo uno specifico divieto, ma altresì la sanzione civilistica dell'invalidità del negozio, dovendo riconoscersi alla norma citata l'enunciazione di un principio di indole generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non corrisponda una specifica sanzione di nullità del relativo negozio». Ragionando in questi termini, si può ritenere che un contratto concluso in violazione di una norma imperativa, che non preveda *expressis verbis* una specifica sanzione, possa ugualmente considerarsi nullo. Così pure se si parte dal dato che le informazioni dovute dall'intermediario finanziario si riferiscono al contenuto del contratto e che l'insieme della relativa disciplina abbia carattere imperativo e inderogabile, appare evidente come si giustifichi pienamente l'operatività dell'istituto della nullità ⁽²⁹⁾. Sanzione, quella della nullità, non espressamente prevista dalla legge, ma ricavabile dall'impianto normativo volto alla tutela di interessi pubblicistici, quali l'interesse degli investitori e l'integrità del mercato mobiliare. Invero, «la disciplina dell'intermediazione mobiliare è posta negli interessi generali della regolarità dei mercati e della stabilità del sistema finanziario, che trascendono quelli della clientela ⁽³⁰⁾». Del resto dette considerazioni trovano il supremo conforto nella Carta Costituzionale, la quale all'art. 47 impone «la tutela del risparmio in tutte le sue forme». Il contratto concluso in violazione di tali disposizioni è pertanto nullo e ciò anche se le disposizioni sopra indicate non prevedano espressamente detta conseguenza ⁽³¹⁾.

In tempi recenti la Suprema Corte ⁽³²⁾ ha riconosciuto la nullità del contratto solo quando la contrarietà a norme imperative riguardi elementi intrinseci dello stesso (cioè struttura o contenuto) e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, «a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come accade nel caso disciplinato dal combinato disposto degli artt. 1469 *ter*, comma 4, e 1469 *quinques*, comma 1, c.c., in tema di clausole vessatorie contenute nei c.d. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale. In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha escluso

⁽²⁸⁾ Cass., 17 giugno 1960, n. 1591, in *Giust. civ.*, 1961, I, 138.

⁽²⁹⁾ V. Trib. Termini Imerese, 7 marzo 2006, n. 136, in *www.ilcaso.it* e con nota di A. TESTA del 27 giugno 2007, 1, in *www.altalex.it*

⁽³⁰⁾ per tutte, Cass., Sez. 1, 15 marzo 2001, n. 3753, in *Foro it.*, 2002, 1, 858.

⁽³¹⁾ V. Trib. Termini Imerese, 7 marzo 2006, n. 136, cit.; v. Tribunale Cagliari, 2 gennaio 2006, n. 43, cit.

⁽³²⁾ Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2005, 549.

che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, concernente i contratti aventi ad oggetto la compravendita di valori mobiliari, comporti la nullità del negozio, in quanto essi riguardano elementi utili solo ai fini della valutazione della convenienza dell'operazione, sicché la loro violazione neppure dà luogo a mancanza del consenso» [v. ora il codice del consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 33–36].

Secondo tale assunto gli investitori vedrebbero legittimata la loro pretesa ad un risarcimento per mezzo dell'azione *ex art.* 1218 c.c. di risarcimento per inadempimento assoluto o relativo di obblighi scaturenti dal contratto o dalle disposizioni legislative o regolamentari che integrano il rapporto contrattuale. In tal senso (inadempimento contrattuale) risulta particolarmente interessante per la sua articolazione la sentenza del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto del 17 novembre 2005 ⁽³³⁾: «Non pare infatti che si possa parlare di vizio genetico, relativo alla conclusione del contratto, bensì di vizio funzionale che attiene alla esecuzione del contratto e che riguarda le prestazioni... L'art. 21 lett. b del t.u.f. individua con riferimento all'elemento informativo, due momenti concorrenti e funzionalmente collegati: l'uno preliminare di ascolto del cliente finalizzato alla raccolta delle informazioni necessarie; l'altro attivo di adeguata illustrazione della natura del servizio e dei rischi connessi. La legge non dice ovviamente quando l'informazione debba ritenersi adeguata. Il dovere di fornire informazione adeguata durante tutta la durata del rapporto (si badi che la norma impone agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati) induce a ritenere che le notizie da fornire devono ritenersi aggiuntive rispetto a quelle la cui elargizione costituisce l'adempimento dell'obbligo della trasparenza e devono accompagnare tutte le operazioni negoziali...». Sempre il predetto Tribunale perviene alla considerazione per cui, diversamente opinando, si arriverebbe alla conseguenza di ritenere che la banca, con la sola raccolta dei dati per delineare il profilo del consumatore, fosse del tutto esonerata da qualsiasi successivo dovere informativo. «Ma così ragionando, verrebbe di fatto svuotato del suo contenuto precettivo il disposto di cui all'art. 21 d.lgs. citato, laddove impone all'intermediario finanziario un dovere di informazione durante tutta la durata del rapporto».

Già la Cassazione, Sez. unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 ⁽³⁴⁾, ha chiarito che «anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento della obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione della inesattezza dell'adempimento (per violazione di

⁽³³⁾ in *La responsabilità civile*, 2006, 795 e in *Foro it.*, 1462, 195.

⁽³⁴⁾ in *Foro it.*, 2002, 57; v. altresì Cass., 7 febbraio 1996, n. 973, in *Foro it.*, 1996, 1, 1265: si sostiene in proposito che, accollando al creditore la prova dell'inadempimento, si imporrebbe di fatto allo stesso la prova di un fatto negativo difficilmente dimostrabile attraverso fatti positivi contrari, perché attinente alla sfera della controparte contrattuale.

doveri accessori come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento». In ogni caso, è importante ribadire che l'inadempimento si verifica con il mancato raggiungimento del risultato e questo forma l'unico oggetto di prova del cliente, mentre la dimostrazione della diligenza impiegata e della causa non imputabile grava sul professionista, alla stregua di un comune debitore ⁽³⁵⁾. Ricordiamo infatti che l'art. 23, ultimo comma del t.u.f, prevede che nei giudizi per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti nei servizi di investimento è onere dell'intermediario provare di aver agito con la specifica diligenza esigibile dall'operatore professionale qualificato. Questa è una garanzia molto forte per il cliente che promuove l'azione di risarcimento, in quanto sarà tenuto a provare esclusivamente il pregiudizio economico subito e il nesso di causalità tra lo stesso e la condotta illecita dell'intermediario che ha violato gli oneri di una corretta informazione ⁽³⁶⁾.

Si rileva che alcuni autori ⁽³⁷⁾ prendono in considerazione la possibilità di configurare la violazione degli obblighi di informazione come reticenza o silenzio. «Il primo è rappresentativo del contegno di chi non dice quello che potrebbe o dovrebbe dire. Il silenzio non necessariamente presuppone la conoscenza della circostanza non rivelata, mentre la reticenza implica sempre la cognizione di ciò che non si dice e quindi la coscienza e volontarietà dell'atto omissivo... Il contegno reticente dell'intermediario in presenza di una espressa previsione di legge che gli impone di comunicare una serie di informazioni - determinanti per l'adesione consapevole del consumatore - è idoneo ad integrare la fattispecie del dolo contrattuale; il silenzio su determinate circostanze è più che sufficiente a creare l'inganno, posto che la specificità dell'informazione - giova ribadirlo - è posta a garanzia dell'adesione consapevole del risparmiatore ⁽³⁸⁾».

⁽³⁵⁾ V. sull'argomento M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, 65 ss.

⁽³⁶⁾ V. Trib. Monza, 14 ottobre 2004, in *I contratti*, 2005, 2, 113, con nota di GUERINONI: «Sebbene il cattivo esito di un'operazione di investimento non sia di per sé indice di una responsabilità dell'intermediario finanziario, nel caso in cui il cliente agisca per chiedere il risarcimento dei danni subiti, allegando una specifica negligenza dell'intermediario, spetta a quest'ultimo dimostrare la insussistenza del profilo di negligenza contestato».

⁽³⁷⁾ V. F. GRECO, *Risparmio tradito e tutela*, cit., 574, 575; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 282. Sull'invalidità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione degli obblighi informativi v. altresì F. SCAGLIONE, *La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore*, in *Rass. giur. umbra*, 1/2007, 78 ss., che affronta, tra le altre, la problematica della reticenza dell'intermediario finanziario. V. Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 948.

⁽³⁸⁾ F. GRECO *Risparmio tradito e tutela*, cit., 574, 575.

Ritornando, nello specifico, alla sentenza in rassegna, a mio modo di vedere la banca non ha agito con intendimenti ingannatori, anche se ciò non esclude una sua concreta superficialità. Infatti si rimprovera alla stessa di non aver raggiunto un apprezzabile livello di conoscenza dei prodotti finanziari trattati e di non aver informato il risparmiatore della precipitosa caduta del valore dei titoli e dunque del patrimonio investito.

Il caso esaminato va a comporre (unitamente a tanti altri episodi, come purtroppo abbiamo avuto modo di vedere) un quadro del mercato finanziario dominato dall'incertezza e dalla confusione in cui emerge nell'immediatezza l'esigenza di cambiare le logiche comunicative ⁽³⁹⁾.

Non a caso oggi l'etica e la responsabilità sociale sono diventati temi caldi di grande attualità. È pur vero che nella prospettiva di tutela del mercato si inserisce la disciplina diretta a incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari (v. art. 2637 c.c.), tuttavia in tale contesto rileva altresì in modo consistente il rapporto fiduciario ⁽⁴⁰⁾ fra risparmiatori e intermediari

⁽³⁹⁾ E. DE BIASI, *Il destino del risparmio tra gnomi e giganti*, in *Il Sole - 24 ore* del 1° novembre 2007, 2 ss. sostiene: «Ora anche le massime autorità finanziarie nazionali hanno certificato che i rischi per la credibilità dell'intero sistema creditizio sono reali e potenzialmente gravi». Il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano in un messaggio inviato il 31 ottobre 2007 al numero uno dell'Acri Giuseppe Guzzetti in occasione della Giornata mondiale del risparmio, è stato esplicito: «Il grande sviluppo dei mercati finanziari rende indispensabile l'adeguamento della tutela dei risparmiatori, che è prescritta dall'art. 47 della Costituzione, attraverso un costante miglioramento del sistema di regole ed istituzioni». Il governatore della Banca d'Italia Mario Draghi ha concluso il suo intervento alla Giornata del Risparmio con una nota di apprezzamento per il sistema creditizio. Ma soprattutto ha sottolineato, in sintonia con il messaggio inviato dal Presidente della Repubblica, la necessità di valorizzare il profondo rapporto di fiducia che lega i risparmiatori alle aziende di credito: «Il rapporto con il cliente si è rivelato punto di forza. Occorre riconoscere il valore di questo rapporto e progredire ancora nella costruzione di una relazione trasparente e benefica per tutte le parti interessate». V. altresì sull'argomento R. BOCCIARELLI, *Famiglie in affanno sui mutui*, in *Il Sole - 24 Ore* del 1° novembre 2007, 3: «...alla Giornata del Risparmio il presidente dell'ABI, Corrado Faissola ha sottolineato come le banche sappiano che devono "fare meglio" e sono "determinate a farlo". «Non è pensabile - ha aggiunto Faissola - che un settore critico per il funzionamento dell'economia del Paese, dopo aver realizzato una trasformazione che lo ha reso un modello di riferimento in Europa, non riesca a dissipare una generale sensazione di conflittualità con la propria clientela *retail* che ne riduce la reputazione, che fa sì che il Parlamento e le istituzioni pensino sempre di dover effettuare interventi punitivi e correttivi». D'altra parte, il presidente dell'Acri, Giuseppe Guzzetti ha sottolineato che «non si può garantire l'investitore dal rischio di perdite, ma deve esistere un sistema che disincentivi l'intermediario dal vendere rischi elevati a chi non è in grado di valutarli o sostenerli».

⁽⁴⁰⁾ V. CARIDI, *Legge sul risparmio e nuovi strumenti di tutela diretta dell'investitore non professionale*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2007,

finanziari. Infatti la banca costituisce un operatore qualificato nel settore con una competenza specifica in materia di intermediazione finanziaria,

290, 291, sostiene che «la fiducia nel mercato finanziario è un obiettivo complesso, non suscettibile di essere colto solo parzialmente: essa presuppone la pari dignità di normative di efficienza del sistema e di normative di tutela del singolo agente economico». In una prima accezione il sentimento di fiducia dell'investitore troverebbe il proprio presupposto nel corretto funzionamento del mercato e conseguentemente nella sua credibilità quale luogo di leale contrattazione. Esso può dunque ritenersi garantito da normative che intervengono in via preventiva sul *deficit* informativo dell'investitore, integrandone il patrimonio conoscitivo. Vi è poi almeno un secondo significato dell'espressione 'fiducia nel mercato', che viene in evidenza in una prospettiva patologica e che corrisponde al sentimento ingenerato nell'agente economico dalla sicurezza di poter neutralizzare le perdite che eventualmente dovessero coinvolgere il suo patrimonio, nel caso in cui siano state comunicate al mercato informazioni inesatte.

V. altresì sul tema A. DI AMATO, *Il danno da informazione economica*, Napoli, 2004, 116 ss., il quale esamina la particolare connotazione fiduciaria del contratto di intermediazione finanziaria, in cui si verifica la sostituzione dell'informazione con la fiducia soprattutto «quando in relazione all'oggettiva difficoltà per la parte non esperta di valutare compiutamente l'operato dell'altra parte in ragione del tecnicismo che la contraddistingue, l'affidamento sulla correttezza e sulle capacità professionali dell'operatore finisce, in fatto, col sostituire il ruolo ordinariamente svolto dall'informazione». Ed è proprio tale affidamento dell'investitore che fa sorgere in capo all'intermediario un'obbligazione che lo vincola alla perizia e diligenza previste dall'art. 1176 c.c.; v. A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, 167 ss.; v. F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.*, Torino, 1998, XVII, 158.

M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, 11, osserva che in materia di responsabilità dell'intermediario per consigli dati ai clienti, prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, si registrano alcune sentenze dalle quali emerge un orientamento sostanzialmente contrario all'accoglimento delle azioni promosse dagli investitori. A tale proposito il predetto autore segnala Trib. Napoli, 17 agosto 1917, in *Giur. it.*, 1917, 109, che esclude la responsabilità per fallaci previsioni sull'andamento dei titoli, in quanto «consigli e informazioni di questo genere, anche dati da un agente di cambio, non hanno portata giuridica diversa da quelli che si danno o ricevono da un estraneo. La maggiore o minore attendibilità della fonte da cui promanano, l'aver potuto più o meno, in base appunto al grado di attendibilità, influire sulla determinazione della volontà dei contraenti nulla importa, salvo non risulti che siano dati in mala fede o colpa grave». Il Trib. d'appello di Milano, 15 ottobre 1931, interviene sul caso di un agente di cambio che senza dolo aveva trasmesso una notizia successivamente rivelatasi falsa, sulla base della quale il cliente aveva eseguito un'operazione speculativa, conclusasi con una perdita consistente. L'esclusione della responsabilità, questa volta, viene motivata muovendo dall'assunto che il cliente, speculatore di borsa «avrebbe dovuto, prima di lanciarsi nella speculazione, controllare la notizia». Oggi gli obblighi di comportamento imposti all'intermediario sono andati modulandosi in relazione alle dinamiche del mercato che vedono nuovi strumenti finanziari da adattare alla natura e al grado di conoscenza degli investitori.

ciò che induce l'investitore a confidare nelle valutazioni e nei consigli dell'intermediario e che obbliga l'intermediario stesso a non comportarsi come un mero esecutore ⁽⁴¹⁾ delle disposizioni impartite dall'inesperto investitore ma che gli impone, invece, di porre a disposizione del proprio cliente la specifica competenza di cui è portatore, onde tutelare l'investitore medesimo e l'integrità del mercato, al fine di evitare operazioni apparentemente convenienti, ma nella sostanza caratterizzate da inadeguatezza ed eccessiva rischiosità, di certo non riconoscibili da parte dell'inesperto risparmiatore, ma ben evidenti a chi è professionalmente qualificato a operare nel settore.

D'altro canto sarebbe necessario elevare la cultura finanziaria ⁽⁴²⁾ dei

⁽⁴¹⁾ V. sull'argomento Trib. Firenze, 18 febbraio 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005 e in *www.ilcaso.it*: «Gli obblighi sanciti dal legislatore a carico dell'istituto bancario fanno sì che il suo compito non è circoscritto a quello di supina mera accettazione degli ordini, ma ad un'attività molto diversa e ulteriore che si sostanzia in quella che si può definire una consulenza. Basti richiamare l'art. 29 del reg. Consob, laddove è previsto che gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Peraltro l'obbligo di indicare che l'operazione non è adeguata per il cliente richiede necessariamente preliminarmente la raccolta di tutte le informazioni utili per procedere a tale valutazione, sicché in difetto di tali comportamenti, da parte dei funzionari rimane poco rilevante la circostanza che l'operazione sia stata suggerita dal cliente o proposta dall'intermediario».

⁽⁴²⁾ L. SILVESTRINI, *Si fa strada il concetto di educazione finanziaria*, in *BancaFinanza*, novembre 2007, 40, avverte che «manca un po' in tutti i Paesi un'educazione finanziaria diffusa, come testimoniano i dati emersi da diverse inchieste e sondaggi: negli Usa il 50% degli studenti delle scuole superiori non ha competenze in gestione finanziaria di base; due terzi dei consumatori inglesi giudica gli argomenti finanziari troppo complicati e reputa di non possedere sufficienti competenze per poter effettuare scelte corrette;...circa l'80% dei tedeschi dichiara di essere competente in materia finanziaria, ma solamente il 42% degli intervistati ha dimostrato di essere in grado di rispondere correttamente a metà delle domande poste in una indagine *Commerzbank*». Sempre L. SILVESTRINI, *Si fa strada il concetto di educazione finanziaria*, cit., 41 ss., segnala che i primi a muoversi nel campo dell'educazione finanziaria sono stati l'Inghilterra e gli Stati Uniti. In Gran Bretagna la *National Strategy for Financial Capability* prevede che entro il 2008 il governo renda obbligatorio nei programmi scolastici delle scuole medie l'insegnamento dell'educazione finanziaria all'interno delle lezioni di matematica. Negli USA la molteplicità degli enti istituzionali e regolatori che si occupano di educazione finanziaria è stata riunita all'interno di una apposita commissione che ha istituito nel 2003 la *Financial literacy and education commission*, che riunisce 20 agenzie federali e ha ricevuto il mandato di sviluppare una strategia nazionale per il miglioramento della cultura finanziaria degli americani. Così in Francia è stato lanciato nell'aprile 2006 l'*Institut pour l'Education Financière du Public* con l'obiettivo di elaborare una politica globale di formazione dei cittadini sul risparmio e sui temi economico-finanziari. In Germania alle numerose iniziative private di finanziarie e di associazioni di categorie

risparmiatori, in quanto investitori non professionisti, in modo da renderli sempre più consapevoli dei propri diritti, delle modalità per scegliere gli investimenti finanziari adatti alle proprie caratteristiche individuali e degli obblighi degli intermediari finanziari. C'è però da sottolineare che nonostante le informazioni su questi prodotti siano spesso pubbliche e disponibili nei vari siti Internet delle società di gestione del risparmio, tuttavia i risparmiatori non professionisti il più delle volte si trovano ad affrontare proposte di investimento che non riescono a capire. È proprio in tale contesto che assume rilevanza la figura dell'intermediario finanziario, al fine di comunicare con efficienza e trasparenza rischi, costi e ricavi di qualsiasi strumento di investimento del denaro.

Inevitabilmente le problematiche attuali della responsabilità da informazione economica si intrecciano con quelle relative alla evoluzione del mercato, pertanto tale consapevolezza ci induce a riflettere che è praticamente impossibile una realtà frequentata da operatori e investitori professionalmente e moralmente corretti, così come non esiste l'investimento migliore in assoluto, ma esiste soltanto l'investimento più adeguato rispetto alle specifiche caratteristiche e agli obiettivi del singolo investitore.

STEFANIA TUCCANI

si sono aggiunte quelle di *Bundesbank* e dei ministeri delle Finanze e del Tesoro per creare un *network* di istituzioni che supporteranno la formazione dei docenti che andranno ad insegnare l'educazione finanziaria nelle scuole. «Nel nostro Paese mancano una strategia unica a livello nazionale e un coordinamento tra istituzioni per promuovere le attività in questo settore, ed è del tutto assente il coinvolgimento del sistema educativo... Cerca di colmare queste lacune *PattiChiari*, il consorzio promosso nel settembre 2003 dall'Associazione bancaria italiana per costruire un dialogo tra banche, cittadini, famiglie e le imprese basato su una maggiore fiducia e un dialogo chiaro, comprensibile e trasparente. ...Speriamo che dall'interesse si passi presto ai fatti, perché c'è molto da fare». V. L. SILVESTRINI, *Si fa strada il concetto di educazione finanziaria*, cit., 43 e F. MAZZINI, *Legge sul risparmio: le nuove regole sui conflitti d'interessi e sulle attività finanziarie*, in *BancaFinanza*, gennaio 2007, 34 ss.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 29 marzo 2005 – Pres. Cossu – Est. Gattari.

Persona fisica – Interdizione giudiziale – Presupposti – Fattispecie (c.c., artt.414 ss.).

Nel caso in cui un soggetto manifesti demenza ed alterazioni comportamentali che pregiudicano in maniera notevole le proprie capacità di vita autonoma il giudice deve dichiararne l'interdizione senza bisogno di disporre consulenza medica (1).

(*Omissis*) Con ricorso del 12.7.2004, (*Omissis*) chiedeva di pronunciare l'interdizione di (*Omissis*) nata a Panicale l'11.2.1926.

Il ricorrente esponeva: di essere figlio dell'interdicenda; che la resistente, affetta da demenza di origine vascolare con turbe del comportamento, era in condizioni di abituale infermità di mente ed incapace di provvedere ai propri interessi.

Ricorso e pedissequo decreto di nomina del giudice istruttore e di fissazione dell'udienza di comparizione erano ritualmente notificati al resistente ed ai parenti indicati nel corso e comunicati al P.M.

All'esito dell'esame il giudice istruttore nominava tutore provvisorio il ricorrente (*Omissis*).

Quindi, sulle conclusioni in epigrafe trascritte e precisate all'udienza del 16.12.2004, vista la rinuncia della difesa ricorrente al termine per il deposito degli scritti conclusivi la causa veniva rimessa al Collegio per la decisione.

La domanda va accolta ricorrendo le condizioni previste dall'art. 414 c.c.

Dalla documentazione acquisita risulta che l'interdicenda è affetta da un "quadro di demenza con manifestazioni deliranti, incoerenza, deficit della critica e alterazioni comportamentali che pregiudicano notevolmente le proprie capacità di vita autonoma" (vd. certificazione medica dello psichiatra (*Omissis*) in data 6.12.2004; certificazione del medesimo specialista in data 7.3.2002; certificati medici del dott. (*Omissis*) dell' 8.2.2002 e del 10.9.2004). Nel corso dell'esame l'interdicenda non è apparsa in grado di orientarsi affatto sul potere di acquisto della moneta e ha mostrato di ignorare il prezzo di beni di prima necessità. Tutti i parenti sentiti all'udienza di prima comparizione hanno concordemente riferito che da qualche anno l'interdicenda non è in grado di provvedere a se stessa e che i comportamenti aggressivi sono regrediti da quando è in cura presso il CIRM.

A fronte della documentazione medica acquisita e delle risultanze

dell'esame, l'istruttore ha ritenuto giustamente superfluo disporre consulenza medica.

In siffatta situazione appare evidente che l'interdicenda versa in condizioni di abituale infermità di mente che la rendono incapace di provvedere ai propri interessi. (*Omissis*).

(1) Strumenti di tutela dell'infermo di mente

1. Il Tribunale di Perugia accoglie l'istanza di un figlio che chiede l'interdizione per la madre anziana in quanto è affetta da demenza di origine vascolare con turbe del comportamento. L'interdizione giudiziale, a differenza di quella legale⁽¹⁾, che è una pena accessoria ad un reato punito con l'ergastolo o ad un reato doloso superiore a 5 anni, è regolata all'interno del primo libro codice civ. del 1942 e rappresenta lo stadio più grave dell'incapacità d'agire; infatti un soggetto viene interdetto quando è affetto da una malattia psichica molto grave e viene affiancato quindi da un soggetto chiamato tutore che, in questo caso il figlio della donna la rappresenta negli atti civili, cura la sua persona, e amministra i suoi interessi. La donna è incapace di provvedere a sè stessa ed ovviamente non può curare i suoi interessi: infatti non è in grado neanche di orientarsi sul potere di acquisto della moneta ed ignora i prezzi di prima necessità. Possiamo notare come la donna sia un "morto civile", nel senso che è affidata in tutto e per tutto al tutore, che in questo caso è il figlio, il quale saprà curarla ovviamente con amore ed affetto. A livello europeo per quanto riguarda il rapporto tra la società e gli anziani, come la donna interdetta, è necessario citare l'art. 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁽²⁾ che stabilisce il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa; per quanto concerne, invece, il rapporto tra la società e le persone con disabilità l'art. 26⁽³⁾ della stessa Carta: l'Unione riconosce il diritto della persona disabile ad integrarsi all'interno della società.

Il Tribunale ha deciso, quindi, poichè la donna è incapace di curare i suoi interessi, per l'interdizione; questo concetto infatti lo ritroviamo all'art.

⁽¹⁾ Istituto che il P.d.l.: "*Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*" (Bozza Cendon 2007) vorrebbe abolire, la bozza è consultabile in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2007, 1005 ss., in part.1047 s., inoltre si consulti PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Torino, 2006, 63 s.

⁽²⁾ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea art. 25: *Diritti degli anziani*, L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale.

⁽³⁾ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea art. 26: *Inserimento dei disabili*, L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

414 c.c.⁽⁴⁾ che apre il capo II del libro primo intitolato “Dell’interdizione e dell’inabilitazione e dell’incapacità naturale”. L’articolo citato, che è stato cambiato⁽⁵⁾ dalla legge del 9 gennaio 2004 n. 6⁽⁶⁾, la quale ha introdotto la figura dell’amministratore di sostegno, stabilisce che “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”. È importante soffermarci su quest’ultimo concetto si può notare che c’è un’attenzione particolare per il soggetto che ha dei gravi problemi psichici tali da non poter occuparsi dei suoi interessi, il legislatore adopera la parola “protezione” non a caso, infatti l’interdetto non è più visto come un soggetto da allontanare il più possibile dalla società ma da proteggere e curare. La legge del 2004 n. 6 ha inoltre stabilito all’art. 427 c.c. che l’interdetto senza il tutore o con la sua assistenza può compiere atti di ordinaria amministrazione se il giudice lo ritiene opportuno, verificando ovviamente caso per caso. Quest’ultimo, quindi, deve analizzare con cura la singola persona interdetta ed entrare in contatto con lei; possiamo quindi notare il progresso che c’è stato nel modo di rapportarsi a questo soggetto in difficoltà rispetto ai decenni precedenti.

2. Viene, invece, inabilitato⁽⁷⁾ il soggetto che non sia così grave da essere interdetto oppure se fa abuso di sostanze stupefacenti o alcoliche o è eccessivamente prodigo tale da recare un grave pregiudizio economico alla famiglia o è cieco o sordomuto dalla nascita e non ha avuto un’educazione adeguata. L’inabilitato ha accanto a sé il curatore, che compie gli atti di straordinaria amministrazione ma, grazie sempre alla legge del 2004, n. 6, è stabilito all’art. 427 c.c. che l’inabilitato può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l’assistenza del curatore⁽⁸⁾; tutto ciò rende più flessibile l’istituto e si cerca in un certo senso di riavvicinare l’inabilitazione al nuovo istituto. L’inabilitato, quindi, si colloca in una posizione intermedia tra l’interdizione, per i casi più gravi, mentre per i casi meno gravi, come una malattia fisica o psichica è nominato l’amministratore di sostegno, grazie alla legge del 2004 n. 6⁽⁹⁾ che ha introdotto nel libro primo, titolo

⁽⁴⁾ PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, cit., 62 s.

⁽⁵⁾ L’art. 414 c.c. prima della legge 2004 n. 6 recitava “Persone che devono essere interdette. Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapace di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti”

⁽⁶⁾ Il testo normativo è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2003, dalla Commissione Giustizia del Senato il 22 dicembre 2003 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 19 gennaio 2004 serie gen. n. 14.

⁽⁷⁾ PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, cit., 60.

⁽⁸⁾ COLACINO, *La l. 9 gennaio 2004 n. 6 ed il nuovo statuto di protezione dei soggetti “deboli”*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2005, 1469.

⁽⁹⁾ Per un confronto con gli altri paesi europei su questo tema si consulti AUTORINO STANZIONE, *Le amministrazioni di sostegno nelle esperienze europee*,

XII un nuovo capo, il capo I, rubricato "Dell'amministratore di sostegno", mantenendo il capo II "Dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'incapacità naturale", modificando gli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427, 429 del c.c.⁽¹⁰⁾. Questa scala di gravità si può constatare prendendo in considerazione la struttura stessa del codice infatti l'istituto dell'amministratore di sostegno è stato inserito all'interno del codice e prima sia dell'interdizione che dell'inabilitazione.

Il legislatore per definire l'amministratore di sostegno⁽¹¹⁾ ha utilizzato a

in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di Ferrando, Milano, 2005, 81 ss.; LISELLA, *Fondamento e limiti dell'incapacitacion nell'ordinamento spagnolo*, in *Rass. di dir. civ.*, 1985, 771 ss.; VENCHIARUTTI, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 1988, 1455 ss.; ARICÒ, *Brevi considerazioni di diritto comparato per una rilettura delle norme in tema di amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 613 ss.; CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. di dir. civ.*, 2004, 481 ss.; PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, *La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione*, in *Annuario di diritto tedesco* a cura di Patti, 2002, 319 ss.; NAPOLI, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica federale di Germania*, in *Riv. di dir. civ.*, 1995, 539 ss.

⁽¹⁰⁾ Per quanto riguarda l'iter della riforma partendo dal progetto Cendon che è pubblicata in CENDON, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma*, in *Pol. dir.*, 1987, 628 ss. si sono susseguiti molti disegni di legge tra cui si può ricordare la proposta di legge di S. Rodotà AC 3060 del 28 luglio 1988 e AC 1928 del 20 novembre 1992; il disegno di legge Bompiani del 1993, in *Rass. di dir. civ.*, 1994, 206 ss., il disegno di legge Perlingeri, in P. Perlingeri, *Uno stage in Parlamento*, Napoli, 1997, 162 ss.; la bozza unificata dei disegni di legge Giacco del 1996 e Turco del 1997; inoltre la proposta n. 2733 presentata alla Camera dei deputati il 10 maggio 2002 che istituiva la figura del *trust* per le persone gravemente disabili. Si ricorda che il percorso innovativo è incominciato con la legge del 1978 n. 180 sui trattamenti psichiatrici poi confluita nella legge 23 dicembre 1978, n. 833, in particolare negli artt. 33, 34 e 35, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Per quanto concerne la legge del 1978 n. 180 si consulti C.M. BIANCA, *Per una radicale riforma della condizione giuridica del sofferente psichico*, in Cendon P. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988; BUSNELLI, Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, *passim.*; COCCIA, *L'amministratore di sostegno e il futuro della legge 180*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 2005, 475 ss.

⁽¹¹⁾ Per quanto riguarda l'istituto dell'amministratore di sostegno si consulti RUSCELLO, "Amministratore di sostegno" e tutela dei "disabili". *Impressioni estemporanee su una recente legge*, in *Studium iuris*, 2004, 149 ss.; MORELLO, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, 225 ss.; CALÒ, *La nuova legge sull'amministrazione di sostegno*, in *Corr. giur.*, 2004, 861; DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 29 ss.; PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Famiglia*, 2005, 221; GORGONI, *L'amministrazione di sostegno: profili so-*

proposito dei termini non molto precisi, ad ampio spettro, perché ha voluto inserire tante categorie di persone che possono ricorrere all'amministratore di sostegno: dall'anziano che non può svolgere attività che fanno parte della vita quotidiana⁽¹²⁾, un tossicodipendente⁽¹³⁾, ad un soggetto che deve affrontare un difficile intervento chirurgico o come è stato deciso da poco in un recente decreto chi, affetto da una cecità assoluta ha un crescente disorientamento psichico⁽¹⁴⁾. L'amministratore di sostegno ed il beneficiario devono avere un continuo scambio di idee e di opinioni⁽¹⁵⁾; infatti non ci dobbiamo dimenticare che il soggetto ha un'incapacità relativa. Come amministratore di sostegno può essere nominato⁽¹⁶⁾ il coniuge, il convivente⁽¹⁷⁾, il figlio ecc., il quale deve sempre rendere conto al beneficiario e deve cercare di capire il più possibile i suoi desideri ed aspettative; tutto questo è il risultato della valorizzazione della persona umana. Il beneficiario può scegliere⁽¹⁸⁾ in un atto pubblico o scrittura privata autenticata il suo "futuro" amministratore di sostegno ad es. se è in procinto di sottoporsi ad un delicato intervento chirurgico, però, se il giudice non ritiene adatta la persona può nominare ovviamente un altro soggetto in base all'art. 408 c.c. È interessante a questo proposito menzionare una recente pronuncia della Corte cost. in cui stabilisce che è "manifestatamene infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., degli artt 407 e 410 c.c., nella parte in cui non subordinano al consenso dell'interessato l'attivazione della misura dell'amministratore di sostegno ed il compimento dei singoli atti gestionali, o comunque non attribuiscono efficacia paralizzante al suo dissenso"⁽¹⁹⁾. Il giudice tutelare, che nomina con decreto l'amministratore di

stanziali, in *Riv. di dir. priv.*, 2006, 603 ss., PARADISO, *L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Famiglia)*, in *Famiglia*, 2005, 437 ss.; MARCOZ, *La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno*, in *Riv. del not.*, 2005, 523 ss.

⁽¹²⁾ VERCELLONE, *Soggetti fragili da sostenere: qual è il beneficiario tipo dell'amministratore di sostegno a Torino*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 54.

⁽¹³⁾ Trib. Perugia, sez. dist. di Foligno, 10 novembre 2005 (decr.), in *Rass. giur. umbra*, 2006, 105 ss. con nota di BABUCCI, *Tossicodipendenze e amministratore di sostegno*.

⁽¹⁴⁾ Trib. Milano, 24 luglio 2006, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2007, 1222 ss.

⁽¹⁵⁾ CENDON, *Cosa, quando, come comunicare nell'amministrazione di sostegno*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 922 ss.,

⁽¹⁶⁾ SANTARCANGELO, *Ricorso per la nomina dell'amministratore di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 385 ss. e SCHETTINO, *Atto di designazione di amministratore di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 389 ss.

⁽¹⁷⁾ BONILINI, *Convivente more uxorio, "conviventi", amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 209 ss.

⁽¹⁸⁾ MILONE, *L'amministratore di sostegno nel sistema di protezione delle persone in difficoltà: prime applicazioni e prime perplessità*, in *Notariato*, 2005, 302 ss.

⁽¹⁹⁾ Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, (ord.), in *Fam. e dir.*, 2007, 874 con nota di FIGONE, *Amministratore di sostegno e dissenso del beneficiario*.

sostegno, deve indicare in base all'art. 405 c.c. quali atti l'amministratore di sostegno deve fare in nome e per conto del beneficiario e quelli che il beneficiario può fare con l'assistenza dell'amministratore di sostegno mentre tutti gli altri che non sono inseriti nel decreto li può compiere il beneficiario stesso⁽²⁰⁾. Si può notare come manchi "l'ingessatura" tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione⁽²¹⁾ che ritroviamo invece nell'interdizione e nell'inabilitazione. L'istituto dell'amministratore di sostegno deve essere come "un abito su misura"⁽²²⁾, frase calzante ed esemplificativa dell'intera disciplina. Il giudice dovrà quindi valutare ed esaminare il soggetto che ha di fronte valutando e ponderando con attenzione tutti gli aspetti della sua personalità. Nel caso in esame, la donna è stata interdetta, in quanto affetta da un deficit psichico molto grave che non poteva assolutamente rientrare tra i beneficiari dell'amministratore di sostegno.

Oltre alla figura dell'amministratore di sostegno si è affiancata quella del co-amministratore, che è preposta per curare, soddisfare i bisogni della vita quotidiana del beneficiario quando l'amministratore di sostegno scelto dal ricorrente non è adatto a gestire in maniera adeguata i beni dello stesso beneficiario⁽²³⁾.

3. È doveroso a questo punto cercare di delineare il *discrimen* tra amministratore di sostegno ed interdizione⁽²⁴⁾. La legge del 2004 n. 6 ha affiancato all'interdizione ed all'inabilitazione la figura dell'amministratore di sostegno, le prime due figure hanno acquistato un carattere residuale⁽²⁵⁾: infatti si fa uso di questi istituti solo per i casi più gravi in base ad una decisione del giudice; l'art. 414 tratta di "persone che possono essere interdette" e questo ci fa notare il potere decisionale del giudice. Per cercare di

⁽²⁰⁾ Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 1 ss. con nota di VENCHIARUTTI, «Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario».

⁽²¹⁾ Nelle prime pronunce giurisprudenziali sull'amministrazione di sostegno troviamo in verità citati gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione si consulti Trib. Roma, I sez. civ., 22 marzo 2004, (decr.), in *Notariato*, 2004, 249 ss. con il commento di CALÒ; Trib. Parma, 2 aprile 2004, n. 536, (decr.), e n. 537, (decr.), in *Notariato*, 2004, 397 ss. con commento di CALÒ.

⁽²²⁾ CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministratore di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministratore di sostegno*, a cura di Ferrando, Milano, 2005, 49.

⁽²³⁾ Trib. Modena, 24 ottobre 2005, (decr.), in *Notariato*, 2006, 27 ss. con commento di BULGARELLI; ARMATI, *Il coamministratore di sostegno dotato di funzioni proprie*, in *Riv. del not.*, 2006, 819 ss.; BULGARELLI, *Il pro – amministratore di sostegno*, in *Giur. di mer.*, 2006, 68 ss.

⁽²⁴⁾ VENCHIARUTTI, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione. Un primo confronto dopo l'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2004, n. 6*, in *Vita not.*, 2005, 522 ss.

⁽²⁵⁾ Trib. Milano, 20 febbraio 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 35 ss. con nota di MASONI.

risolvere questa problematica ci può venire in aiuto la sentenza della Corte costituzionale⁽²⁶⁾ che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 404, 405, numeri 3 e 4, e 409 del c.c., nel testo introdotto dalla legge del 2004 n. 6, in riferimento agli artt. 2,3,4,41, primo comma, e 42 della Cost. e degli artt. 413, ultimo comma, e 418, ultimo comma, del c.c., nel testo introdotto dalla legge del 2004 n. 6, in riferimento agli artt. 2, 3,4, 41, primo comma, 42 e 101, secondo comma, della Cost., proposte dal giudice tutelare presso il tribunale di Venezia, sezione distaccata di Chioggia. Nella prima ordinanza il Giudice Tutelare presso il Tribunale di Venezia, durante un procedimento di interdizione nota che l'art. 404 è così ampio che fa combaciare la figura dell'amministratore di sostegno con quella dell'interdizione e sottolinea che non c'è una netta linea di demarcazione tra l'amministrazione di sostegno, l'inabilitazione e l'interdizione. Il giudice tutelare nella seconda ordinanza paragonando l'art. 418, ultimo comma, c.c. e l'art. 413, ultimo comma, c.c. mette in rilievo la mancanza di una norma in caso di divergenze tra i due giudici. Sia l'art. 413, ultimo comma, che l'art. 418, ultimo comma, prevedono che l'Autorità giudiziaria invia d'ufficio gli atti al giudice, nel caso in cui la misura di protezione non risulti giusta, dopo una progenia valutazione. Per quanto concerne la prima ordinanza la Corte ha stabilito che: "la complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle 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; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alla ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, 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".

Per quanto riguarda, invece, la seconda ordinanza la Corte costituzionale sostiene che "il giudice tutelare verifica in piena autonomia la sussistenza dei presupposti dell'amministrazione di sostegno, e altrettanto fa il tribunale per i presupposti dell'interdizione e dell'inabilitazione e, quindi, può accadere che l'uno decida di non attivare l'amministrazione di sostegno, e l'altro di non dichiarare l'interdizione o l'inabilitazione, il giudice *a quo* ha sbagliato nel

⁽²⁶⁾ Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Notariato*, 2006, 391 ss. con commento di SCOTTO e in *Guida al diritto*, 21 gennaio 2006, n. 3, 28 con nota di FIORINI, *La funzione di ausilio dell'istituto non determina modifiche allo status*; in *Fam. e dir.*, 2006, 121 ss. con nota di TOMMASEO, *L'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte costituzionale*, GLIATTA, *Prime applicazioni giurisprudenziali dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 645 s.

pensare che non ci siano “meccanismi processuali di composizione di siffatti eventuali conflitti”. Inoltre la Corte sostiene che: “le norme impugnate prevedono specifici strumenti di raccordo tra il procedimento di amministrazione di sostegno e quelli di interdizione o inabilitazione, in forza dei quali – ove tra giudice tutelare e tribunale sorgano conflitti sulla maggiore idoneità dell’uno o dell’altro istituto ai fini della più adeguata protezione dell’incapace – questi non rimane comunque privo di tutela”. Anche un provvedimento molto recente della Cassazione chiarisce la questione: l’amministrazione di sostegno ha lo scopo di dare a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, uno strumento di assistenza che limiti il più possibile la capacità d’agire ed è proprio questo che lo differenzia dall’interdizione e dall’inabilitazione, l’amministrazione di sostegno è più duttile ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario, in relazione alla sua flessibilità e alla maggiore agilità della procedura⁽²⁷⁾. L’interdizione, quindi, viene applicata solo nei casi più gravi, in maniera residuale anche perché rappresenta un “marchio” indelebile e un’onta per la persona. C’è anche da sottolineare che ovviamente si può revocare l’interdizione se sussiste un miglioramento delle condizioni della persona, inoltre nel caso in cui la persona abbia una famiglia e un cerchio di amicizie e servizi sociali, che lo curino, può anche non ricorrere alla figura dell’amministratore di sostegno⁽²⁹⁾. In dottrina c’è chi individua il *discrimen* tra amministratore di sostegno ed interdizione in riferimento alla consistenza ed alla qualità del soggetto debole⁽³⁰⁾; un’altra parte della dottrina, invece, va oltre l’aspetto prettamente patrimoniale e sostiene che è necessario interdire un soggetto quando non è in grado di compiere atti personalissimi⁽³¹⁾; infine un’altra corrente dottrinarica sostiene

⁽²⁷⁾ Cass., 12 gennaio 2006, n. 13584, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 675 ss., e, *ivi*, 811 ss., analisi di PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*; in *Fam. e dir.*, 2007, 31 ss. con nota di SESTA, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*; in *Dir. e giust.*, 2006, n. 26, 14 ss. con nota di GARUFI, *Amministratori di sostegno: e luce fu. La tutela dal volto umano per i disabili*, GLIATTA, *Prime applicazioni giurisprudenziali dell’amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 647 s.

⁽²⁸⁾ BONILINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 489.

⁽²⁹⁾ Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, n. 913, in *Giur. it.*, 2007, 84 ss. con nota di CENDON, *Sopraffondere all’amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi*.

⁽³⁰⁾ DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell’amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 37; si consulti anche App. Milano, 9 agosto 2005, (decr.), in *Notariato*, 2006, 140 ss., con commento di CALICE; 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. di dir. civ.*, 2005, 592 ss.

⁽³¹⁾ BALESTRA, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Famiglia*, 2006, 373.

che è necessario porre attenzione sulla gravità delle condizioni mentali del soggetto⁽³²⁾. C'è anche chi ha pensato di unire più criteri⁽³³⁾ e chi comunque dà rilievo al caso concreto da analizzare con attenzione⁽³⁴⁾. Per quanto riguarda il provvedimento oggetto di commento la signora anziana perugina è stata interdetta a causa della condizione di abituale infermità di mente, analoga decisione è stata ad es. presa per un signore anch'esso avanti con gli anni affetto da una malattia degenerativa⁽³⁵⁾, ma c'è da evidenziare che l'età avanzata in sè non costituisce il presupposto per la nomina ad es. dell'amministratore di sostegno⁽³⁶⁾.

4. Un altro problema da analizzare in ambito di amministrazione di sostegno riguarda la necessità o meno della difesa tecnica: per risolvere il quesito si può menzionare la recentissima ordinanza della Corte costituzionale⁽³⁷⁾, la quale stabilisce che è manifestatamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 407, 408 c.c. e 716 c.p.c., sollevata in relazione agli artt. 2, 3, e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono l'onere del patrocinio a favore della persona interessata nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno. Ciò in quanto il giudice *a quo* non ha motivato le ragioni di dissenso rispetto alle interpretazioni costituzionalmente orientate di tali norme, proposte da una parte della giurisprudenza e volte ad estendere, sempre o in determinati casi, la necessità della difesa tecnica anche nell'ambito del giudizio in considerazione. Sul tema si è sviluppato un ampio dibattito e possiamo dire che fondamentalmente due correnti dottrinarie si sono affrontate. Una sostiene che è necessaria la difesa tecnica e si basa fondamentalmente sull'art. 411 c.c., in cui si evince la stessa disciplina processuale sia per il procedimento di nomina dell'interdizione ed inabilitazione sia per quello dell'amministratore di sostegno⁽³⁸⁾,

⁽³²⁾ RUSCELLO, *L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presupposti sostanziali*, in *Famila*, 2004, 730; CAMPESE, *L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione ed inabilitazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, 127.

⁽³³⁾ ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 186.

⁽³⁴⁾ TOMMASEO, *L'amministratore di sostegno al vaglio della Corte costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 2006, 126.

⁽³⁵⁾ Trib. Bologna, 1 agosto 2005, n. 1996, in *Fam. e dir.*, 2006, 51 ss. con nota di BUGETTI, *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*.

⁽³⁶⁾ Trib. Modena, 24 febbraio 2005, in www.altalex.it

⁽³⁷⁾ Corte cost., 19 aprile 2007, n. 128, (ord.), in *Fam. e dir.*, 2007, 667 ss. con nota di VULLO, *La Corte costituzionale si pronuncia in materia di amministrazione di sostegno e difesa tecnica*.

⁽³⁸⁾ App. Milano, 9 gennaio 2006, (decr.), in *Fam. e dir.*, 2006, 280 ss., con nota di VULLO, *Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno*; App. Milano, 11 ottobre 2005 (decr.), in *Giur. it.*, 2006, 1392 ss. con nota di MONTSERRAT PAPPALETERE, *Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno come espressione della "giurisidizione sensibile": il*

stabilendo, quindi, la nullità del ricorso introduttivo del giudizio *de quo* quando non è sottoscritto dal difensore tecnico. L'altra corrente dottrinarica, invece, stabilisce solo la facoltà e non l'onere del patrocinio⁽³⁹⁾ motivando la tesi sul fatto che: l'istituto dell'amministrazione di sostegno deve essere veloce e quindi deve sussistere uno stretto rapporto tra il giudice e le parti, ed inoltre mette in rilievo il carattere volontario del procedimento. Ma per completare il quadro è necessario anche citare una recente sentenza della Cassazione⁽⁴⁰⁾, la quale prende le distanze sia dalla tesi che a priori sostiene la necessità della difesa tecnica sia quella che la nega. Infatti il giudice di legittimità pone l'accento sull'importanza da dare al caso concreto e sui diritti fondamentali; è necessaria la difesa tecnica "ogni qual volta il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o non corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze, analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, per ciò stesso incontrando il limite del rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa e del contraddittorio".

5. È necessario ora proiettarci verso il futuro e quindi sulla nuova proposta di legge che si basa sull'abrogazione dell'istituto sia dell'interdizione che dell'inabilitazione dopo l'entrata in vigore della legge dell'amministratore di sostegno, in quanto è stato evidenziato che non esiste nessuna ragione per mantenere ancora in vita tali istituti ormai anacronistici. C'è stato un gruppo di lavoro di "Persona e danno" che ha affrontato la problematica e ha quindi elaborato una riforma⁽⁴¹⁾. Oltre alla decisione di abolire l'interdizione e l'inabilitazione si vuole anche definire il "diritto dei soggetti

problema della difesa tecnica, ed, *ivi*, la nota di MARTINELLI *Dal "miereco d'è pазze" all'obbligo di difensore nelle amministrazioni di sostegno*; App. Milano, 11 gennaio 2005, (decr.), in *Fam. e dir.*, 2005, 178 ss. con nota di TOMMASEO, *Ancora sulla difesa tecnica*.

⁽³⁹⁾ App. Venezia, sez. III, 16 gennaio 2006, (decr.), in *Corr. del mer.*, 2006, 479 ss. con commento di AGNINO; in *Dir. e giust.*, 2006, n. 9, 28 ss. con nota di R. RUSSO, *Amministratori di sostegno, il nodo resta*; Trib. Modena, 22 febbraio 2005 (decr.), in *Fam. e dir.*, 2005, 180 ss. e nota di TOMMASEO, *Ancora sulla difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*.

⁽⁴⁰⁾ Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366, in *Fam. e dir.*, 2007, 19 ss. con nota di TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Cassazione*, *ivi*, 121 con nota di CHIZZINI, *Brevi notazioni in tema di difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno*; si consulti anche VULLO, *Alcuni problemi della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno*, in *Fam. e dir.*, 2006, 436 ss.

⁽⁴¹⁾ Il P.d.l.: "Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione" (Bozza P. Cendon 2007) si può consultare in *Dir. di fam. e delle pers.*, cit., 1005 ss.

deboli” che la figura dell’amministratore di sostegno ha in parte fissato, si ha l’intento, quindi, di procedere in maniera organica e non come è successo fino adesso con varie normative: da quelle regionali sull’handicap, la legge sull’adozione ecc. La riforma probabilmente sarà inserita all’interno del codice civile come d’altronde è accaduto per la legge del 2004 n.6, e più precisamente all’interno dei vari libri ed istituti come ad es. in ambito di matrimonio, di negozi *mortis causa* ecc., non sarà, quindi, dedicato un VII libro del c.c. come si era pensato. Il gruppo di lavoro non ha preso in esame solo le persone che sono affette da una patologia clinica ma anche quelle che hanno dei problemi a svolgere la vita quotidiana come ad es. i precari, isolati, abbandonati e quindi alle “persone indebolite” ecc. Si può evincere che la riforma ha tenuto in considerazione la legge del 2004 n. 6, istitutiva dell’amministrazione a sostegno, sta infatti seguendo lo stesso percorso: si vuole dare vigore al principio di tendenziale capacità d’agire della persona, cioè si parte dall’assunto che la persona ha piena capacità, eccetto la possibilità di una “incapacitazione funzionale”. L’istituto dell’interdizione ha molti punti negativi: come per es. la morte civile del soggetto, tocca esclusivamente l’aspetto economico a favore dei familiari. La stessa Cassazione con un recentissimo provvedimento ha evidenziato come l’interdizione sia *l’extrema ratio*⁽⁴²⁾ e riguardi l’amministrazione di “attività di una certa complessità” oppure quando si vuole evitare che il soggetto svolga “atti pregiudizievoli per sé”. La novità della riforma risiede nella figura dell’ “inadeguatezza gestionale” o “fragilità negoziale” che rappresenta il *discrimen* per la fruibilità o meno dell’intervento di protezione, non è necessario un deficit fisico, è sufficiente anche avere dei problemi a livello organizzativo per le cause più disparate, si cerca di riunire, quindi, i casi più diversi, l’inadeguatezza gestionale, come è chiaro, ha dei contorni sfumati. Alla luce della riforma tutti questi soggetti possono ricorrere all’amministratore di sostegno, anche chi avrebbe bisogno per es. di essere interdetto, ci sarebbe, quindi, un ampio uso di questa figura introdotta nel 2004. Rimane in vigore, invece, l’incapacità naturale, quella non dichiarata, quindi per la protezione dei soggetti deboli si affianca in via principale l’amministratore di sostegno e in via secondaria è fissata l’annullabilità degli atti e dei contratti fatti da chi è incapace di intendere e di volere⁽⁴³⁾. Si passerebbe con questa riforma da un’incapacità perpetua ad una possibilità di un’ “incapacitazione fun-

⁽⁴²⁾ Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, *cit.*

⁽⁴³⁾ Nella bozza Cendon, *cit.*, p. 1055, art. 41: Il comma 1 dell’art. 428 c.c. è così sostituito “ATTI COMPIUTI DA PERSONA INCAPACE D’INTENDERE E DI VOLERE. Gli atti e i contratti compiuti da persona che si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d’intendere o di volere al momento del compimento, possono essere annullati su istanza della persona medesima, o dei suoi eredi o aventi causa se ne risulta un grave pregiudizio all’autore”. Il comma 2 dell’art. 428 c.c. è abrogato.

zionale” che punta ad una sospensione dei poteri a causa di ben definiti pericoli ed ovviamente sarà compito del giudice tutelare valutare di volta in volta gli atti che il soggetto potrà compiere. L’incapacitazione può trattare solo gli atti menzionati, mentre per tutto il resto il soggetto potrà agire liberamente, se l’incapacitazione fosse totale, la sospensione può sempre essere revocata in base alle esigenze della persona. Dal punto di vista negoziale il giudice dovrà con attenzione valutare la singola persona e la sua malattia si può, quindi, intuire il ruolo centrale di quest’ultimo che dovrà stabilire le linee guida che potranno ovviamente essere oggetto di revisione a seconda dell’evolversi della malattia. Nel caso in cui il soggetto sia gravemente colpito da un ictus o la sua vita dipenda da una macchina è ovvio che l’amministratore avrà piena rappresentatività negoziale; nel caso in cui, invece, il soggetto fosse non vedente, o sordomuto o un neo – immigrato il soggetto godrà di piena sovranità per quanto concerne gli atti da compiere, infine, per quanto riguarda la persona affetta da depressione grave, i malati avanzati di *Alzheimer* ci sarà un’incapacitazione negoziale limitata solo alle operazioni che potrebbero minacciare l’interessato. Si cerca di mantenere il fragile equilibrio tra il rispetto della sovranità del beneficiario e intervento di protezione con la figura dell’amministratore di sostegno: conferendo al minore capacità d’agire esclusivamente per gli atti che riguardano i bisogni della vita quotidiana⁽⁴⁴⁾, dando la possibilità

⁽⁴⁴⁾ L’orientamento di fornire, una sia pure limitata, capacità d’agire anche al minore d’età era presente anche nella bozza Cendon del 1986, nella bozza Cendon del 2007, *cit.*, 1052 è previsto all’art. 16: Viene introdotto un ultimo comma all’art. 316 c.c. così formulato: “ESERCIZIO DELLA POTESTÀ DEI GENITORI. Il minore capace di discernimento può compiere personalmente gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana. Si tiene conto a tal fine dell’età, del grado di maturità del minore e della natura dell’atto da compiere”. L’importanza che il minore ha assunto all’interno della famiglia e della società è ben chiarito in PALAZZO, *La filiazione, Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER*, Milano, 2007, 511 ss.; PALAZZO, *Storia dell’infanzia nel diritto europeo (dal figlio – oggetto al diritto all’ascolto)*, in *Cultura dell’integrazione europea*, a cura di SEDIARI, Torino, 2005, 169 ss.; PALAZZO, *La tutela dell’infanzia nelle diverse culture*, in *Etica del diritto privato* di PALAZZO - FERRANTI, Padova, 2002, vol. II, 90 ss. Ricordiamo inoltre che all’art. 155 *sexies* c.c., articolo introdotto dalla legge del 2006 n. 54, è stabilito l’ascolto del minore di anni dodici ed anche di età inferiore se ha capacità di discernimento, in ambito di affido condiviso si consulti MISSIAGGIA, *L’affido condiviso alla prova dei fatti. Se la tutela va più ai genitori che ai figli*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 7, 122; DOSI, *Separazioni, guida all’affido condiviso. Le regole sulla casa e sul mantenimento*, *ivi*, 2006, n. 6, 104 s.; CERRETO, *Affidamento condiviso fra luci e ombre*, *ivi*, 2006, n. 8, 119; R. RUSSO, *L’affido condiviso e il ruolo del giudice. Audizione dei minori: istruzioni per l’uso*, *ivi*, 2006, n. 23, 108 ss. mentre in ambito di adozione legittimante il minore quattordicenne non può essere adottato se non dà il suo consenso in base all’art. 7 della legge del 1983 n. 184.

di testare e di donare al disabile⁽⁴⁵⁾. Il giudice tutelare potrà ovviamente dare dei poteri sostitutivi in capo all'amministratore di sostegno quando il beneficiario ad es. è inerte. Un altro punto essenziale è la sfera della responsabilità civile, con questa riforma si è prevista la condannabilità del disabile psichico per i danni a terzi⁽⁴⁶⁾. Inoltre, nella Bozza Cendon è stato pensato a cosa possa accadere quando il beneficiario dell'amministratore di sostegno rimanga privo dei suoi cari: il "patrimonio con vincolo di destinazione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia"⁽⁴⁷⁾. La riforma dal punto di vista processuale, infine, prevede che il ricorso all'amministratore di sostegno può essere fatto dall'interessato, il quale può stare in giudizio e svolgere da solo gli atti ed inoltre la necessità della difesa tecnica⁽⁴⁸⁾ quando vengono presi in considerazione i diritti fondamentali della persona.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

⁽⁴⁵⁾ La bozza Cendon del 2007, *cit.*, 1056 all'art. 49 in cui si prevede che sono incapaci di testare anche "i beneficiari dell'amministrazione nei cui confronti sia stato stabilito dal giudice tutelare il divieto di testare..." inoltre l'art. 50 prevede che se il soggetto, che si trova nelle condizioni fissate dal comma 1 dell'art. 404, vuole testare, può essere nominato, dal giudice tutelare, per la redazione del testamento, un amministratore di sostegno, che agisce sotto la sorveglianza del giudice tutelare, il quale stabilisce le modalità di redazione dell'atto. La stessa *ratio* è presente per la donazione negli artt. 60 e 62.

⁽⁴⁶⁾ Bozza Cendon, *cit.*, 1061, art. 73 il comma 1 dell'art. 2046 c.c. è così sostituito: "DANNO CAGIONATO DALL'INCAPACE 1. Risponde del danno anche la persona che non aveva la capacità d'intendere e di volere al momento in cui lo ha cagionato". Viene aggiunto un comma 2 di nuova formulazione, come segue: "Salvo il caso in cui l'incapacità derivi da colpa dell'autore, il giudice può moderare l'ammontare del risarcimento al quale questi è tenuto, in considerazione delle circostanze del caso, con particolare riguardo all'età, alla gravità dello stato d'incapacità e alle condizioni economiche delle parti".

⁽⁴⁷⁾ La bozza Cendon prevede in particolare all'art. 54 che sia i genitori, gli ascendenti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno possono creare il patrimonio con vincolo di destinazione come anche lo stesso beneficiario se ne ha facoltà. Inoltre l'art. 56 stabilisce che "i beni e ogni frutto del patrimonio con vincolo di destinazione devono essere destinati al mantenimento, alla cura, all'istruzione al sostegno del beneficiario tenendo conto dei suoi bisogni e delle sue aspirazioni".

⁽⁴⁸⁾ Sul problema della difesa tecnica per quanto concerne l'amministratore di sostegno si consulti; la bozza Cendon, *cit.*, 1066, sul problema prevede all'art. 94 di modificare il comma 1 dell'art. 716 c.p.c. "CAPACITÀ PROCESSUALE DELL'INTERESSATO. La persona cui il procedimento si riferisce può stare in giudizio e compiere da sola tutti gli atti del procedimento, comprese le impugnazioni, salvo quanto previsto nel successivo comma. In ogni fase del procedimento, il giudice tutelare qualora, con riferimento esclusivo all'interesse del beneficiario, ritenga di stabilire divieti, limitazioni o decadenze incidenti su diritti fondamentali della persona, invita il beneficiario e l'amministratore di sostegno, anche provvisorio, a nominare un difensore..."

TRIBUNALE CIVILE DI TERNI – 8 marzo 2006 – G. U. PANARIELLO
– C. S. (Avv. Trabalza) c. M.C. (Avv. Parroni).

Contratto – Responsabilità contrattuale – Inadempimento – Risoluzione
– Negozio fiduciario Interposizione reale – Interposizione fittizia
– Presupposti – Fattispecie – Prova.

Il negozio fiduciario si qualifica come una combinazione di due fattispecie negoziali collegate, l'una costituita da un negozio reale traslativo a carattere esterno, realmente voluto ed avente efficacia verso i terzi, e l'altra, identificata del c.d. "pactum fiduciae", negozio a carattere interno ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del negozio esterno, in quanto obbliga il fiduciario a ritrasferire il bene o il diritto attribuitogli con il negozio reale all'altro contraente o ad un terzo da questi designato (1).

(*Omissis*) Con atto di citazione notificato in data 23/02/1995, C. S. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale, M. C., per ivi, accertato grave e colpevole inadempimento del convenuto, sentir dichiarare lo scioglimento del rapporto contrattuale ed, in ogni caso, la risoluzione del contratto avente ad oggetto l'agenzia della Z.- Compagnia di Assicurazioni di A., e sentir condannare il convenuto all'attribuzione previo rendiconto della quota di utili e della quota di liquidazione, nonché al risarcimento dei danni subiti; chiedeva, altresì, in via subordinata, che, accertata in ogni caso l'illiceità della condotta del convenuto, quest'ultimo fosse condannato al risarcimento dei danni per violazione dei canoni della correttezza e della buona fede contrattuale.

A sostegno della propria domanda parte attrice assumeva:

- che il proprio padre C. O., fin dal 1984, era titolare dell'agenzia Z. Assicurazioni di A.;

- che C. O., essendo stato nominato agente SIAE, doveva dimettere il mandato - assicurativo e, quindi, d'intesa con la medesima Z. A., intendeva trasferire l'agenzia alla figlia, C. S., ed all'allora "produttore" M. C., che già vi operavano;

- che entrambi, perchè non erano ancora iscritti all'Albo degli Agenti di assicurazione, requisito necessario per diventare intestatario del mandato assicurativo;

- che tale iscrizione poteva conseguirsi con lo svolgimento biennale della funzione di "procuratore" dell'agente assicurativo; che fu così stabilito un programma negoziale che prevedeva l'immediata intestazione fiduciaria dell'agenzia assicurativa ad E. I. che era iscritto all'Albo degli Agenti e che, quindi, si poteva intestare il mandato;

- che quest'ultimo avrebbe nominato M. C. procuratore, per fargli conseguire l'iscrizione all'albo degli agenti; che, a sua volta, M. C., intestatosi sempre fiduciariamente l'agenzia, avrebbe nominato procuratrice C. S.;

- che finalmente, quando anche lei avesse conseguito i requisiti per l'iscrizione all'albo degli agenti, l'agenzia di assicurazione della Z. di A. sarebbe stata cointestata appunto a C. S. e M. C. in parti uguali; che, per rendere operativo l'accordo fiduciario e gestire realmente l'agenzia, fu costituita la società "C. O. e M. C. s.n.c.", che rilevò, senza pagarle, tutte le attrezzature ed esercitò l'attività dell'agenzia, in particolare incassando i premi delle polizze e pagando i relativi costi;

- che di tale società facevano parte l'attrice ed il convenuto, che dividevano gli utili ricavati dalla gestione dell'Agenzia di Assicurazione, in parti uguali; che I. E. onorò l'accordo fiduciario, intestandosi l'agenzia, nominando procuratore M. C. e trasferendo poi fittiziamente mandato assicurativo a quest'ultimo;

- che invece il M., dopo aver nominato procuratrice C. S., quando questa stava per maturare il requisito per l'iscrizione all'albo degli agenti, anziché cointestare con essa l'agenzia, l'aveva usurpata, estromettendo l'attrice dall'attività ed impossessandosi di tutti gli utili.

Si costituiva in giudizio M. C. contestando genericamente la domanda attorea, di cui chiedeva il rigetto, per l'asserita indeterminatezza.

La causa veniva istruita con prove testimoniali e con una C.T.U. seguita da una seconda relazione ad esplicazione dei chiarimenti richiesti dal convenuto.

Quindi, sulla precisazione delle conclusioni rassegnate dalle parti all'udienza del 02/11/2005, come trascritte in epigrafe, dinanzi al giudice designato con decreto del Presidente del Tribunale del 28/06/2005, a seguito della cessazione dell'incarico da parte del giudice onorario aggregato, veniva definitivamente trattenuta in decisione (*Omissis*).

La domanda è fondata e, pertanto, va accolta. In punto di fatto, l'istruttoria espletata in corso di giudizio ha dimostrato in maniera chiara l'esistenza di due accordi collegati, il primo concluso tra C. O. ed I. E., avente ad oggetto la cessione dell'agenzia della Z. Assicurazioni di A. dal primo al secondo, accompagnata da un patto fiduciario interno in base al quale l'I. avrebbe dovuto trasferire l'agenzia a M. C., non appena quest'ultimo, nominato nel frattempo procuratore dell'I., avesse conseguito i requisiti per l'iscrizione all'albo degli agenti, il secondo concluso tra C. S. e M. C., avente ad oggetto la cointestazione del mandato assicurativo dell'agenzia della Z. Assicurazioni di A., tra C. S. e M. C., da attuarsi non appena anche la C., nelle more nominata procuratrice del M., unico titolare e gestore sia pur fiduciario dell'agenzia, fosse in possesso

dei requisiti per ottenere l'iscrizione all'albo degli agenti e, fino a tale momento, gestita (l'agenzia) attraverso una società in nome collettivo costituita tra C. S. e M. C..

Al riguardo, appare assai significativa la deposizione del testimone C. R., sentito all'udienza del 30/03/1998, che si ritiene utile riportare per esteso: "Sono entrato nella società Z. nel Settembre del 1984 con la qualifica di responsabile tecnico-Commerciale dell'Umbria e, per tale qualifica, conosco le circostanze di causa. Quando sono entrato nella Z., titolare dell'agenzia di A. era C. O., ed effettivamente dovendo il C. O. assumere altri incarichi e, precisamente, l'incarico di agente della SIAE in C., si convenne con la Z. e, quindi, con me che la rappresentavo, di trasferire l'agenzia a C. S. ed all'allora produttore M. C. Poiché nessuno dei due aveva la possibilità di iscriversi all'albo degli agenti, si convenne di costituire una società in nome collettivo tra il M. e la C. e, come responsabile, fu incaricato I. E., iscritto all'albo degli agenti ed ancor oggi agente della Z. in P. In un primo momento fu nominato procuratore dell'agenzia M. C.. Preciso che la nomina a procuratore consente, di assumere la qualità di agente dopo due anni. Maturati i due anni, fu nominato agente il M. e procuratrice C. S.. L'accordo era che una volta che anche la C. fosse divenuta agente, la medesima e il M. avrebbero sciolto la società e la Z. avrebbe fatto il mandato ad entrambi nominandoli coagenti. Tutto ciò si fece perchè la Z. all'epoca non conferiva mandati a società, ma a singole persone che avessero i requisiti. L'accordo sopradetto doveva rimanere riservato, esteriormente l'agente doveva apparire il M. Effettivamente le attrezzature furono acquistate dalla società dall'azienda F. Non fu corrisposto alcun corrispettivo a C. O. per la cessione dell'agenzia. Formalmente il passaggio avvenne tra C. O. ed I., senza che fossero pagate rivalse perchè così era l'accordo sostanziale. Nulla so sull'estromissione della C. e sulla mancata cointestazione dell'agenzia perchè all'epoca non collaboravo più con la Z. essendo passato alla SAI. Preciso che non potevano essere nominati contemporaneamente due procuratori, secondo le disposizioni della Z. e, per questo, si decise di nominare prima il M. e poi la C..".

Del tutto concordanti con la deposizione del C. sono quelle di T. M. (sentito all'udienza del 21/04/1997) di C. S. e di V. M. (sentiti all'udienza del 30/09/1998).

In particolare, il T., commercialista della società costituita tra la C. ed M., ha dichiarato di essere a conoscenza dell'accordo tra la C. ed il M. riguardante l'agenzia della Z., in quanto la società costituita tra i predetti, di fatto, gestiva tutti i rapporti attivi e passivi dell'agenzia che, secondo gli accordi, quando la C. ed il M. avessero ottenuto i requisiti formali per fare l'agente assicurativo, sarebbe dovuta essere cointestata ad entrambi. Ha, poi, riferito il T. che le provvigioni dell'agenzia

venivano incassate dalla società costituita tra la C. ed il M. ed erano divise in parti uguali tra i due, ciò fino all'estromissione della Cricco avvenuta 11/30/06/1994.

Il C., in qualità di ispettore tecnico-commerciale della Zurigo per tutta l'Umbria, ha confermato che, sebbene il mandato dell'agenzia di A. fosse intestato al solo M., di fatto per la Z. l'agenzia in questione era gestita in società tra il M. e la C., dei quali mentre il primo si occupava della parte produttiva (stipula contratti), la seconda gestiva maggiormente la parte amministrativo-contabile.

Infine, il V., a conoscenza dei fatti in qualità di coniuge della C., ha confermato tutte le circostanze riferite dagli altri testi, in particolare l'esistenza dell'accordo concluso tra le parti in ordine alla cointestazione dell'agenzia, da realizzarsi successivamente al perfezionamento dei requisiti formali di accesso alla professione, la creazione di una società tra la C. ed il M. per gestire l'agenzia in attesa della formale cointestazione, il mancato pagamento di alcun corrispettivo da parte del M. per subentrare all'I. nell'intestazione del mandato, la divisione dei compiti tra la C. ed il M. nella gestione dell'agenzia.

Stando così le cose, non vi è dubbio, in punto di diritto, che la fattispecie vada ricondotta alla figura del negozio fiduciario, che si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario a tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo (vedi, *Cass. Civ. Sez. II, 01/04/2003, n° 4886, Cass. Civ. Sez. II, 07/08/1982, n° 4438*).

Ed infatti, l'istruttoria ha evidenziato l'esistenza di due successive e collegate cessioni dell'agenzia della Z. (da C. O. ad I. E. e da quest'ultima M. C.), realmente volute dalle parti, ma strumentali all'attuazione di un patto interno diretto a realizzare, alla conclusione dei vari passaggi, la contitolarità alla Cricco e al Montagnoli dell'agenzia di assicurazioni Z. di A., oggetto sostanzialmente di una cessione a titolo gratuito da C. O. a C. S. e M. C..

La prova di tale accordo fiduciario emerge dalle dichiarazioni rese dai testimoni in corso di giudizio, dalle quali risulta univocamente che l'agenzia venne intestata fiduciariamente prima all'I., fiduciario del M., poi al M., fiduciario della C., in attesa che anche quest'ultima, nominata procuratrice dell'agente M. (così come il M. era stato procuratore dell'I.), possedesse i requisiti legali che le avrebbero consentito l'intestazione formale dell'agenzia.

Un'ulteriore prova di tale accordo fiduciario è rappresentato dalla costituzione di una società tra la C. ed il M., strumentalmente diretta a regolare i rapporti patrimoniali tra i predetti soggetti, inerenti al-

l'agenzia,- nelle more perfezionamento del risultato finale dell'accordo fiduciario.

La fattispecie, pertanto, si differenzia dallo schema della simulazione o dell'interposizione fittizia, in cui si realizza una manifestazione negoziale difforme da quella realmente voluta, con l'intesa della sua inefficacia, posto che nell'accordo fiduciario ricorrente nella fattispecie, il negozio con la persona interposta deve considerarsi valido ed efficace, sia pure sul presupposto che il soggetto contraente è obbligato ad un ulteriore trasferimento della situazione giuridica, oggetto di disposizione in suo favore, in favore del beneficiario effettivo dell'atto di disposizione.

In altri termini, il negozio fiduciario non è un negozio fittizio, bensì un negozio reale la cui efficacia è limitata dal "*pactum fiduciae*", che si configura come un negozio accessorio e complementare al primo, diretto ad imporre al fiduciario l'adempimento di un'obbligazione (così, *Cass. Civ. Sez. 03/04/1980, n° 2159*).

Sotto il profilo probatorio, inoltre, non vi è dubbio che non occorre la prova scritta del negozio fiduciario, posto che per la validità del sottostante contratto di agenzia non è richiesta la forma scritta (c.d. forma "*ad substantiam*"), né ostano alla prova del "*pactum fiduciae*" le preclusioni di cui agli *artt. 2721 e segg. c.c.* (vedi *Cass. Civ. Sez. II, 21 / 11 / 1988, n. 6263*), con la conseguenza che i mezzi di prova orale espletati in corso di giudizio devono ritenersi assolutamente idonee a fornire la dimostrazione del negozio fiduciario.

Risulta, inoltre, documentalmente che, in data 28/06/1994, il M. ha revocato alla C. la procura speciale conferitale e, così facendo, l'ha estromessa dalla gestione dell'agenzia, poco prima che la C. conseguisse il requisito necessario per l'iscrizione all'albo degli agenti, ostacolando in tal modo il completamento del programma negoziale (cioè la cointestazione dell'agenzia), quando stava per realizzarsi l'ultimo evento che avrebbe finalmente consentito la realizzazione del risultato finale.

Tale condotta del M. integra indubbiamente, l'inadempimento grave di un'obbligazione avente natura negoziale, posto che il negozio fiduciario caratterizzato, nel rapporto interno, da un accordo di natura obbligatoria, in virtù del quale il fiduciario, una volta divenuto titolare del diritto, è tenuto a ritrasferirlo al fiduciante o ad un terzo, con la conseguenza che nulla impedisce che all'inadempimento di tale obbligazione sia addirittura applicabile la normativa relativa all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto (vedi *Cass. Civ. Sez. 15 / 01 / 1975, n. 156*).

A maggior ragione deve ritenersi applicabile la norma che prevede la risoluzione del contratto, richiesta dall'attrice, la quale va indubbiamente pronunciata atteso il doloso inadempimento del M. agli impegni contrattuali assunti, in particolare, quello di cointestare l'agenzia alla

C., estromessa dall'agenzia quando stava per conseguire i requisiti necessari per essere nominata coagente con il M..

Nè, peraltro, il M. ha provato le irregolarità che la C. avrebbe commesso nell'espletamento delle mansioni di procuratrice, in particolare con riferimento all'emissione di una polizza fideiussoria in favore di tale B. N.. Quest'ultimo, sentito come teste all'udienza del 30/11/1998, ha dichiarato di aver stipulato una polizza con l'agenzia della Z. A. di A., dopo aver trattato sia con la C. che con il M. e che fu proprio quest'ultimo, perfettamente a conoscenza della vicenda del protesto elevato a suo carico (peraltro per errore) a assicurarlo circa il fatto che egli non avrebbe incontrato alcun ostacolo nel rilascio della polizza fideiussoria.

Passando alla domanda di risarcimento danni avanzata dall'attrice, va detto che la medesima ha rivendicato due voci di danno: la sottrazione della sua quota del valore patrimoniale dell'agenzia e la perdita di utili che la partecipazione all'attività economica dell'agenzia avrebbe fruttato all'attrice.

Per quanto riguarda la prima voce di danno, sulla scorta della C. T. U. espletata, in corso di causa dalla dott. ssa S. B., alle due considerazioni e conclusioni, da intendersi qui trascritte, si ritiene di dover aderire per la correttezza e completezza delle stesse, nonché per le pertinenti risposte rese per iscritto alla richiesta di chiarimenti formulata dal convenuto, emerge che, all'epoca dell'interruzione del rapporto (28/06/1994), il valore patrimoniale dell'agenzia, determinato secondo il metodo "reddituale semplificato", era pari complessivamente ad Euro 223.173,71. Tale valutazione deve ritenersi equilibrata e, sicuramente, non eccessiva, posto che è stata effettuata con riferimento ai dati della società palese tra la C. ed M., che gestiva l'agenzia e ne rifletteva i valori, ma non ha tenuto conto dell'ulteriore voce dell'attivo costituita dalla liquidazione del portafoglio assicurativo.

Deve, in definitiva, riconoscersi all'attrice il risarcimento del danno derivante dalla perdita del valore patrimoniale dell'agenzia, limitatamente alla quota di 1,2 di propria spettanza, e, quindi, in definitiva, la somma di Euro 111.586,85, da maggiorarsi degli interessi legali dalla domanda al saldo, trattandosi di debito di valuta, perchè derivante dall'inadempimento di un'obbligazione di natura contrattuale.

Quanto alla seconda voce di danno richiesta, rappresentata dal mancato guadagno degli utili, derivanti dalla compartecipazione all'attività economica dell'agenzia, e della perdita del lavoro che la Cricco avrebbe svolto nell'agenzia, e quantificata equitativamente e complessivamente dall'attrice nella somma di Euro 100.000,00, non si ritiene che gli elementi acquisiti nel corso di giudizio permettano una liquidazione, sia pure equitativa, di tale voce di danno.

Ed infatti, per quanto riguarda il mancato incasso degli utili, trattasi

di un danno futuro che, per poter essere risarcito, necessita della prova (di cui è onerato il danneggiato) della ragionevole certezza, secondo probabilità, che il medesimo danno verrà a verificarsi (vedi *Cass. 87/495*), non essendo sufficiente la dimostrazione di un danno solo potenziale o possibile (vedi *Cass. 93/6109*).

Orbene, l'attrice non ha fornito alcuna prova del fatto che l'agenzia gestita dal M. abbia conseguito utili successivamente al 28/06/1994, essendosi arrestata qualsiasi indagine (anche quella del consulente tecnico d'ufficio) alla suddetta data. Quanto alla perdita del lavoro, trattasi invece di richiesta non pertinente, posto che la C. non avrebbe dovuto rivestire la posizione di una lavoratrice subordinata nell'agenzia, ma quella di socia del M., con la conseguenza che qualsiasi domanda avanzata a tale titolo non può comunque essere liquidata, neppure in via equitativa.

Le spese (ivi comprese quelle di C.T.U.) seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

(1) Profili attuali del negozio fiduciario

Appare interessante soffermarsi, con alcune brevi riflessioni, sulla sentenza in epigrafe che, per la sua attenta ed organica ricostruzione della complesse problematiche afferenti a quella "operazione giuridica complessa" qualificata come negozio fiduciario, costituisce uno spunto per una interessante disamina della vivace *querelle* interpretativa che caratterizza tale istituto in cui si manifesta l'autonomia negoziale privata ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Come riferimenti a carattere generale si vedano GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 10ª ed., Napoli, 2003, 947 ss.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 813 ss.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345 ss.; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ora in Id., *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica. Saggi*, Milano, 1951, 201 ss.; TORRENTE, *In tema di negozi fiduciari*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1942, 154 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 32 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 179-182; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; SALV. ROMANO, *L'accordo fiduciario ed il problema della sua rilevanza*, in *Econ. e credito*, 1967, 280 ss.; ora in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, 35 ss.; Messina, *Negozi fiduciari: introduzione e parte generale*, Città di Castello, 1910; ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, 17 ss.; FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi per le onoranze di Vittorio Scialoja*, II, Milano, 1905, 745 ss.; TAMBURRINO, *Appunti sulla natura giuridica del negozio fiduciario e sugli elementi che lo differenziano dalla simulazione*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1946, I, 183 ss.; VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961. Il negozio fiduciario rientra nella

La fattispecie in concreto decisa dal giudice umbro concerne un passaggio della titolarità di una agenzia assicurativa dal padre, alla figlia e a un terzo in contitolarità, per il quale però, all'epoca dei fatti, sussisteva un impedimento giuridico, in quanto i destinatari dell'agenzia non risultavano ancora in possesso dei requisiti richiesti per essere iscritti all'albo degli Agenti di Assicurazione, iscrizione necessaria per essere titolari di una agenzia in tale settore.

Secondo l'attenta ricostruzione fattuale emergente dall'ampio iter motivazionale della sentenza, l'intento empirico di passare l'agenzia assicurativa di padre in figlia, non potendosi realizzare direttamente a causa della mancanza del requisito dell'iscrizione, è stato realizzato attraverso una via obliqua, cioè tramite un procedimento negoziale indiretto, costituito da una vendita collegata a un mandato. Dalle circostanze del caso in esame, emerge chiaramente l'esistenza di un collegamento tra il negozio di trasferimento della proprietà dell'agenzia assicurativa dal padre (titolare originario) alla figlia (terzo fiduciario) e due successivi contratti di mandato, che obbligavano i fiduciari sia a gestire l'agenzia venduta nell'interesse del soggetto beneficiario, cioè della figlia, sia a ritrasferire successivamente l'agenzia a quest'ultima al momento del raggiungimento dei requisiti di iscrizione all'Albo degli Agenti di Assicurazione. Un tale collegamento palesa la non coincidenza, nella fattispecie negoziale esaminata, tra l'intento giuridico traslativo, tipico della compravendita, e l'intento economico reale del contraente de qua, consistente nel far subentrare la figlia nell'attività imprenditoriale, dato che, all'epoca dei fatti, la figlia non poteva semplicemente rilevare l'agenzia paterna per mancanza del requisito di iscrizione all'albo.

In base a quanto premesso, alla luce dell'interpretazione dicotomica accolta dal giudice umbro, e largamente condivisa in dottrina e giurisprudenza, la fattispecie concreta si qualifica come un c.d. "negozio fiduciario",

più ampia categoria dei negozi di fiducia, la quale comprende anche il mandato, il deposito, la locazione d'opere etc.: cfr. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari e i negozi di fiducia. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, 104 ss. Secondo N. LIPARI, *op. cit.*, 286, il negozio fiduciario in senso tecnico non è ammissibile secondo un'unica schematizzazione funzionale. L'Autore nega la distinzione fra negozio fiduciario e negozio di fiducia. Allo stesso modo G. CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 143 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, cfr. App. Milano, 28.3.1997, in *Corriere giur.*, 1997, 1189 ss., con nota di V. MARICONDA, *Le obbligazioni della società fiduciaria*; Trib. Napoli, 16.1.1993, in *Dir. e giur.*, 1996, 197 ss.; Cass., 18.10.1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1786 ss. Pronunce sulla fiducia statica si rinvencono in Cass., 21 novembre 1975, n. 3911, *ivi*, 1977, I, 1, 984 ss.; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in *Giur. comm.*, 1994, II, 5 ss., con nota di F.M. Giuliani, *Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 581 ss.; in *Foro it.*, 1994, I, 2495 ss.; in *Riv. notariato*, 1994, 1107 ss.; e in *Corriere giur.*, 1993, 855 ss.

ovvero come una combinazione di due fattispecie negoziali collegate, di cui l'una a carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso terzi, e l'altra a carattere interno, pure effettivamente voluto, ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario a tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo.

In sintesi, l'oggetto della sentenza in epigrafe è una "vendita fiduciaria", in cui il trasferimento di proprietà dell'agenzia rappresenta solamente il "mero sfondo", per non dire "motivo", di un'operazione economica ben più complessa contraddistinta, sotto il profilo causale, da due contratti collegati funzionalmente tra loro, ovvero dalla compravendita, come "contratto reale positivo" di trasferimento del diritto, e dal contratto di mandato, come "contratto obbligatorio negativo" contenente l'obbligo per il fiduciario di fare solamente un uso determinato dell'agenzia trasferita, senza alienarla a terzi, ma restituirlo ai soggetti beneficiari ⁽²⁾.

La peculiarità della vendita fiduciaria è data dalla presenza di un cd "*pactum fiduciae*", cioè il rapporto di fiducia tra fiduciario e fiduciante (nel caso *de qua* tra acquirente dell'agenzia e venditore, formalizzato con il contratto di mandato) che arricchisce e corregge il contratto di vendita come se fosse una clausola di natura obbligatoria, accessoria e complementare contenuta all'interno del negozio, anche se in realtà si tratta di una manifestazione di volontà contenuta in un differente contratto ⁽³⁾. Infatti, con l'intestazione fiduciaria l'interposto acquista effettivamente la titolarità del bene o diritto, ma, in virtù del rapporto obbligatorio interno con l'interponente, è tenuto ad un determinato comportamento convenuto con il fiduciante ed a retrocedere i beni a quest'ultimo al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della *causa fiduciae*. In base ai suoi effetti, il contratto fiduciario, come rilevato con precisione dall'organo

⁽²⁾ Non sono mancati, soprattutto in passato, orientamenti volti a disconoscere l'esistenza del negozio fiduciario talora relegando la fiducia nell'ambito dei motivi (così SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 179 e segg.). Sul problema dell'ammissibilità del negozio fiduciario cfr. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; CANEPA E MORELLO, *Il negozio fiduciario*, in *I contratti in generale* a cura di Alpa e Bessone, III, Torino, 1991, 703 e segg.. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 giugno 1968, n. 2097, in *Banca borsa*, 1969, II, 181; Cass., 9 maggio 1967, n. 933, *ivi*, 1968, II, 197; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, *ivi*, 1965, II, 23; Cass., 27 febbraio 1962, n. 378, in *Foro it. Mass.*, 1962, 110.

⁽³⁾ Conformemente alla giurisprudenza citata dal giudice della sentenza in epigrafe cfr. Cass., 7 agosto 1982, n. 4438, in *Foro it. Mass.*, 1982, 926; Cass., 3 aprile 1980, n. 2159, *ivi*, 1980, 426; Cass., 19 febbraio 1971, n. 435, *ivi*, 1971, 137; Cass., 30 gennaio 1968, n. 296, in *Giust. civ.*, 1968, I, 609; Cass., 24 gennaio 1967, n. 215, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1258; Cass., 23 luglio 1962, n. 2035, in *Foro it. Mass.*, 1962, 609; Cass., 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1961; Trib. Milano, 18 aprile 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694, con nota critica di CARNEVALI, U., *Negoziario fiduciario e mandato post mortem*).

giudicante, non è qualificabile come un contratto reale, bensì è un contratto ad effetti reali, giacché il trasferimento è subordinato alla sola manifestazione del consenso, salvo essere poi “condizionato” dal *pactum fiduciae*. Infatti, tale “accordo sulla fiducia” può configurarsi in relazione a qualsiasi situazione giuridica soggettiva reale o personale, non sussistendo alcuna ragione che non consenta di ritenere validamente assunto l’obbligo del fiduciario di ritrasferire in capo al fiduciante o a terzi un diritto di natura personale.

In base a quanto premesso, nella fattispecie in epigrafe, il fiduciario è sì investito di un potere giuridico reale sull’agenzia che gli è stata trasferita, ma tale potere è circoscritto dall’obbligo convenuto con il *pactum fiduciae*. Nel rispetto di tale vincolo, il fiduciario può esercitare il suo diritto di agenzia, di cui ha comunque la titolarità assoluta, solamente nell’interesse del fiduciante, salvo poi ritrasferirlo in rispetto del *pactum fiduciae*. La posizione del fiduciario è dunque assimilata in toto alla proprietà, sebbene risulti indebolita dall’obbligo di fare del titolo l’uso convenuto con il fiduciante⁽⁴⁾.

Infatti, l’inosservanza del *pactum fiduciae* non interferisce sulla validità del contratto con il quale il fiduciario ha trasferito il bene ad un terzo, indipendentemente dalla buona o dalla mala fede di quest’ultimo, salvo restando il diritto del fiduciante di essere risarcito del danno derivante dall’inadempimento di quel patto, come è accaduto nel caso esaminato, in cui il giudice umbro ha disposto la condanna del secondo fiduciario all’integrale risarcimento dei danni, in quanto ha posto in essere un “grave e doloso inadempimento”, non osservando l’obbligo di ritrasferimento dell’agenzia al terzo. Quindi, il *pactum fiduciae* comporta la creazione di veri e propri obblighi giuridici a carico del fiduciario, tutelabili in via giudiziaria da parte del fiduciante mediante le azioni previste dall’ordinamento, idonee

⁽⁴⁾ Sulla teoria del negozio fiduciario e sulla sua costruzione giuridica cfr. ASCARELLI, T., *Il negozio indiretto e le società commerciali* (1931), ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1960; CAMPAGNA, L., *Il problema dell’interposizione di persona*, Milano, 1962; CARIOTA FERRARA, L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; CARRARO, L., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947; DE MARTINI, A., *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 311 ss.; DISTASO, N., *La simulazione nei negozi giuridici*, Torino, 1960; FERRARA, F., *Negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Scialoja*, II, Milano, 1905, 713 ss., rifiuto poi in *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922; GENTILI, A., *Società: fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978; GRASSETTI, C., *Rilevanza dell’intento empirico in caso di divergenza dell’intento empirico*, in *Studi Cagliari*, 1936, 107 ss.; GRASSETTI, C., *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 97 ss.; GRAZIANI, A., *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 414 ss.; LIPARI, N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; PUGLIATTI, S., *Fiducia e rappresentanza indiretta* (1949), ora in *Diritto civile - Saggi*, Milano, 1951 (dove si cita; SACCO, R.-DE NOVA, G., *Il contratto*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Torino, 1982;

ad ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla stipulazione del negozio⁽⁵⁾.

Soffermando poi la riflessione proprio sugli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento in caso di inadempimento del *pactum fiduciae*, la peculiarità della concreta vicenda in esame sta nel fatto che parte attorea non ha richiesto il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., limitandosi solamente a richiedere la risoluzione per inadempimento con conseguente risarcimento del danno. Infatti, nonostante la natura obbligatoria del *pactum fiduciae*, come in tutti i contratti aventi ad oggetto un obbligo di trasferire, le parti possono essere tutelate in caso di inadempimento tramite lo speciale rimedio della sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c. c.⁽⁶⁾, in conformità a quanto affermato da costante giurisprudenza "*La vendita fiduciaria costituisce una ipotesi di collegamento negoziale tra un negozio di trasferimento della proprietà ed un mandato, in virtù del quale il fiduciario si obbliga a gestire la cosa venduta nell'interesse del fiduciante, ed a ritrasferirla a quest'ultimo nei termini pattuiti. Ne consegue che, in caso di violazione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di ritrasferimento della cosa, il fiduciante può chiedere al giudice una sentenza costitutiva che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., tenga luogo del negozio di ritrasferimento*"⁽⁷⁾. Infatti, va ricordato che

⁽⁵⁾ In questo senso, GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345 ss., individua l'essenza del negozio fiduciario nella manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio, ma nell'interesse, o anche nell'interesse del trasferente o di un terzo. La causa del negozio fiduciario viene ricondotta all'area delle manifestazioni negoziali atipiche, la *causa fiduciae* consiste non nel dare per avere (ipotesi comune di causa dei contratti reali) ma nel dare per avere da riavere. Ci si stacca, dunque, in modo reciso da quella *communis opinio* che afferma l'inammissibilità dei negozi astratti di trasferimento. Siamo pertanto passati da una concezione radicata sulla esistenza di due negozi, reale ed obbligatorio, a quella fondata su di un unico negozio produttivo al tempo stesso di effetti reali ed obbligatori, negozio atipico perchè non inquadrabile nei tipi presenti standardizzati dall'ordinamento e con una causa anch'essa atipica. In favore della unità dello schema causale del negozio fiduciario, v. anche S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta, Diritto civile, metodo teoria pratica* (Milano, 1951), p. 279, per il quale «il fenomeno fiduciario può invece comprendersi ed apprezzarsi solo come fenomeno unitario». *Contra*, LIPARI, *il negozio fiduciario*, Torino, 278 per il quale il multiforme fenomeno pratico che si esprime nel riferimento alla tradizionale categoria sociale del negozio fiduciario rende impossibile la riconduzione ad una unitaria configurazione causale.

⁽⁶⁾ Cfr. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 70 che, peraltro, interpretando restrittivamente l'art. 1351 c. c., sostiene la non necessità della forma scritta sia per il mandato senza rappresentanza che per il *negozio fiduciario* neppure ai fini dell'art. 2932 c. c. Sul problema si veda anche PUGLIATTI, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Studi in onore di Messineo*, Milano, 1958, 277 e segg.

⁽⁷⁾ In senso conforme Cass., 15 gennaio 1975, n. 156, in *Mass. Giur. It.*, 1975, 52; Id., 21 novembre 1976, n. 3911, cit., secondo cui "l'impegno anche se fiduciariamente

il negozio fiduciario è costituito da un'obbligazione che limita o modifica l'efficacia di un contratto ad effetti e, pertanto, in caso di inadempimento, può legittimare l'azione di esecuzione specifica della prestazione⁽⁸⁾.

La motivazione del giudice sul punto è coerente e ineccepibile nei suoi passaggi logici, in quanto rende conto solo delle pretese avanzate da parte attorea secondo il principio dispositivo, tuttavia il giudicante avrebbe potuto evidenziare che nel negozio fiduciario il vero pregiudizio per il fiduciante non è rappresentato dal mancato ritrasferimento del bene, cui si può appunto ovviare con l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di dare, ex art. 2932 c.c., quanto piuttosto dal mancato raggiungimento dei fini voluti, cui non si può ragionevolmente porre rimedio in ragione della ineseguibilità in forma coattiva degli obblighi di fare. Infatti, nel caso di specie, il fine voluto era in realtà il passaggio alla figlia della clientela dell'attività paterna.

Venendo al *thema decidendum* della sentenza in oggetto, per certezza di indagine, occorre sottolineare che in merito all'istituto del negozio fiduciario, tradizionalmente collocato entro la categoria dei negozi indiretti od obliqui, a livello sistematico sussistono numerose incertezze interpretative. Merita attenzione, quindi, il confine definitorio posto con molta precisione dal Giudicante relativamente all'inquadramento sistematico della concreta fattispecie negoziale. Infatti, vi sono spunti nel diritto vivente⁽⁹⁾ che qualifi-

assunto di costituire il fiduciante nella divisata situazione giuridica finale è azionabile ai sensi dell'art. 2932 c. c. se non difetta dei requisiti formali e sostanziali voluti dalla legge in ordine alla natura del diritto da trasferire"; Id., 20 maggio 1976 n. 1798, *ivi*, *Mass. Giur. It.*, 1976; Id., 28 marzo 1981 n. 1787, in *Rep. Giur. It.*, 1981, voce "Obbligazioni e contratti", n. 616; Id., 23 dicembre 1987, n. 9634, *ivi*, 1988, voce "Obbligazioni e contratti", 616 e per la motivazione in *Corriere Giur.*, 1988, 254 con nota di MARICONDA. In senso contrario alla necessità della forma scritta *ad substantiam*, *Cass.*, 21 novembre 1988, n. 6263, in *Rep. Giur. It.*, 1988, voce "Prova testimoniale", n. 5 secondo cui alla prova del *pactum fiduciae* non ostano le preclusioni di cui agli artt. 2721 e segg. c. c. relativi alla prova testimoniale e per testi

⁽⁸⁾ In merito al rimedio costituito dalla sentenza costitutiva ex art. 2392 c.c. la giurisprudenza si è ampiamente pronunciata. Tra le tante, si veda: *Cass. civ. Sez. II*, 1 aprile 2003, n. 4886 in *Corriere Giur.*, 2003, 8, 1041 nota di MARICONDA. Tra la giurisprudenza di merito: *Trib. Roma*, 29 novembre 1999, in *Giur. romana*, 2000, 252.

Interessante per il collegamento con la natura del contratto fiduciario è *Cass. civ. Sez. I*, 19 febbraio 2000, n. 1898, commentata in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2481.

⁽⁹⁾ Sul tradizionale problema del negozio fiduciario e sulla sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico: S. AMMENDOLA, *Il negozio fiduciario e la prova del pactum fiduciae*, in *Amm. it.* 1995, p. 860; V. CARBONE, *Pactum fiduciae ed interposizione*; Nota a *Cass.*, sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024, Del Col c. Rotella, in *Corriere giur.* 1993, p. 855; L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933; Id., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1933; Id., *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in *Giur. it.*, vol. LXXXIX, 1937, sez. I, c. 1; U. CARNEVALI, *Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, Roma 1990; Id., *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.* 1975, II; P.L. GAGGERO, *L'interposizione reale in negozi solenni*. Nota a *Trib. Chiavari* 30 aprile 1991, Queirolo c. Queirolo, in *Nuova giur.*

cano il negozio fiduciario semplicemente come uno schema negoziale unitario, legislativamente atipico, fondato sulla “*causa fiduciae*”, in cui l’effetto obbligatorio non costituisce un limite all’effetto reale, ma si trova con esso in un rapporto di interdipendenza, nel senso che l’attribuzione patrimoniale è il mezzo per rendere possibile all’accipiente quel suo comportamento in ordine al diritto trasferitogli: l’effetto obbligatorio costituisce quindi la causa giustificatrice dell’effetto reale, e fonda l’unità del negozio fiduciario, che diventa quindi un mero schema concettuale, pronto a colorarsi delle differenti sfumature dei negozi-contratti che su esso si appoggiano⁽¹⁰⁾. In tal senso, ciò che qualifica l’istituto fiduciario è proprio la divergenza tra l’intento giuridico che muove i contraenti e l’intento empirico cui normalmente (o tipicamente) quell’intento si ricollega (vendita), anche perché il negozio fiduciario è ammissibile solamente quando l’effetto obbligatorio, che coincide con la causa dell’attribuzione, sia un intento empirico atipico meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. Altra dottrina invece sostiene che il negozio fiduciario sia un contratto gratuito accompagnato da un *modus*, in quanto il diritto acquisito non arricchisce il fiduciario, ma tale lettura appare minoritaria in quanto, trattandosi di un atto dovuto, non è possibile considerare liberalità il trasferimento dal fiduciario al terzo indicato dal fiduciante⁽¹¹⁾. Infatti, la differenza tra la fattispecie della fiducia e quella

civ. 1992, I, p. 417; A. GENTILI, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano 1978; C. GRASSETTI, *Rilevanza dell’intento giuridico in caso di divergenza dall’intento empirico*, in *Studi di Cagliari* 1936, p. 25, past. Nota 70; Id., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, p. 349; Id., *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi* 1951, p. 331; Id., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano 1991, p. 7; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano 1961; G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, Milano 1910 e ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948; M. Nuzzo, *Negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.* 1985, p. 645; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, n. 2, 1999, p. 571; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile -Saggi*, Milano 1951; SALV. ROMANO, *L’accordo fiduciario e problema della sua rilevanza*, in *Scritti minori*, III, Milano 1980; V.M. TRIMARCHI, *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978; M. ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano 1991.

⁽¹⁰⁾ In passato si era cercato di ricostruire il contratto fiduciario come un contratto unitario avente una propria causa: cosiddetta causa *fiduciae*. Sul punto cfr., GRASSETTI, *Del Negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, 375; DE MARTINI, *Il concetto di negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. It.*, 1946, I, 2, 326; Trib. Verona, 21 marzo 1959, in *Foro It.*, 1960, I, 1838, per una rassegna sulla causa del negozio fiduciario cfr., Nuzzo, *Il negozio fiduciario. Sintesi di informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, II, 645; TRIMARCHI voce «Negozio fiduciario», in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 38 e segg.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 278 e segg.

⁽¹¹⁾ La categoria dei negozi di fiducia è ampia e comprende, tra gli altri, il mandato, il deposito, la locazione d’opere etc. Per una disamina di essi cfr. L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari e i negozi di fiducia. Trasferimento, cessione e girata a*

di un comune contratto obbligatorio consiste nel fatto che nella fiducia non vi è la semplice assunzione di una posizione obbligatoria, ma vi è un trasferimento di proprietà che è finalizzato proprio all'adempimento di quegli obblighi. Si tratta di un trasferimento pieno che comporta solo un semplice limite temporale il quale non esclude, nel tempo in cui si è proprietari, l'assolutezza del dominio.

Approfondendo l'intento giuridico ravvisabile nella fattispecie concreta, il Giudicante ternano ha preliminarmente dovuto distinguere se la vendita fiduciaria dell'agenzia assicurativa aveva come presupposto una "fiducia" di tipo c.d. "romanistico" o di tipo c.d. "germanistico", cioè se l'intenzione del fiduciante era di ritrasferire al fiduciario la piena titolarità del diritto di agenzia o la sola legittimazione ⁽¹²⁾. Accogliendo la giurisprudenza prevalente, la pronuncia ha correttamente ricondotto il trasferimento fiduciario esaminato alla c.d. "fiducia romanistica", in quanto il negozio in esame pone in essere un passaggio effettivo in capo al soggetto interposto della piena ed esclusiva titolarità del diritto di proprietà sull'agenzia

scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario (Padova, 1935). *Contra*, N. LIPARI, *Il negozio fiduciario* (Milano, 1964), p. 286. Il pensiero dell'Autore, che è fondato sulla inammissibilità della configurazione del negozio fiduciario in senso tecnico secondo un'unica schematizzazione funzionale e di contro, l'affermazione della sostanziale unità del fenomeno sul piano sociale, conduce alla negazione della distinzione tra negozi fiduciari e c.d. negozi di fiducia. Ancor più decisamente, cfr. G. CRISCUOLI, *Fiducia e Fiduciae, in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 143, il quale sottolinea come la categoria dei negozi di fiducia "dovrebbe essere un contraltare del gruppo dei negozi fiduciari veri e propri ..., ma si può dire ... che è un fantasma di contraltare, gelatinoso e cascante, senza contorni e precisa fisionomia".

⁽¹²⁾ F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di V. Scialoja* (Milano, 1905), II, p. 745 ss.; *Id.*, *Della simulazione dei negozi giuridici* (Roma, 1922). Come è noto, si distingue comunemente la fiducia romanistica, che è quella appartenente alla nostra tradizione giuridica, la fiducia germanistica, nella quale, a differenza della prima, il potere sulla cosa acquistato dal fiduciario è limitato dalla esistenza di una condizione risolutiva. Il contenuto di detta condizione può essere diverso, secondo la costituzione ed i fini del negozio. Quel che va sottolineato è che la condizione, operando con efficacia automatica, attribuisce alla posizione del fiduciante una aspettativa realmente tutelata nei casi in cui il fiduciario violi i suoi obblighi, disponendo dei beni fiduciati in contrasto con lo scopo stabilito, ovvero in caso di morte o fallimento dello stesso fiduciario. La configurazione della fiducia secondo lo schema risultante dall'analisi che svolgeremo conduce al radicale abbandono della suddetta distinzione. In questo stesso senso, cfr. H. DERNBURG, *Bürgerliches Recht*, I, p. 503, secondo cui nella fiducia romanistica può l'acquisto essere limitato realmente mediante condizione risolutiva. Per una sostanziale riconduzione della fiducia romanistica a quella germanistica entro il medesimo istituto v. SCHLESS, *telbare Stellvertretung and Treuhand* (Leipzig, 1931), il quale osserva che la fiducia romanistica e quella germanistica hanno costituito insieme la base per la costruzione dei moderni negozi fiduciari.

assicurativa. Al contrario, se la fiducia fosse stata di tipo germanistico vi sarebbe stata una scissione tra rapporto interno e rapporto esterno del negozio, cioè il fiduciante avrebbe trasferito al fiduciario interposto la mera proprietà formale, cioè la legittimazione all'esercizio del diritto sul bene trasferito, ma non anche la proprietà sostanziale che sarebbe rimasta in capo al fiduciante stesso, per cui l'interposto non avrebbe potuto disporre del diritto senza l'esplicita indicazione in tal senso da parte del proprietario effettivo⁽¹³⁾.

L'effetto traslativo del negozio fiduciario, proprio della fiducia romanistica, caratterizzato dall'attribuzione al fiduciario di un diritto pieno ed illimitato dal punto di vista reale comporta il rischio che quest'ultimo usi il potere attribuitogli in modo difforme da quanto stabilito nel *pactum fiduciae*, come accaduto nel caso di specie, in cui il fiduciario non ha adempiuto all'obbligo di ritrasferire l'agenzia alla figlia del fiduciante, costringendo il fiduciario a esercitare l'azione contrattuale nonché a chiedere il risarcimento dei danni per l'inadempimento del *pactum fiduciae*. Inoltre, occorre evidenziare che nei casi di "fiducia romanistica", in cui oggetto della fiducia sono immobili o mobili registrati, sussiste il rischio che, in caso di abuso del fiduciario, i principi della trascrizione fanno comunque salvo l'acquisto dei terzi, anche in mala fede. Infatti, poiché il negozio fiduciario, nella parte contenente il "*pactum fiduciae*", non è trascrivibile, in considerazione della sua natura obbligatoria, nulla impedisce al fiduciario di trasferire, in sua violazione, il diritto cedutogli ad un terzo, il cui acquisto è pienamente valido ed efficace anche nei confronti del fiduciante.

In ambito dottrinale, all'interno dello schema logico del *pactum fiduciae*, si distingue ulteriormente tra le fattispecie di c.d. "fiducia statica", in cui il fiduciario è già titolare del bene rispetto al quale assume l'obbligo di comportamento in base a una situazione giuridica attiva preesistente, e quelle di fiducia c.d. "dinamica", in cui invece un soggetto (fiduciante) trasferisce un diritto ad un altro soggetto (fiduciario), il quale assume l'obbligo nei confronti del fiduciante di tenere un dato comportamento con riguardo

⁽¹³⁾ La giurisprudenza, specie in settori di più vivace attualità, come quello dei rapporti commerciali, si mostra incerta se ricomprendere il negozio fiduciario nello schema della fiducia di tipo romanistico ovvero in quella di tipo germanistico, sebbene sembri ancora propendere per la fiducia romanistica, pur con alcune aperture, specie nel campo mobiliare. Sul punto si veda: ANGELICI, *Note su interposizione fittizia e società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 687; Id., *La società nulla*, Milano, 1975, 230; DI CHIO, *Interposizione fittizia del contratto di società*, in *Società*, 1990, G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (scoria)*, in *Dig. dic. priv., sez. civ.*, Torino 1992, vol. VIII, p. 288; T. CARNEVALI, *Negozio giuridico (negozio fiduciario)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1990, vol. XX; M. Nuzzo, *Negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.* 1985, p. 645; R. MARTUCCI, *Proposte per una considerazione del negozio fiduciario alla luce del diritto tedesco vigente e della rei vindicatio utilis romana*, in *Riv. dlr. comm.* 1991, I, p. 479.

al bene trasferitogli, corrispondente con la ratio negoziale individuata dal Giudicante in sentenza ⁽¹⁴⁾.

Sotto il profilo applicativo, il negozio fiduciario *de qua* rientra in una ipotesi di "fiducia *cum amico*" in quanto, in tal caso, l'appartenenza del bene al fiduciario è voluta per una comodità del fiduciante, mentre nella cd "fiducia *cum creditore*" quando il contratto fiduciario ha lo scopo di garanzia del credito ⁽¹⁵⁾.

Tornando sugli argomenti vagliati nella pronuncia, molto interessante appare la precisa separazione concettuale delineata dall'attento Giudicante ternano tra il negozio fiduciario e gli istituti di interposizione di persona ad esso assimilabili ⁽¹⁶⁾. Spesso, infatti, il fenomeno dell'intestazione fiduciaria

⁽¹⁴⁾ Per la distinzione fra fiducia dinamica e fiducia statica cfr.: Trib. Napoli, 16 gennaio 1993, in *Dir. Giur.*, 1996, 197; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Mass. Giust. Civ.*, 1991; cfr., Trib. Chiavari, 30 aprile 1991, in *Nuova Giur. Comm.*, 1992, I, 415; motiv. di Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 968; Id., 12 giugno 1986, n. 3898, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 1015; Id., 21 novembre 1975, n. 3911, *ivi*, 1977, I, 1, 984; in particolare sulla nozione di fiducia «statica» deve segnalarsi in dottrina il significativo contributo di LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in AA. VV., *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 67, cui si rimanda per gli ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁽¹⁵⁾ È stato osservato, infatti, che l'istituto della *fiducia cum creditore* è solo un residuo non operante del passato. Esso aveva una ragione di esistere fino agli anni del massiccio aumento degli interessi bancari (intorno agli anni '60). Fino a quegli anni, infatti, esisteva ancora una circolazione del credito privato, esisteva, che, una fascia borghese che investiva anche modesti risparmi, concedendo credito ad interessi di poco superiori a quelli delle banche. L'operazione traeva la sua utilità dalla maggiore rapidità di conclusione rispetto al rapporto bancario. Ed era quella l'epoca nella quale si sono viste concretizzare le ultime ipotesi di intestazioni fiduciaria a garanzia. La applicazione della intestazione fiduciaria a scopi di garanzia appare, inoltre, fortemente penalizzata sotto il profilo fiscale, giacché il peso della imposizione tributaria che opprime l'intestazione fiduciaria (per i beni immobili) è così forte da rendere impraticabile l'ipotesi. L'analisi comparata dei costi delle operazioni di garanzia realizzate attraverso l'istituto della ipoteca e della *fiducia cum creditore* rivela, infatti, che già solo l'imposta di trasferimento in sede di intestazione al creditore del bene oggetto di garanzia è quattro volte superiore a quella che grava sulla ipoteca. Acìò va aggiunta l'altra forma di imposizione che grava sugli incrementi di valore dei cespiti trasferiti, nonchè la previsione del pagamento doppio dell'imposta di trasferimento, qualora, considerando l'iter normale e non quello patologico del procedimento, il bene rientri nel patrimonio del debitore fiduciante. In ultimo, si rileva come l'intero carico tributario per l'intestazione e la retrocessione dei beni ricade nelle ipotesi fiduciarie di garanzia interamente su una sola parte. Per questi ed ulteriori aspetti dei profili applicativi della *fiducia cum creditore*, v. S. SANTANGELO, *Fiducia cum creditore, mandato irrevocabile a scopo di garanzia*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency* (Milano, 1991), p. 255 ss.

⁽¹⁶⁾ Con riguardo alla suddetta distinzione si veda: Cass. 6 dicembre 1984, n. 6423, in *Riv. not.*, 1985, 1282; GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 1; CARRESI, *Il contratto*, cit. 137;

viene confuso o accumulato a quello del negozio indiretto o quello della simulazione (anche, dallo stesso legislatore, come ad esempio negli artt. 2359 bis, ult. co. e 2504 ter, 1° e 2° co., c.c.). Sia nel negozio fiduciario che in quello simulato, si pone in essere una interposizione di persona tramite un rapporto trilatero, interponente – interposto - terzo, basato su una causa che, nel caso della simulazione (o per meglio dire nell'interposizione fittizia), è individuata dal rapporto dissimulato perché chi contratta realmente è l'interponente, mentre l'interposto finge solo di volere in proprio. Al contrario, nell'interposizione reale, la causa si avvicina allo schema del mandato e comunque del collegamento negoziale con cui si pone in essere un effettivo acquisto da parte di un soggetto della titolarità di un bene per effetto di un *pactum fiduciae*, ossia del negozio fiduciario ⁽¹⁷⁾.

Negozi fiduciario e simulazione, come attentamente ribadito nella sentenza epigrafata, sono quindi due figure negoziali vicine, identificate in un genere unitario, connotato dalla discrepanza tra causa tipica del negozio adottato e l'intento effettivamente perseguito, cioè dalla discrasia tra volontà effettiva e dichiarazione. Ma tali istituti sono in realtà ben distinti, sia dal punto di vista strutturale che funzionale, in quanto nel rapporto

BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1984, 663 e 674; GATTI, *Interposizione reale e interposizione fittizia (una distinzione ancora valida)*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 217; SCARDULLA, *Interposizione di persona*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 143; DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, 409; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, 530 e 683; PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova, 1938, 45; FERRARA SR., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, 56. Parzialmente differente è la tesi formulata da MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1952, 560, il quale afferma che mentre nella simulazione gli effetti voluti dalle parti si realizzano automaticamente, dato che l'accordo dissimulato neutralizza il contratto simulato, nel *negozio fiduciario* la produzione degli effetti è subordinata all'adempimento dell'obbligazione gravante sul *fiduciario*. Contra, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in genere*, Milano, 1975, 167, secondo il quale la differenza consiste piuttosto «nella diversa struttura dei meccanismi negoziali» a cui le parti ricorrono.

⁽¹⁷⁾ Sul punto si veda: Cass., 18.10.1991, n. 11025. È possibile, altresì, effettuare un'ulteriore distinzione tra interposizione fittizia ed accordo simulatorio, ma è una distinzione che corre comunque sul filo del rapporto trilatero anziché bilatero. La trilateralità del rapporto è dunque condizione necessaria e sufficiente per la ricostruzione della causa del fenomeno inteso come interposizione reale con causa reale, mentre nell'interposizione fittizia il rapporto resta bilaterale. Nella simulazione, infine, la trilateralità o la bilateralità del rapporto riguarda piuttosto la distinzione concettuale fra simulazione assoluta e simulazione relativa, nel senso che di quanto consegue all'interposizione del terzo se ne vogliano effettivamente gli effetti. In questo senso, argomentando dal disposto dell'art. 1706, 1° co., c.c., CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 83 ss.; si veda anche Cass., 6.12.1984, n. 6423, in *Giust. civ.*, 1985, I, 719 ss. App. Bologna, 14.6.1991, in *Foro padano*, 1992, I, 407 ss., riconosce che manca lo schema trilatero sufficiente per la simulazione e opta invece per una ricostruzione bilaterale basata sul negozio fiduciario.

fiduciario non esiste un'apparenza da eliminare, perché tutti gli effetti del negozio traslativo e del *pactum* sono voluti dalle parti. Invece, come posto attentamente in evidenza dal Giudicante ternano, nel meccanismo della simulazione, le parti danno vita ad una regolamentazione d'interessi soltanto apparente, in quanto si accordano al fine di non produrre alcun effetto giuridico (c.d. simulazione assoluta) o di produrre un effetto dissimulato. Infatti, l'interposizione fittizia (cioè la simulazione) consiste in un accordo avente ad oggetto l'attribuzione delle qualità di parte del contratto ad un soggetto estraneo allo stesso ma disposto a prestare il proprio nome al fine di sostituirsi alla titolarità formale dei diritti da questo nascenti ⁽¹⁸⁾.

Come correttamente sintetizzato nella pronuncia in esame, nell'interposizione fittizia sussiste un accordo *à trois*, che involge anche il terzo, mentre nell'interposizione reale il terzo contraente non è coinvolto nel patto d'interposizione in quanto tale: il negozio fiduciario si colloca indubbiamente sul piano dell'interposizione reale, in quanto solo l'investitura reale, e non apparente, del fiduciario nel diritto trasferitogli consente di perseguire al meglio l'intento espresso nel *pactum fiduciae* ⁽¹⁹⁾.

Spesso però, la differenza tra negozio fiduciario e negozio simulato in casi come quello di specie non appare così evidente, nel senso che anche l'accordo simulatorio può essere scambiato per un *pactum fiduciae*, perché

⁽¹⁸⁾ In merito si veda: Cass., 28 luglio 1982, n. 4860, in *Giur. comm.*, 1982, II, 34, con nota di CARNEVALI, *Intestazione simulata e quota di società a responsabilità limitata?*; Cass., 1° ottobre 1981, n. 5192, in *Giust. civ. Rep.*, 1981, n. 8; Cass., 19 marzo 1980, n. 1838, in *Giust. civ. Rep.*, 1980. Per una rassegna generale sulla simulazione, da ultimo cfr.: MARI, *Interposizione fittizia e reale*, in *Foro pad.*, 1992, I, 413; CERONI, *Nuovi profili della simulazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, 165. GRANELLI, *Simulazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 711; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 151; GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982.

⁽¹⁹⁾ In dottrina cfr.: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, 919; CARRESI, *Il contratto*, in Tratt. Cicu-Messineo, XXI, 1, Milano, 1987, 385; MIRABELLI, *Dei contratti in genere*, in Comm. del Codice civile a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, 460 e 472; SACCO, *Il contratto*, in Tratt. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 384; MESSINEO, *Accordo simulatorio e dissimulazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 241; DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960. In senso difforme da questa impostazione si veda Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Riv. not.*, 1988, 439, oggetto di numerosi commenti: D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte suprema*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1201; MARASÀ, *Comunione di godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, 159; IOZZELLI, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 495.

Inoltre, esiste una copiosa giurisprudenza sul tema, solo per citarne alcune: Cass., 1° settembre 1993, n. 9251, in *Giust. civ. Rep.*, 1993, voce SIMULAZIONE, n. 10; App. Bologna, 4 settembre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 109; Cass., 21 marzo 1990, n. 2349, in *Giur. civ. Rep.*, 1990; Cass., 19 dicembre 1986, n. 7728, in *Riv. not.*, 1987, 564; Cass., 22 giugno 1974, n. 1891, in *Giust. civ. Rep.*, 1974.

ha una *causa fiduciae*, e l'interposto fittizio può ben apparire un fiduciario dell'interponente. Pertanto, secondo la giurisprudenza e la dottrina dominante, lo strumento per individuare l'esistenza o meno dell'intento di operare un effettivo trasferimento della titolarità del diritto al fiduciario è dato dall'interpretazione della volontà delle parti. Nel caso che ci occupa, l'organo giudicante ha rintracciato, nelle risultanze probatorie, una concorde volontà di tutte le parti di porre in essere un trasferimento effettivo dell'agenzia assicurativa di padre in figlia, quindi, una interposizione reale di persona ⁽²⁰⁾.

La distinzione tra interposizione fittizia e interposizione reale assume particolare rilevanza sul piano probatorio. Infatti, come preliminarmente precisato nella pronuncia in commento, ex art. 1417 c.c., le parti che vogliano dimostrare l'esistenza di un accordo simulatorio stipulato tra esse devono necessariamente offrire la prova mediante l'esibizione della controdi dichiarazione, in quanto l'accordo simulatorio, essendo un patto che modifica il contenuto di un contratto intervenuto tra le stesse parti ex art. 1722 c.c. può essere provato per testimoni, salvo le eccezioni nel caso di negozi che richiedono la forma scritta *ad substantiam*. Diversamente invece avviene per il *pactum fiduciae*, il quale produce, non già una modificazione degli accordi negoziali, ma il sorgere a carico del fiduciario dell'obbligo di ritrasferire la titolarità del diritto del fiduciante a semplice richiesta di quest'ultimo. La prova è dunque libera, nel senso che può essere data, ex art. 2725 c.c., o attraverso l'esibizione dell'atto scritto o per testimoni, salvo che il contratto a cui accede il *pactum fiduciae* necessiti della forma scritta a pena di nullità ⁽²¹⁾. Nella fattispecie negoziale in esame, infatti, la

⁽²⁰⁾ Se si vuole approfondire il tema, si veda in senso critico ed in modo ben articolato vedi F.M. GIULIANI, *Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale*, in *Giur. comm.* 1994, II, p. 8 ss; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma 1922; anche L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova 1990, p. 38. A.R. GENTILE, *La simulazione contrattuale*, in *Arch. civ.* 1998, p. 831; A. GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Dig. dic. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, p. 511; M. LUPOLI, *Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista*, in *Vita not.* 1998, p. 19; A. PALALLO, *Successione, trust e fiducia*, in *Vita not.* 1998, p. 770. Inoltre appare davvero interessante esaminare l'approfondimento di N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino 1960, p. 85 ss.

⁽²¹⁾ Ancora in senso contrario all'ammissibilità della simulazione; GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXVII, Milano, 1982, 193; BORGIOLO, *La nullità delle società per azioni*, Napoli, 1977, 133; in giurisprudenza: Cass., 22 dicembre 1969, n. 4023, in *Giust. civ.*, 1970, I, 615. Per l'ammissibilità della simulazione, invece, si sono espressi: FRÈ, *Società per azioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 35; COTTINO, *Società per azioni*, in *Nuovissimo dig. it.*, XVII, Torino 1970, 589; SCHERMI, *La simulazione nella costituzione delle società persone giuridiche*, in *Studi in memoria di Torrente*, II, Milano, 1968, 1067; FERRARA JR., *Società etichetta e società apparente*, in *Riv. dir. civ.*, 1956,

prova sulla quale si è basato l'organo giudicante è stata fornita attraverso dichiarazioni testimoniali, dato che il contratto di agenzia, ai fini della sua validità, non richiede la forma scritta *ad substantiam*.

Va segnalato inoltre che, sebbene la sentenza in commento nulla dica al proposito, l'ipotesi esaminata potrebbe ricadere anche nella figura del mandato senza rappresentanza. Infatti, la tendenza della più recente giurisprudenza è quella di collocare il negozio fiduciario e il mandato senza rappresentanza, l'uno accanto all'altro all'interno della categoria dell'interposizione reale. Ma, mentre nel mandato senza rappresentanza, disciplinato all'art. 1706 c. c., il mandatario acquirente è vero e unico proprietario della cosa acquistata salvo l'obbligo del ritrasferimento in capo al mandante, invece nella fiducia il fiduciario è sì titolare del diritto, ma l'esercizio stesso è svolto nell'interesse di un'altra persona e cioè del fiduciante o del terzo indicato dallo stesso⁽²²⁾. Infatti, il "*proprium*" della fiducia non sta nell'obbligazione di svolgere attività negoziale ma in quell'intestazione del diritto effettuata nell'interesse altrui al fine di creare o mantenere la dissociazione fra diritto ed interesse, come emerge chiaramente dall'analisi effettuata dal Giudicante ternano del caso *de qua*. In realtà la Cassazione sottolinea la labilità del confine esistente fra le due figure, considerando il negozio fiduciario come contratto atipico con prevalente carattere di mandato, in base a un criterio di distinzione che individua un mandato ogni qual volta debbano essere compiuti dall'agente uno o più atti determinati ed un negozio fiduciario quando viceversa si tratti del compimento di un'attività più complessa. Addirittura nelle pronunce meno recenti la Suprema Corte aveva parlato di "*mandato fiduciario*", con applicazione delle regole del mandato e, precisamente, degli artt. 1706 e 1707 c. c., in osservanza degli artt. 1322 e 1323 c. c., in quanto "*il mandato senza rappresentanza si pone anzi come la figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire senza residui e senza necessità di ulteriori combinazioni, da solo o per l'intero, quell'intento fiduciario*"⁽²³⁾.

II, 650; CICU, *Simulazione di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, 141; GRECO, *Le società di comodo e il negozio indiretto*; in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 761; ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Vivante*, I, Roma, 1931, 23.

Sul tema cfr., inoltre, SCORDINO, *Ancora in tema di interposizione fittizia e partecipazione in società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 314; CERONI, *La simulazione e l'interesse a simulare nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 67.

⁽²²⁾ Sul punto si veda: A. FORCHINO, *Pactum fiduciae e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, in *Giur. it.* 2000, c. 2258; G. CHINE, *Bevi note in tema di interposizione reale: mandato senza rappresentanza e pactum fiduciae a confronto*, in *Giur. it.* 1994, I, 1, c. 581; V. CARBONE, *Pactum fiduciae ed interposizione reale*, in *Corriere giur.* 1993, p. 855. Così anche PUGLIESE, G., 35; DE MARTINI, A., *Negozio fiduciario, negozio indiretto, negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, 705 ss.

Proseguendo nella rassegna della sentenza, al giudice umbro non sfugge neanche l'esistenza di una zona di interferenza tra il negozio fiduciario e quello indiretto, in quanto con entrambi le parti perseguono degli intenti atipici, cioè utilizzano gli effetti giuridici di un determinato negozio per attuare scopi che trascendono dagli scopi tipici e appartengono invece a un diverso negozio che o l'ordinamento non prevede espressamente, o che prevede ma con una disciplina e con effetti meno efficaci di quanto le parti vorrebbero. Anzi, andando più nello specifico, parte della dottrina afferma che il negozio fiduciario è una *species* rientrante nel *genus* dei negozi indiretti, in quanto costituisce *"l'accordo tra due soggetti, fiduciante e fiduciario, con il quale il primo dichiara al secondo che accetta, di volergli trasferire una situazione giuridica soggettiva reale o personale, per il conseguimento di uno scopo ulteriore rispetto a quello immediatamente risultante dal negozio"* cioè un negozio in cui vi è una clausola obbligatoria idonea a piegare il contratto ad un fine fiduciario, cioè appunto ad un fine indiretto ⁽²³⁾.

Ma, il contratto fiduciario si differenzia dal contratto indiretto per il diverso scopo che risulta realizzabile in virtù del solo negozio utilizzato, senza necessità di un separato atto che lo pieghi alla funzione voluta dalle parti. Pertanto, tra negozio fiduciario e negozio indiretto si può riconoscere una affinità solo sul piano economico, ma nessun punto di contatto sul piano giuridico, come affermato dalla chiarificante giurisprudenza riportata dal giudice umbro in sentenza (Cass. civ., 2159/1980).

⁽²³⁾ Così letteralmente da Cass., 20 maggio 1976, n. 1798, in *Mass. Giust. Civ.*, 1976, 789. Conformemente sul punto si veda: Cass., 19 giugno 1981, n. 4024, in *Mass. Giust. Civ.*, 1981, 1424, oppure Cass., 28 febbraio 1983, n. 1508, *ivi*, 1983, 528, e tra le più recenti Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *Giust. Civ.*, 1999, 2635, con commento di SALAFIA. La stessa Cassazione, d'altra parte, in precedenti pronunzie si era orientata in tal senso giungendo addirittura a negare autonomo rilievo alla fattispecie fiduciaria identificandola nel mandato senza rappresentanza. Cfr. Cass., 19 giugno 1981 n. 4024 in *Mass. Giust. Civ.*, 1981 secondo cui, nel caso di specie si sarebbe trattato di un *negozio fiduciario* e precisamente di un mandato senza rappresentanza.

Tale tendenza risulta peraltro confermata anche dalla una parte della dottrina che rifacendosi alla disciplina del mandato, ha ammesso che il fiduciante possa fare valere il suo diritto nei confronti dei creditori del fiduciario quando tale diritto risulti da atto avente data certa anteriore al pignoramento ovvero, trattandosi di immobili o beni immobili registrati, quando la domanda giudiziale di trasferimento risulti da atto iscritto anteriormente al pignoramento. In tal senso, anche secondo questa opinione, recentemente avallata dal Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, troverebbe senz'altro applicazione analogica la regola, stabilita dall'art. 1707 c. c. in tema di mandato senza rappresentanza.

⁽²⁴⁾ In particolare si segnalano gli Studi classici sul negozio indiretto e sul collegamento negoziale T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, I, Roma 1931, p. 25; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano 1937, p. 171; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur* 1937, p. 275; G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c. (Contributo allo studio dell'interposizione di persona)*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1955, p. 1077.

Il problema fondamentale cui si riferisce la pronuncia pubblicata è quello della necessità o meno che il *pactum fiduciae* rivesta la forma scritta, in mancanza di una specifica disciplina giuridica. In particolare, nel caso di specie, il Giudicante ternano non ha ritenuto necessaria “la prova scritta del negozio fiduciario”, aderendo a quella interpretazione dottrinale che, in virtù del principio di libertà delle forme negoziali, e della stessa costruzione dogmatica del *negozio fiduciario* come fattispecie obbligatoria, riconosce l'idoneità anche della semplice prova orale ai fini della dimostrazione del negozio fiduciario ⁽²⁵⁾. La motivazione della sentenza pubblicata, per cui “per la validità del sottostante contratto di agenzia non è richiesta la forma scritta ad substantiam”, è coerente e ineccepibile nei suoi passaggi logici, in quanto, consequenziale alla tesi accolta dal giudicante ternano, secondo la quale il negozio fiduciario è una fattispecie realizzata da due contratti collegati, e la sua forma è quella desunta di volta in volta richiesta dalla legge per l'atto successivo (c.d. forma *per relationem*).

Quindi, nel caso concreto, la forma in questione non è quella del negozio traslativo dell'agenzia assicurativa, ma dei “patti aggiunti o contrari al contenuto del documento” (contenenti il vincolo fiduciario) che, come tali, non hanno una forma specificatamente prevista e possono essere liberamente provati, con qualsiasi mezzo posto a disposizione dall'ordinamento, in quanto non sono sottoposti a nessun limite di prova testimoniale di cui all'art. 2722 c.c. ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, la questione relativa alla forma che deve rivestire il *pactum fiduciae*, particolarmente discussa in giurisprudenza, forse proprio per tale motivo poteva meritare un maggiore approfondimento dall'organo giudicante. In merito, infatti, non sussiste una posizione uniforme, né in dottrina, né in giurisprudenza, ma possono distinguersi due orientamenti contrapposti.

Il primo, meno seguito dai giudici, sostiene il carattere non formale del patto, in quanto assume come presupposto la regola generale della libertà di forma e la tassatività delle ipotesi in cui l'ordinamento pretende una forma negoziale solenne a pena di invalidità. Tale orientamento si basa sulla mancanza di un'espressa previsione di legge e sul carattere obbligatorio e non reale del *pactum fiduciae*, che, come tale, non rientra tra gli atti di cui all'art. 1350 c.c.: si afferma. l'impossibilità di ricondurre l'accordo fiduciario nell'ambito dell'art. 1351 c.c., avente ad oggetto la forma del contratto preliminare, dato il divieto di applicazione analogica stabilito per le disposizioni eccezionali dall'art. 14 prel..

⁽²⁵⁾ Sul tema della prova del negozio fiduciario, si veda: Cass. civ. Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663Foro It., 1989, I, 101, commentata in *Giust. Civ.*, 1989, I, 968, e in *Riv. Notar.*, 1989, 215, e in *Giur. Agr. It.*, 1989, 294, e in *Riv. Notar.*, 1989, 705

⁽²⁶⁾ Sul punto si veda l'interessante studio di E. NAPOLILLO, *I contratti tra principi e valori dell'ordinamento*, in *I nuovi contratti* a cura di E. NAPOLILLO, Piacenza 2002, p. 48 ss e inoltre si veda G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 c.c.*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di BELVEDERE A. e GRANELLI C., Padova 2001, p. 128.

Al contrario, l'opposto orientamento, prevalente in giurisprudenza, sostiene la necessità per il *pactum fiduciae* della forma scritta *ad substantiam*, sulla base di una esigenza di certezza imposta dalla rilevanza economica e sociale dei contratti elencati ex art. 1350 e ex art. 1351 c.c.. In particolare, la Cassazione è giunta ad affermare che il *pactum fiduciae* deve essere redatto per iscritto a pena di nullità assimilando l'accordo *fiduciario* ad un contratto preliminare unilaterale che vincola il *fiduciario* a dichiarare la volontà di concludere un futuro contratto⁽²⁷⁾.

Da ultimo, l'attenzione del lettore merita di essere richiamata anche sul panorama risarcitorio delineato dal Giudicante ternano nella pronuncia *de qua*, il quale ha accolto solo la pretesa attorea riguardante il danno patrimoniale emergente, corrispondente alla sottrazione della quota di valore patrimoniale dell'agenzia, quantificata in via equitativa secondo il cd "*metodo reddituale semplificato*", mentre non ha ritenuto fondata, per difetto di prova, la pretesa riguardante il danno patrimoniale da lucro cessante, identificato nel mancato incasso degli utili dell'agenzia.

Come insegnano la dottrina e la giurisprudenza citate con pertinenza in sentenza, tale tipo di danno attiene esclusivamente "*al lucro che cessa*", cioè nel mancato guadagno conseguente all'inadempimento del *pactum fiduciae*, e può essere risarcito solo ove il danneggiato offra la prova rigorosa che l'illecito abbia influito o possa comunque influire in futuro sullo sviluppo dell'attività assicurativa. In sostanza, la pretesa avanzata da parte attorea concerne la perdita della "chance di guadagno", cioè di una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, quale danno futuro, con riguardo alla concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato guadagno⁽²⁸⁾. Ai fini della risarcibilità è necessario, quindi, che il soggetto che agisce in via giudiziale dimostri la sussistenza di una probabilità non trascurabile di conseguire un utile economico secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni,

⁽²⁷⁾ Con riguardo al *negozio fiduciario* in generale, e ai suoi numerosi profili applicativi: tra gli altri, cfr.: AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991; GIULIANI, *Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza*, sulle orme di un caso giurisprudenziale (nota a Cass., 29 maggio 1993, n. 6024, in *Giur. comm.*, 1994, II, 8); GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Tratt. Cicu-Messineo, III, 1, Milano, 1988, 420; TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in Enc. dir., XXVIII, Milano, 1978, 3. In giurisprudenza si veda: Cass., 14 maggio 1990 n. 4118, in *Giust. civ. Rep.*, 1990, v. Simulazione n. 6; Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Giust. civ. Rep.*, 1988, v. Obbligazione e contratti n. 120. Cass., 2 luglio 1990, n. 6764, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1694; Cass., 2 marzo 1973, n. 571, in *Dir. fall.*, 1973, II, 923; Cass., 9 dicembre 1970, n. 2603, in *Casi e materiali, Società per azioni*, I, Milano, 1974, 144; e in *Giust. civ.*, 1971, I, 461, con nota di GIANNATTASIO.

⁽²⁸⁾ Così letteralmente gli argomenti della sentenza, Cass. civ. Sez. III, 15 febbraio 2005, n. 711 commentata in Guida al Diritto, 2005, 16, 53 nota di MADEO. Tra le pronunce meno recenti Cass. civ. Sez. II, 18 ottobre 1988, n. 5663, commentata in Corriere Giur., 1988, 1268 con nota di CATALANO, e in *Foro It.*, 1989, I, 101.

allegando specifiche circostanze di fatto. Fatta questa precisazione, il Giudicante ternano ha quindi correttamente rigettato la richiesta risarcitoria *ex adverso* avanzata, in quanto parte attorea non ha soddisfatto il proprio onere probatorio, non “*fornendo alcuna prova del fatto che l’agenzia gestita dal M. abbia conseguito utili*”.

Infine, il giudice ha ritenuto inammissibile perché ultronea e non pertinente la richiesta risarcitoria avanzata per il danno perdita del lavoro, in quanto *la causa petendi* di riferimento non è un contratto di lavoro subordinato, ma un negozio traslativo di un diritto di proprietà su quote di partecipazioni sociali.

In conclusione, data l’eterogeneità delle fattispecie riconducibili al fenomeno fiduciario, rispondenti alle diverse esigenze concrete avvertite nella pratica, occorre accertare caso per caso se il fiduciante ha inteso trasferire al fiduciario, in chiave di operazione complessa, la piena titolarità ovvero la sola legittimazione, oppure se si sia a inteso condizionare, risolutivamente, l’attribuzione ad un evento. La fiducia è uno strumento “modellato” dall’iniziativa privata, fondamentale nella prassi e nella teoria per adattare ad interessi nuovi la consolidata struttura formale degli schematismi legali, in quanto, come fattispecie di collegamento, opera una sintesi delle strutture giuridiche che esprimono una operazione negoziale in sé individuata, operazione in senso giuridico non in senso soltanto economico e interamente descrittivi ⁽²⁹⁾.

Infatti, per stabilire con chiarezza il rapporto tra mandato e titolarità fiduciaria, nel fenomeno giuridico in esame come in tutti gli altri, sia per quanto riguarda l’aspetto statico (il compimento di atti) che per quello dinamico (la titolarità per conto altrui), occorre analizzare il concreto realizzarsi del rapporto, come ha fatto l’attento giudice *de qua*, individuando la disciplina legale la cui applicazione risulti più coerente e funzionale alla ottimale realizzazione dell’assetto di interessi effettivamente perseguito.

ALESSANDRA FANI

⁽²⁹⁾ La nozione di causa, nella prospettiva indicata, manifesta chiaramente la relazione necessaria con il piano della autonomia negoziale. Ove la libertà contrattuale non venga riconosciuta ovvero sia limitata entro l’ambito di dati effetti tipici e determinate modalità di esercizio, il richiamo alla nozione di causa avrà il significato, sopra visto, di ragione o funzione che tipicamente contrassegna l’atto negoziale rispetto al quale la libertà del privato incide sulla sola scelta di compierlo. Cfr. A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, (Roma, 1988), p. 2. Nella considerazione della causa, quale noi operiamo, come indice dello scopo della volontà delle parti cui corrisponde lo schema negoziale operativo, tipizzato dal legislatore o creato ad hoc dalle parti stesse, il ruolo della autonomia privata è fondamentale sia nella considerazione della causa atipica, come normalmente avviene, sia di quella tipica. La causa corrisponde alla direzione della volontà negoziale, che non è, o almeno non deve coincidere, con lo scopo individuale soggettivo, ma è il fine che con il negozio si attua. Procedendo dalla visione opposta della valutazione del negozio, possiamo definire, quindi, il negozio come “volontà causalizzata”.

DIRITTO PENALE

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 10 aprile 2006 – *Pres. Est. Medoro – C.*

Elezioni – Rimozione del crocifisso dal seggio elettorale da parte del suo presidente – Revoca della nomina – Esclusione (d.p.R. 30 marzo 1957, n. 361, artt. 35, 42).

L'idoneità a ricoprire l'ufficio di presidente del seggio elettorale non viene meno per avere il medesimo rimosso il crocifisso appeso alla parete della sua sezione e per avere inoltre omesso di ottemperare all'ordinanza del Sindaco di Amelia che lo ha diffidato a ripristinarne la collocazione (1).

(*Omissis*). Questo Presidente ritiene di non potere fare luogo al provvedimento di revoca richiesto dal Prefetto di Terni in quanto non ricorrono, nella fattispecie, le indispensabili condizioni richieste dalla normativa vigente in materia. E, invero, l'articolo 35 del T.U. delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei Deputati, approvato con il D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, prevede, al primo comma, che la nomina dei presidenti di seggio deve essere effettuata dal Presidente della Corte di Appello competente per territorio entro il 30° giorno precedente quello della votazione fra una categoria di soggetti qualificati, elencati nella stessa norma, nonché fra «quei cittadini che, a giudizio del Presidente medesimo, siano idonei all'ufficio, esclusi gli appartenenti alle categorie elencate all'art. 38». Dal tenore letterale della norma in esame, appare evidente che la nomina dei comuni cittadini a presidente di seggio presuppone un giudizio di idoneità degli stessi a svolgere, responsabilmente, il delicato ufficio di presidente di seggio. Orbene, non può ritenersi che tale giudizio di idoneità sia venuto meno, per avere il Presidente del seggio n. 8 di Fernole di Amelia rimosso il crocifisso appeso alla parete della sua sezione e per avere inoltre omesso di ottemperare all'ordinanza del Sindaco di Amelia che lo ha diffidato a ripristinarne la collocazione. Ciò per un triplice ordine di ragioni. La prima ragione è dovuta al fatto che è assolutamente ir-

rilevante, nella fattispecie in esame, che il seggio sia collocato in un'aula scolastica, dovendosi, invece, considerare tale aula come mero spazio fisico, attualmente e per l'occasione, destinato a svolgere una funzione diversa da quella dell'attività didattica propria della scuola. La seconda ragione è dovuta al fatto che compete alla responsabile decisione del presidente del seggio accertare e verificare che la sala destinata alle elezioni abbia le caratteristiche e gli arredi indispensabili per la funzione che deve assolvere, nella piena osservanza di quanto prescritto dall'art. 42 del T.U. sopra citato e delle disposizioni tecniche emanate dal competente Ministero dell'Interno. Orbene, tra ciò che la sala delle elezioni deve avere non è affatto menzionato o considerato il crocifisso, il cui indubbio valore simbolico non è peraltro in discussione in questa sede, rilevando semplicemente l'opportunità che la sala destinata alle elezioni sia uno spazio assolutamente neutrale, privo quindi di simboli che possano, in qualsiasi modo, anche indirettamente e/o involontariamente, creare suggestioni o influenzare l'elettore. La terza e ultima ragione, addirittura assorbente, è che dalla nota prefettizia in esame non è affatto dato di ricavare che la decisione del presidente del seggio di rimuovere il crocifisso abbia inciso negativamente sullo svolgimento delle operazioni elettorali. Né si può sostenere il contrario sulla base della segnalata «notevole tensione all'interno del seggio». Tale tensione si deve considerare come un fenomeno del tutto fisiologico, del quale si dovrà dare atto nel processo verbale relativo alle operazioni elettorali, come segno della normale dialettica, verificatasi tra il presidente e gli altri componenti del seggio, su una determinazione che potrà anche non essere condivisibile da parte di costoro ma che, nel caso concreto, non presenta affatto i caratteri della prospettata illegittimità. Per completezza sul punto, questo Presidente osserva ulteriormente che – salva e impregiudicata ogni altra valutazione di competenza dell'Autorità Giudiziaria penale sull'inottemperanza del presidente del seggio alla diffida rivoltagli dal Sindaco di Amelia – siffatta condotta è anch'essa irrilevante ai fini in esame, per la semplice considerazione che il provvedimento sindacale è stato adottato sulla base del R.D. 30/4/1924, n. 965, non pertinente alla fattispecie in esame, in quanto riferibile soltanto agli istituti di istruzione ossia alle scuole, mentre, come si è già sopra rilevato, si versa in materia di seggi elettorali solo accidentalmente, allocati in aule scolastiche con una funzione, però, completamente diversa (*Omissis*).

(1) Diritto di voto e simboli religiosi: considerazioni sulla presenza del crocifisso nei seggi elettorali.

Con il provvedimento in epigrafe la Corte d'appello di Perugia si è pronunciata sulla richiesta del Prefetto di Terni di provvedere alla destituzione dall'incarico di un presidente di seggio elettorale, adducendo come motivazione che il medesimo aveva rimosso il crocifisso dall'aula scolastica dove si svolgevano le elezioni, nonché aveva mancato di ottemperare alla diffida del sindaco di ricollocarlo al suo posto «creando notevole tensione all'interno del seggio».

Tale decisione si inserisce con una prospettiva nuova nel dibattito interno alla giurisprudenza italiana, segnatamente tra Cassazione e Consiglio di Stato, sull'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici e le relative ripercussioni sul principio di laicità dello Stato.

Prima di entrare nel merito della decisione, dunque, il presupposto fondamentale a qualunque considerazione va individuato nella definizione del principio di laicità dello Stato, così come formulato nella Costituzione del 1948 e sostanziato nella giurisprudenza della Corte costituzionale ⁽¹⁾.

Nonostante esistano degli elementi «trasversali» che concorrono a distinguere il principio di laicità, quali l'autonomia e l'indipendenza dell'autorità civile nei confronti dell'autorità religiosa, l'aconfessionalità dello Stato e la sua neutralità e imparzialità in materia religiosa, la temporalità dei valori di cui si fa portatore ⁽²⁾, un'analisi comparata degli ordinamenti nei quali la laicità appare ormai patrimonio consolidato del sistema giuridico e politico rivelerebbe che il principio è ben lungi dal ricevere una formulazione

⁽¹⁾ Dagli artt. 19 Cost., che tutela la libertà di religione non solo positiva ma anche negativa, vale a dire anche la professione di ateismo o di agnosticismo (Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in *Giur. cost.*, 1979, I, 816 ss.; Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334, in *Giur. cost.*, 1996, III, 2919 ss.), 9 Conv. eur. dir. uomo che tutela la libertà di manifestare «la propria religione o il proprio credo» e 3 Cost., che garantisce l'uguaglianza di tutti i cittadini, la Corte costituzionale ha ricavato il principio di laicità dello Stato, intesa come garanzia del pluralismo confessionale e culturale (Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, in *Giur. cost.*, 1989, I, 890 ss.; Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, III, 3805 ss.). La Corte ha altresì dichiarato la laicità principio «supremo» dell'ordinamento costituzionale che impone la distinzione fra ordine civile e religioso (Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334, cit.) e che su ogni altro ha «priorità assoluta e carattere fondante» (Corte cost., 5 maggio 1995, n. 149, in *Giur. cost.*, 1995, II, 1241 ss.). La laicità comporta, dunque, equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le confessioni religiose (Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329, in *Giur. cost.*, 1997, III, 3335 ss.), di tal che non sarebbe possibile riconoscere alcuna tutela da parte degli organi dello Stato ai simboli religiosi, se non come oggetti di culto (art. 404 c. p.) o beni privati (artt. 624, 635 c. p.).

⁽²⁾ Cfr. OLIVITO, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Dir. pubb.*, 2004, 549 s.

univoca, e che al contrario risente delle condizioni storiche e culturali dei singoli contesti in cui si è affermato ed è celebrato ⁽³⁾.

La definizione del principio in Italia è stata data in forma giudicata parzialmente ambigua da una nota sentenza della Corte costituzionale, nella quale da una concezione “negativa” della laicità, vale a dire di non ingerenza da parte dello Stato rispetto al fenomeno religioso, si è passati ad una concezione “positiva”, che comporta un ruolo attivo delle istituzioni «per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale». Nel riconoscere al principio di laicità un posto tra «i principi supremi dell’ordinamento costituzionale», con una «valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale», la Corte prende atto che la laicità non è un principio espresso in forma sintetica nella nostra Costituzione, ma risulta dall’integrazione di una serie di principi e norme funzionali a dotare la laicità di contenuti concreti e giuridicamente effettivi; tali principi, senza i quali la laicità resterebbe una mera asserzione ideologica, sono espressi agli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost. ⁽⁴⁾.

Esiste, dunque, un rapporto circolare tra la laicità e i principi suddetti, essa li fonda e loro la estrinsecano in quelle che il Consiglio di Stato nella sentenza n. 556 del 2006 ha definito «condizioni d’uso» ⁽⁵⁾: dall’analisi delle

⁽³⁾ Così Ratti che, a commento di Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 556, ricostruisce almeno tre modelli di laicità: il modello inglese, per la cui comprensione non è dato prescindere dalla commistione tra potere temporale e potere spirituale della Chiesa anglicana, il modello francese, inteso come assoluta neutralità dello spazio pubblico, e, infine, il modello statunitense, che ha fatto della laicità una “religione civile” conseguente alla sacralizzazione delle istituzioni pubbliche. Cfr. RATTI, *Principio di laicità e valore storico-culturale del Crocifisso in un recente giudizio del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2007, 839 s.

⁽⁴⁾ Secondo la Corte costituzionale nell’ordinamento italiano la laicità si concretizza nella reciproca autonomia fra ordine temporale e ordine spirituale, con la conseguente interdizione per lo Stato di ingerire nelle confessioni religiose (artt. 7 e 8 Cost.), nella tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.) indipendentemente da quanto disposto dalla religione di appartenenza, nella uguaglianza giuridica fra tutti i cittadini, irrilevante a tal fine la loro diversa fede religiosa (art. 3 Cost.), nel rispetto della libertà delle confessioni di organizzarsi autonomamente secondo i propri statuti purché non contrastino con l’ordinamento giuridico italiano (art. 8 Cost.), nella tutela della libertà in materia religiosa per tutti, e cioè di credere, non credere, di manifestare in pubblico o in privato la loro fede, di esercitarne il culto (art. 19 Cost.), e nel divieto, infine, di discriminare gli enti confessionali a motivo della loro ecclesiasticità e del fine di religione o di culto perseguito (art. 20 Cost.). Come si può notare manca il riferimento all’art. 21, che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero, nonché l’art. 97, che sancisce l’imparzialità della pubblica amministrazione (cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, cit.).

⁽⁵⁾ Cfr. Cons. St., 13 febbraio 2006, n. 556, in *Giur. it.*, 2007, 836 ss. Con questa sentenza il Consiglio di Stato si è pronunciato sul ricorso di una donna finlandese, che si era rivolta al TAR Veneto per richiedere l’annullamento di una deliberazione del Consiglio di Istituto della scuola media frequentata dai due figli, nella parte

single condizioni d'uso vigenti in ciascun ordinamento, secondo il Consiglio di Stato, è possibile evincere in che modo si declini la laicità; essa infatti «non si realizza in termini costanti nel tempo e uniformi nei diversi paesi, ma, pur all'interno di una medesima "civiltà", è relativa alla specifica organizzazione istituzionale di ciascuno Stato, e quindi essenzialmente storica, legata com'è al divenire di questa organizzazione» ⁽⁶⁾. Non sarebbe configurabile, dunque, un modello astratto di laicità che sia universalmente valido e si articoli oltre quel contenuto minimo che è la *condicio sine qua non* della stessa sussistenza del principio, soprattutto alla luce del ruolo attivo delle istituzioni che presuppone una serie di condizionamenti culturali dovuti alla storicità delle istituzioni stesse ⁽⁷⁾.

La lettura "relativista" che è stata data dal Consiglio di Stato del principio di laicità è apparsa discutibile in quanto suscettibile evidentemente di contraddire la laicità stessa: se, infatti, per sua natura la laicità comporta un approccio relativista dello Stato nei confronti dei caratteri culturali e religiosi dei propri cittadini, essa non può tenere un atteggiamento relativista nei confronti di sé stessa, a meno di non sconfessare il proprio fondamento e compromettere le proprie finalità.

Ora, la posizione espressa dal Consiglio di Stato, che riconosce un carattere "flessibile" alla laicità dello Stato è finalizzata a ricomporre la polemica che oppone la vigenza di norme regolamentari risalenti relative all'esposizione del crocifisso negli spazi pubblici con il principio di laicità

in cui respingeva la proposta di escludere tutte le immagini e i simboli di carattere religioso negli ambienti scolastici sulla base dei seguenti motivi: violazione del principio di laicità dello Stato (artt. 3 e 19 Cost.; 9 Convenzione dei diritti dell'uomo, resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848) e violazione del principio di imparzialità della Amministrazione (art. 97 Cost.). La ricorrente metteva in discussione la vigenza delle norme regolamentari in materia di arredo scolastico, e più precisamente l'art. 118 R.D. n. 965 del 1924, dal momento che la norma non era stata "riprodotta" dal T.U. del 1994, tanto più che era venuto meno il principio di confessionarietà, sancito dall'art. 1 dello Statuto albertino che ne rappresentava il fondamento (in quanto tale norma statutaria non era stata ripresa dalla legge n. 121 del 1985 di attuazione dell'accordo di Villa Madama). La ricorrente sottolineava, inoltre, che tale norma fosse incostituzionale, dal momento che si poneva in contrasto con il principio di laicità dello Stato sancito dalla Costituzione repubblicana. Il Consiglio di Stato giudicava infondato il ricorso proposto avverso la decisione del TAR Veneto, sez. III, 22 marzo 2005, n. 1110, in *Foro it.*, 2005, n. 3, 329 ss., che aveva respinto la sua richiesta di annullamento della deliberazione del Consiglio d'Istituto, ritenendo che la normativa del 1924 fosse ancora in vigore, in quanto non era stata assorbita dal T.U. del 1994 e neppure abrogata con l'entrata in vigore della Costituzione, dal momento che, secondo il Consiglio di Stato, non esisterebbe un rapporto di causalità tra il principio di confessionarietà contenuto nello Statuto albertino e le norme in questione.

⁽⁶⁾ Cons. St., 13 febbraio 2006, n. 556, cit.

⁽⁷⁾ Cfr. RATTI, *op. cit.*, 843.

affermato dalla Costituzione ⁽⁸⁾. Riconoscere al principio elasticità equivale dunque a renderlo compatibile con la presenza del simbolo in ragione del fatto che il crocifisso identifica innanzitutto una specifica identità culturale di cui la laicità stessa è figlia: in altre parole al crocifisso si ascrive una tradizione culturale olistica alla luce della quale si riconoscerebbe la civiltà occidentale.

Il Consiglio di Stato propone, in sintesi, un rovesciamento della prospettiva del tema dell'esposizione dei simboli religiosi: a fronte della presunta incompatibilità delle norme regolamentari che comprendono il crocifisso tra gli elementi dell'arredo scolastico con il principio di laicità dello Stato riconosciuto dagli accordi di Villa Madama, il giudice, ferma restando l'abrogazione dell'art. 1 dello Statuto albertino e della relativa disciplina contenuta nei Patti lateranensi del 1929, ritiene che la normativa regolamentare non solo non sia stata abrogata, ma non sia da considerare pacificamente antinomica «con i principi oggi ispiranti l'ordinamento costituzionale dello Stato, ed in particolare con il principio di laicità [...]». Secondo il Consiglio di Stato la prima discriminante che influisce sul significato del simbolo religioso è il luogo dove è posto: qualora sia inserito in un luogo di culto il crocifisso riduce in forma immediata il complesso di dogmi e valori tipici della religione cristiana, tuttavia se posto in una sede non deputata all'esercizio del culto, come gli spazi pubblici, il crocifisso cessa di rivolgersi esclusivamente ai credenti, per richiamare i valori civili che «soggiacciono ed ispirano il nostro ordine costituzionale». In tal senso il crocifisso diventa un simbolo laico, giustificabile alla luce dell'origine religiosa dei valori «di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione», valori che connotano la civiltà italiana.

Questo approccio cd. "culturale" ⁽⁹⁾, che in verità esprime una tendenza

⁽⁸⁾ L'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche è prevista dall'art. 140 del R.D. 15 settembre 1860, n. 4336 che attuava la l. 13 novembre 1859, n. 3725. Successivamente, la presenza del crocifisso fu prevista dal regolamento generale della scuola elementare emanato con R.D. 6 febbraio 1908, n. 150, dalla circolare n. 68 del 22 novembre 1922 del Ministero della Pubblica Istruzione per la scuola elementare, dalla circolare del 16 dicembre 1922 del Ministero dell'Interno rivolta ai Prefetti, dalla circolare n. 8823 del 1923 del Ministero della Pubblica Istruzione, nel R.D. 30 aprile 1924, n. 965 relativo alle scuole medie, dal R.D. 1 settembre 1925, n. 2009 relativo ai convitti, nella circolare 10 giugno 1926 del Ministero della Pubblica Istruzione relativo all'istruzione di ogni ordine e grado, nella circolare 26 maggio 1926, dalla circolare 12 settembre 1927 relativa all'istruzione secondaria, nel R.D. 26 aprile 1928, n. 1297 sull'istruzione elementare e infine sulla circolare 19 ottobre 1967, n. 367 sull'edilizia e l'arredamento della scuola dell'obbligo. Per una disamina del problema del crocifisso nelle aule scolastiche cfr. ZANOTTI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Dir. eccl.*, 1990, 324 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. LUZZATTI, *Lo strano caso del crocifisso*, in *Ragion pratica*, 2007, n. 28, 125 ss.

già ampiamente palesata dalla giurisprudenza amministrativa ⁽¹⁰⁾, esprime l'eredità edulcorata di un altro criterio alla luce del quale si era cercato di colmare l'incompatibilità tra principio di laicità e esposizione dei simboli religiosi, quello secondo cui sarebbe riconosciuto alla religione cattolica e ai suoi simboli un ruolo privilegiato rispetto alle altre confessioni in virtù del fatto che ad essa aderiscono la maggioranza degli italiani ⁽¹¹⁾.

In realtà, riconoscere al crocifisso una dimensione universale sotto il profilo culturale altro non è che secolarizzare la dittatura di una maggioranza, contravvenire cioè al fondamento stesso della laicità che si identifica con la tutela della coscienza di ogni singolo individuo e delle formazioni in cui si rispecchia, a maggior ragione se sono minoritarie ⁽¹²⁾.

La tendenza ribadita dal Consiglio di Stato ancora nel 2006 pecca soprattutto di anacronismo, ritenendo pacifica l'identificazione dei valori della civiltà occidentale con il crocifisso inteso come simbolo culturale.

Nonostante non sia in discussione la laicità dello Stato, vale a dire la separazione del potere spirituale dal potere temporale, in società dalle tradizioni culturali omogenee nello spazio pubblico i simboli della confessione dominante hanno resistito, citando Colaianni, «per forza d'inerzia», in quanto la dislocazione territoriale delle religioni non ha messo in discussione l'identificazione della comunità con il simbolo ⁽¹³⁾. Con l'avvento delle società multiculturali, tuttavia, i simboli nei quali si riconosceva l'intera comunità sono diventati espressione solo di una parte di essa, facendo emergere una enorme contraddizione tra l'universalità dei valori civili, necessaria per un'effettiva integrazione, e la parzialità del simbolo a cui questi valori erano stati fino ad allora ricondotti ⁽¹⁴⁾. Non è dunque tanto in discussione la dimensione secolare del crocifisso, non si vuole negare il suo ruolo nella formazione di una coscienza laica, improntata alla tolleranza e alla solidarietà, quanto la sua capacità di rivolgersi ad una comunità ormai eterogenea, che non si riconosce *univocamente* nel crocifisso. In sostanza, il rischio che corrono gli ordinamenti contemporanei aderendo a questa tesi è che la parzialità del simbolo renda parziale anche i valori di cui è portatore.

⁽¹⁰⁾ Cfr. il noto parere del Consiglio di Stato del 27 aprile 1988, n. 63, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1989, 197 ss., secondo cui il crocifisso «rappresenta il simbolo della civiltà e della cultura cristiana nella sua radice storica come valore universale indipendente da specifica confessione religiosa».

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte cost., 30 novembre 1957, n. 125, in *Giur. cost.*, 1957, 1209 ss.; Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 79, in *Giur. cost.*, 1958, II, 990 ss.; Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 14, in *Giur. cost.*, 1973, I, 69 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. LUTHER, *La croce della democrazia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1996, 683.

⁽¹³⁾ Cfr. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, 2006, 75 ss.

⁽¹⁴⁾ Un esempio è il superamento della croce rossa, la mezzaluna rossa e la stella di David rossa in favore del cristallo rosso introdotto dalla convenzione di Ginevra per dotarsi di un logo universalmente riconosciuto.

La civiltà italiana “cambia”, perché per sua natura, oltre a possedere un’anima statica che nasce dalla stratificazione tradizionale, è dotata di una componente “sincronica” che impone di rielaborare costantemente l’accezione di cultura parallelamente alle trasformazioni della società civile: in questo senso la cultura, multiforme ma indivisibile, delle civiltà integrate è paragonabile ad un fluido di tradizioni culturali diverse che dialogano e si contaminano, le cui interazioni hanno scollato inevitabilmente i simboli tradizionali dalla loro vocazione universale. Non sono in discussione i valori civili menzionati nella sentenza del Consiglio di Stato, né, tanto meno, è in discussione che il crocifisso, per alcuni, li rappresenti in maniera compiuta. Non è insomma in discussione il valore civile in sé, la sua universalità all’interno della società italiana, ma la dimensione soggettiva della società, con la presenza di cittadini che praticano culti diversi da quello cristiano cattolico, si è articolata in modo tale che quei valori possano essere rappresentati oggi da paradigmi molteplici, in suprema istanza riassunti dalla Costituzione. L’ecumenismo di cui il crocifisso è portavoce nella sua dimensione “laica” entra in crisi nel momento in cui solo una parte dei cittadini associa immediatamente il simbolo al suo contenuto: in questo senso è la Costituzione, che è per sua natura composizione di istanze, a identificare e proteggere i valori comuni del popolo italiano, e tra essi quella libertà di coscienza che nella dimensione privata legittima i cittadini, tra l’altro, a riconoscere l’universalità del crocifisso. Luther afferma che «[p]er un laico occidentale[...] la croce può simbolizzare anche la memoria dell’origine storica dei principali diritti fondamentali dell’uomo: il diritto di vita negato dalla pena di morte, la libertà di coscienza conculcata del martire, la dignità sociale negata allo schiavo»⁽¹⁵⁾, tuttavia non si può evitare di considerare che il multiculturalismo ha ridefinito le società occidentali, integrando un patrimonio di memorie storiche la cui convivenza e compenetrazione è assicurata proprio dalla neutralità delle istituzioni⁽¹⁶⁾. Senza nulla togliere

⁽¹⁵⁾ Cfr. LUTHER, *op. cit.*, 696.

⁽¹⁶⁾ Così la Corte cost. 14 novembre 1997, n. 329, cit. : «[i]l richiamo alla cosiddetta coscienza sociale, se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato laddove la Costituzione, nell’art. 3, 1° comma, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l’appunto la religione». Se, dunque, la motivazione del Consiglio di Stato, basata sul non contrasto tra il principio di uguale libertà delle confessioni religiose e l’esposizione del simbolo religioso, era testualmente mutuata dalla sentenza della Corte cost. 28 novembre 1957, n. 125, cit. riguardante la diversa tutela penale stabilita dall’art. 404 c.p. che attribuiva alla religione cattolica un valore politico peculiare, questa posizione è stata espressamente superata dalla sentenza sopracitata, che ha riconosciuto come la visione, strumentale alle finalità dello Stato, della religione cattolica come “religione dello Stato” “stava alla base delle numerose norme che, anche al di là dei contenuti e degli obblighi concordatari, dettavano discipline di favore a tutela della

al contenuto del simbolo, su cui si fonda la cultura occidentale e dunque, indirettamente, anche la laicità, ciò che è diventato inadeguato è il simbolo stesso come veicolo formale di tali contenuti.

Prosegue Luther, riprendendo il *Crucifige* di Zagrebelsky, «che il crocifisso da una prospettiva laica potrebbe trasformarsi in un monumento alla difesa culturale degli stessi diritti fondamentali» ⁽¹⁷⁾, eppure, per essere effettivamente difesi, i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti dagli ordinamenti occidentali devono poter sintetizzare l'identità globale dei cittadini, e non essere ascritti ad un simbolo che è espressione solo di una parte di essi.

Arischio di apparire blasfemi, occorre puntualizzare che la Costituzione non riconosce niente al di sopra di sé, neanche il crocifisso: Costituzione e crocifisso appartengono a due ambiti distinti e complementari della vita della persona, il suo essere cittadino, ovvero individuo inserito in un contesto plurale, e il suo essere un credente ⁽¹⁸⁾.

In questo senso "laicità dello Stato" vuol dire che non soggiace all'ordinamento giuridico alcun fondamento trascendente, nessun valore spirituale a parte quelli che la stessa Carta afferma; come ricorda Luzzatti: «[l]a sola universalità spendibile da una prospettiva genuinamente laica è quella procedurale, che non sacralizza nessun insieme di valori sostanziali, men che meno di pretesi valori comunitari» ⁽¹⁹⁾, o Domianello: «[l]a laicità dello Stato è promotrice del libero e pacifico confronto di tutte le sentenze, ma ciononostante è assolutamente indisponibile ad adottarne per sé qualcuna in particolare» ⁽²⁰⁾. Nelle società contemporanee non è pensabile altro simbolo olistico se non un simbolo legato alle istituzioni, alle quali la società stessa ha deciso di subordinarsi in virtù di un interesse superiore; nel caso italiano l'unico simbolo riconosciuto dalla Costituzione è la bandiera ⁽²¹⁾.

A queste riflessioni si aggiunge la questione, ampiamente dibattuta, della polisemanticità dei simboli ⁽²²⁾, che mette in discussione la possibilità di incorporare artificialmente il rilievo culturale del crocifisso dal suo significato religioso, specie aggrappandosi alla circostanza formale del luogo nel quale è posto: non solo un tale sforzo di dissociazione semantica è impensabile per chi non è cristiano – e ha individuato altri simboli per esprimere i medesimi valori civili – ma è irrispettoso per i cristiani stessi, per i quali il crocifisso

religione cattolica, rispetto alla disciplina prevista per le altre confessioni religiose, ammesse nello Stato", ivi comprese le norme relative al crocifisso.

⁽¹⁷⁾ Cfr. LUTHER, *op. cit.*, 696.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334.

⁽¹⁹⁾ Cfr. LUZZATTI, *op. cit.*, 133.

⁽²⁰⁾ Cfr. DOMIANELLO, *La rappresentazione di valori nei simboli: un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in *www.olir.it*

⁽²¹⁾ Cfr. art. 12 Cost.

⁽²²⁾ Cfr. ZANOTTI, *op. cit.* 338; RATTI, *op. cit.*, 838.

riassume tutta la valenza evocativa e metaforica della croce. Inoltre, forse è proprio la giustificazione culturale all'universalità del crocifisso che rivela una persistente seppur disdetta egemonia confessionale, dando per scontato che la confessione maggioritaria identifichi la cultura di una intera società⁽²³⁾. Traslare il crocifisso dal dominio della religione a quello della cultura è dunque una forma sleale di colonialismo delle coscienze, in quanto equivale a rendere inopponibile la presenza del simbolo: se è infatti possibile dissociarsi da una fede, benché imposta, non appare altrettanto immediato, né privo di conseguenze penalizzanti, dissociarsi da una cultura nella quale si è immersi per il solo fatto di essere integrati nella società.

Riprendendo le parole di Colaianni: «[p]er un corretto bilanciamento normativo del rapporto tra eguaglianza e diversità occorre che non solo il tempo ma anche lo spazio pubblico della società venga liberato da fattori condizionanti i processi di autoidentificazione delle comunità. Come nel tempo la memoria, sono i simboli ad ostacolare nello spazio pubblico i processi di integrazione»⁽²⁴⁾.

Nello specifico dello spazio pubblico al quale si riferisce la sentenza, la presenza di uno (come di più simboli religiosi) rischia inoltre di "ingolfare" il libero arbitrio degli studenti e di svuotare di sostanza la funzione primaria della scuola, che è quella di educare le coscienze alla libertà di pensiero e alla capacità critica, facoltà evidentemente all'antitesi della simbologia⁽²⁵⁾.

Nel caso della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche adibite a seggio si aggiunge un elemento in più alla critica, perché il crocifisso rischia di diventare discriminatorio non più e non solo tra tradizioni culturali differenti, ma all'interno della stessa tradizione, come strumento teso a far penetrare un messaggio politico. Il fine paideutico del crocifisso, che è stato sostenuto dai propugnatori della presenza del crocifisso come veicolo di valori civili, viene meno nel momento in cui l'aula scolastica cessa di svolgere una funzione educativa per ospitare la competizione elettorale: in questa occasione la volontà politica del cittadino si deve esprimere liberamente,

⁽²³⁾ In tal senso OLIVITO, *op. cit.*, 562, sostiene che «[i]stituzionalizzare il crocifisso equivale a fornire un'interpretazione autentica, che nel rendere "assoluto" un pensiero "parziale" comporta inevitabilmente un'ingerenza nella coscienza degli individui.

⁽²⁴⁾ Secondo COLAIANNI, *op. cit.*, 75, «[l]a libertà di coscienza è diritto soltanto della persona fisica, non anche delle persone giuridiche pubbliche», nel senso che è proprio la neutralità delle istituzioni pubbliche la *condico sine qua non* affinché si realizzi pienamente la libertà di coscienza.

⁽²⁵⁾ Sostiene LUTHER, *op. cit.*, 689, «[n]on si tratta di tutelare una persona dal dover agire o dal dover comunicare *contra conscientiam*, ma di tutelare la formazione stessa della coscienza»; in altre parole il crocifisso appeso in aula invia agli studenti una suggestione distorta, che porta ad identificare l'istituzione scolastica e per metonimia lo Stato con la confessione cattolica. In proposito, v., altresì, M. MANCO, *Esposizione del crocifisso e principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, 45.

specie se concorrono partiti che esplicitamente si rifanno alla tradizione e ai valori cristiani di cui il crocifisso è indiscutibilmente simbolo. La tesi della Corte di appello di Perugia sembra dunque porre un tassello importante a sostegno della laicità dello stato, sostanzialmente messa in discussione dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Un precedente importante, analogo per fattispecie, è rappresentato da una sentenza della Corte di cassazione del 2000, relativa alla compatibilità della presenza di simboli religiosi con il principio di laicità dello Stato nel caso peculiare dei seggi elettorali ⁽²⁶⁾.

In questa pronuncia la Corte si sofferma sull'effettività del principio di laicità in luoghi pubblici dove è esposto il crocifisso, integrando la nozione

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., sez. IV, 1 marzo 2000, n. 439, in *Giur. cost.*, 2000, I, 1121 ss. In quella circostanza, l'imputato aveva ritenuto che la presenza del crocifisso fosse incompatibile con il suo ufficio di scrutatore, con la differenza che, mentre nel caso che qui ci interessa, l'appellante ha provveduto a staccare il crocifisso dal muro, in quella occasione il prevenuto si era rifiutato di assumere l'ufficio. Questi, più precisamente, già prima di ricevere l'incarico, aveva reso noto attraverso delle missive indirizzate al comune di Cuneo e al Presidente della Repubblica che «avrebbe potuto svolgere le funzioni di scrutatore solo se fosse stato reso effettivo il rispetto della libertà di coscienza garantito dalla Costituzione a ciascun cittadino, e cioè se il ministero dell'interno avesse provveduto a rimuovere dai seggi elettorali, situati quasi tutti in sedi di istituzioni statali, simboli o immagini proprie di un'unica fede religiosa». Non avendo ricevuto risposta, nel rispetto delle sue convinzioni, l'imputato aveva declinato l'incarico, nonostante in quel seggio non fosse presente alcun crocifisso. In quella circostanza l'imputato non poneva dunque la questione in termini personali, alla luce di una violazione intima della propria sfera religiosa, ma denunciava attraverso la propria esperienza quella che, a suo dire, costituiva una violazione della Costituzione. Il pretore di Cuneo non trovava che si fosse in presenza di un «giustificato motivo» che legittimasse la rinuncia all'incarico e lo condannava. Al contrario, la Corte di appello di Torino lo assolveva, ravvisando invece una correlazione tra la sua condotta e l'invocato principio costituzionale della laicità dello Stato. Su ricorso del Procuratore generale, tuttavia, la Corte di cassazione annullava la sentenza con rinvio, definendo i parametri attraverso cui verificare l'effettiva sussistenza del «giusto motivo». Secondo la Corte, «[i]l giusto motivo che consente di rifiutare l'esercizio del diritto di scrutatore nelle competizioni elettorali deve essere manifestazione di diritti o facoltà il cui esercizio determini un inevitabile conflitto tra la posizione individuale, legittima e costituzionalmente garantita in modo prioritario, e l'adempimento dell'incarico al cui contenuto sia collegato con vincolo di causalità immediata». Il giudice di rinvio confermava la sentenza di condanna del pretore adducendo che la presenza dei crocifissi nelle aule scolastiche adibite a seggio elettorale non poteva creare alcun conflitto tra la libertà di coscienza rivendicata dall'imputato e gli specifici compiti cui egli era chiamato, ossia assicurare la regolare costituzione del seggio elettorale, l'assenza di turbative alle operazioni di voto, la regolarità dello spoglio e la corretta manifestazione della volontà popolare. L'imputato ricorreva successivamente in Cassazione, ritenendo che il giudice del rinvio avesse mistificato il principio di diritto sancito precedentemente dalla stessa Corte. La Corte, dopo aver riconosciuto la fondatezza del ricorso, annullava la sentenza impugnata perché il fatto non costituisce reato. Secondo la

di laicità elaborata dalla Corte costituzionale con un altro principio che la Corte aveva tralasciato nella sentenza del 1989, vale a dire il principio contenuto all'articolo 97 Cost., che sancisce l'imparzialità della pubblica amministrazione, in funzione della quale va organizzato l'ufficio elettorale per garantire la libera espressione del voto.

Coerentemente con il sentiero tracciato dalla Consulta, la Corte di cassazione riconosce che la laicità dello Stato implica un regime di pluralismo confessionale e culturale⁽²⁷⁾, e presuppone quindi l'esistenza di una pluralità di sistemi di senso e di valore dotati di pari dignità. Il principio di laicità è altresì il limite che si pone al pluralismo, nel senso che il luogo pubblico nel quale tali sistemi si confrontano deve, in ragione della loro sopravvivenza e del loro equilibrio, mantenersi neutrale – in ossequio all'accezione "positiva" che la Corte ha riconosciuto al principio di laicità che impone allo Stato di

Corte il contenuto dell'ufficio era stato erroneamente individuato dal giudice del rinvio nei compiti previsti dalla legge elettorale, tuttavia, l'assunzione dell'ufficio, non era riducibile all'espletamento dei compiti ad esso connessi: il contenuto dell'ufficio imposto consiste infatti solo indirettamente, per conseguenza, nei compiti o nelle prestazioni ad esso connessi, ma direttamente ed immediatamente nella funzione di pubblico ufficiale che con la nomina si viene ad assumere. Una volta designato, infatti, lo scrutatore svolge una pubblica funzione, un'attività, cioè, che è *diretta manifestazione di pubbliche potestà* o – in senso enfatico – *dell'autorità dello Stato* per la presenza dei poteri tipici della potestà amministrativa. Il contenuto dell'ufficio è, quindi, quello di formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione oppure esercitare poteri autoritativi, deliberativi o certificativi.

È in relazione a questo immediato contenuto dell'ufficio che va quindi valutata l'esistenza del rapporto di causalità immediata con il motivo del rifiuto: l'imputato ha, infatti, rifiutato di «svolgere la funzione di scrutatore», piuttosto che i compiti ad essa connessi, e cioè l'inserzione come pubblico ufficiale in una amministrazione, che, non provvedendo a rimuovere qualsiasi simbolo o immagine religiosa da tutti i seggi elettorali non garantiva il rispetto della libertà di coscienza e del supremo principio costituzionale della laicità dello Stato. Per un commento alla sentenza cfr. DI COSIMO, *Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 1130 ss., e DE OTO, *Presenza del crocifisso o di altre immagini religiose nei seggi elettorali: la difficile affermazione di una «laicità effettiva»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 837 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. Corte cost., 12 aprile 1989, n. 203, cit.. Ne consegue una pari tutela della libertà di religione e di quella di convinzione, comunque orientata: infatti, anche «la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici» è garantita in connessione con la tutela della «sfera intima della coscienza individuale» (Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 467, cit.), conformemente all'interpretazione dell'art. 19 Cost. (che tutela la libertà di religione, non solo positiva ma – come riconosciuto dalla Corte fin dalla sentenza 10 ottobre 1979, n. 117, e ribadito con quella 8 ottobre 1996, n. 334 - anche negativa: vale a dire, anche la professione di ateismo o di agnosticismo) e all'art. 9 della Conv. eu. dir. uomo, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848 (che tutela la libertà di manifestare «la propria religione o il proprio credo»).

impedire “attivamente” che un sistema prevarichi gli altri ⁽²⁸⁾. Riconoscere la diversità delle posizioni di coscienza significa non poter fissare un quadro di valori religiosi di riferimento che imbriglino la libera espressione dei cittadini: in questo senso la rimozione del crocifisso dal seggio si inserisce secondo la Corte di cassazione nel solco della giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e pluralismo.

In particolare, ricorda la Corte, l'imparzialità della funzione di pubblico ufficiale è connessa alla neutralità ⁽²⁹⁾ dei luoghi deputati alla formazione del processo decisionale nelle competizioni elettorali, che non sopporta esclusioni e condizionamenti dal carattere evocativo, cioè rappresentativo del contenuto di fede: il supremo principio di laicità dello Stato induce dunque a preservare lo spazio pubblico dalla presenza, e quindi dal messaggio sia pure a livello subliminale, di immagini simboliche di una sola religione.

La Corte di cassazione sindacava inoltre il fondamento legislativo delle norme amministrative che regolano la presenza del crocifisso negli spazi pubblici, imputando il conflitto tra la presenza del simbolo e il principio di laicità dello Stato all'inerzia della pubblica amministrazione: il problema dell'incostituzionalità dell'affissione del simbolo, come anche affermato dalla Corte costituzionale che ha decretato l'inammissibilità della questione in ragione della natura regolamentare delle norme, sarebbe dunque un “falso problema” in quanto tali norme non hanno forza di legge; paradossalmente la questione appare di difficile soluzione, perché se è vero che non esiste un valido ancoraggio nel diritto positivo alla persistenza del crocifisso nelle classi e negli altri spazi pubblici, è altrettanto vero che la natura regolamentare di tali norme le “protegge” dall'intervento del giudice costituzionale ⁽³⁰⁾.

La Corte di cassazione, in particolare, ha escluso che l'art. 9 del Concordato si riferisca implicitamente all'obbligo di affissione del crocifisso,

⁽²⁸⁾ Si tratta in questo senso di una laicità positiva o attiva, intesa come compito dello Stato di svolgere interventi per rimuovere ostacoli ed impedimenti (art. 3 Cost.) in modo da «uniformarsi» (Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195, in *Giur. cost.*, 1993, I, 1324 ss.) a «quella distinzione tra “ordini” distinti, che caratterizza nell'essenziale il fondamentale o “supremo” principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato» (Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334, cit.).

⁽²⁹⁾ Corte cost., 15 luglio 1997, n. 235, in *Giur. cost.*, 1997, II, 2228 ss.

⁽³⁰⁾ Secondo l'ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 15 dicembre 2004, in *Giur. Cost.*, 2004, IV, 4280 ss., queste norme non hanno un puntuale fondamento legislativo e non costituiscono specificazione delle disposizioni sull'arredamento e sul materiale didattico ora riprodotte negli art. 159 e 190 del d.lgs. 297/1994. Il limite principale alla tutela della libertà di coscienza nel caso del crocifisso sembra quindi paradossalmente risolversi in una questione formale piuttosto che di merito, nella dichiarazione cioè di inammissibilità della Corte costituzionale dei ricorsi contro le disposizioni sull'arredo scolastico, perché tali norme hanno natura regolamentare e non sono pertanto suscettibili di essere sottoposte a sindacato di legittimità, nonostante la Corte abbia a più riprese raffinato un contenuto del principio di laicità dello Stato che sembrerebbe escludere la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche.

essendo piuttosto teso a garantire l'insegnamento della religione cattolica, che peraltro è facoltativo e permette agli alunni di sottrarsi qualora le loro coscienze glielo impongano (laddove l'affissione renderebbe necessaria la visione del simbolo da parte di tutti gli studenti).

Il fondamento giuridico della presenza dei simboli religiosi sarebbe dunque da rintracciare esclusivamente nelle norme contenute nell'art. 118 del Regio decreto del 30 aprile 1924, n. 965, e nell'allegato c) del Regio decreto del 26 aprile 1928, n. 1297. Secondo il Consiglio di Stato ⁽³¹⁾ tali norme non sarebbero incluse dagli accordi di modificazione dei Patti lateranensi perché si collocano in un periodo storico leggermente antecedente al 1929, e dunque non si possono considerare abrogate; d'altra parte, non sarebbero neppure incompatibili con la disciplina del T.U. del 1994 relativa all'arredo scolastico, e pertanto sarebbero ancora vigenti.

La Corte di cassazione obietta, tuttavia, che le norme relative all'esposizione del crocifisso come i Patti lateranensi sono espressione del principio che riconosce nella religione cattolica la sola religione dello Stato, contenuto nell'art. 1 dello Statuto albertino; come è noto il principio è stato espressamente abrogato al punto 1 del protocollo addizionale degli accordi di revisione del 1984 – se pur ve ne fosse stato bisogno dopo l'entrata in vigore della Costituzione – con conseguenti ricadute implicite sulla normativa secondaria derivata: non è necessaria dunque una abrogazione esplicita di tali norme, come sembra affermare in maniera reiterata il Consiglio di Stato ⁽³²⁾, dal momento che è venuto meno il fondamento giuridico dal quale esse traevano legittimità, ovvero lo Statuto ⁽³³⁾.

Le norme dei regolamenti sull'arredo antecedenti ai patti si pongono altresì in contrasto con lo spirito garantistico ed imparziale della superiore legislazione elettorale, la quale si preoccupa di impedire forme simboliche di

⁽³¹⁾ Cfr. Cons. St., parere, 27 aprile 1988, n. 63, cit.

⁽³²⁾ Cfr. Cons. St., 13 febbraio 2006, n. 556, cit.

⁽³³⁾ Così TAR Lombardia, 22 maggio 2006, n. 603, in *www.olir.it*, secondo cui «[l]e citate norme regolamentari sono ormai superate dai principi del nuovo concordato tra la Repubblica italiana e la Santa Sede sottoscritto il 18 febbraio 1984 e ratificato dalla l. 25 marzo 1985, n. 121. In particolare è rilevante l'art. 1 del protocollo addizionale, che chiarisce il concetto di separazione tra l'ordinamento statale e quello della Chiesa (si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano). Con riferimento all'ambito scolastico può inoltre essere richiamato l'art. 9 dell'accordo, che individua la religione cattolica come materia di insegnamento nelle scuole pubbliche riconoscendo a ciascuno il diritto di avvalersi o non avvalersi di tale insegnamento nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori. Le istituzioni pubbliche e in particolare quelle scolastiche non possono quindi scegliere di rendersi identificabili attraverso simboli religiosi, i quali anche quando esprimono messaggi universali appartengono pur sempre alla sfera della coscienza e delle libere scelte individuali».

comunicazione iconografica, non ammettendo per esempio «la presentazione di contrassegni riproducenti immagini o soggetti religiosi» ⁽³⁴⁾.

Alla stessa legislazione elettorale opera riferimento la Corte di appello nel provvedimento in commento. Dopo aver riconosciuto la propria competenza a sindacare sulla nomina del presidente del seggio di Amelia in virtù dell'art. 35 del T.U. per l'elezione della Camera dei deputati ⁽³⁵⁾, la Corte ha dichiarato di non poter dar luogo alla revoca richiesta dal Prefetto di Terni in quanto non ricorrevano le condizioni richieste dalla normativa vigente in materia. Posto che, *ex art.* 35, la nomina all'ufficio di presidente di seggio presuppone un giudizio di idoneità del cittadino chiamato a svolgerlo, la Corte d'appello ha ritenuto che il gesto di rimuovere il crocifisso dal seggio non potesse comportare il venir meno tale idoneità.

La Corte apre una prospettiva nuova rispetto al precedente della Casazione, che aggira la dialettica tra principio di laicità e esposizione del crocifisso nei seggi e supera il problema dell'effettività delle norme regolamentari in materia di arredo scolastico.

Secondo la Corte, posto che è assolutamente irrilevante che il seggio sia collocato in un'aula scolastica, le norme sull'arredo alle quali occorre fare riferimento non sono quelle già citate dei regolamenti di epoca fascista – che sottintendono la valenza “educativa” del simbolo religioso – ma nello specifico è l'articolo 42 del T.U. sulla legislazione elettorale del 1957, il quale non menziona il crocifisso tra gli oggetti necessari al corretto svolgimento delle operazioni di voto. Senza dunque mettere in discussione la valenza simbolica del crocifisso, pur ribadendo l'opportunità di uno spazio neutrale che eviti di influenzare l'elettore, la Corte considera l'aula scolastica esclusivamente in ragione della sua funzione contingente, non assimilabile all'ordinaria attività didattica della scuola e dunque non riconducibile alla disciplina regolamentare in materia sulla quale si era fondata la diffida del sindaco a ricollocare il crocifisso. In virtù di ciò la Corte non ha ritenuto che l'imputato fosse venuto meno alla sua responsabilità di assicurare che la sala avesse gli arredi e le caratteristiche indispensabili alla funzione che era chiamata a svolgere, dato che la presenza o meno del crocifisso era considerata ininfluente – se non implicitamente penalizzante, alla luce di quel principio di neutralità riconosciuto dalla stessa legislazione elettorale.

Né si può sostenere un rapporto immediato di causalità tra la rimozione del crocifisso e la “notevole tensione all'interno del seggio” che giustificava la nota prefettizia, dal momento che, rileva la Corte, la tensione nei seggi

⁽³⁴⁾ Art. 14 d. P. R. 30 marzo 1957, n. 361 e succ. mod.

⁽³⁵⁾ Ai sensi dell'art. 35 d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, la nomina dei presidenti di seggio deve essere effettuata dal Presidente della Corte di appello competente per territorio entro il 30° giorno precedente quello della votazione fra una categoria di soggetti qualificati nonché fra «quei cittadini che, a giudizio del Presidente medesimo, siano idonei all'ufficio».

è un fenomeno fisiologico relativo alla dialettica tra il presidente e gli altri componenti del seggio e, da sola, non può essere addotta a ragione dell'illegittimità della condotta del presidente.

L'ottica funzionale nella quale si è posta la Corte d'appello di Perugia appare tanto più interessante in quanto sembra risolvere l'annosa questione della tutela della libertà di coscienza identificando lo spazio pubblico con la funzione che è chiamato a svolgere: l'aula scolastica è di per sé uno spazio "vuoto", che, in quanto luogo di educazione risponde ai parametri normativi relativi all'educazione, ma in quanto luogo di formazione della decisione politica si inserisce nel quadro di un'altra disciplina, quella elettorale. Se, pertanto, rimane il problema dell'effettività dei regolamenti degli anni '20 e della loro compatibilità con il principio di laicità dello Stato nel caso della attività didattica, la prospettiva funzionale sembra aver risolto la questione riguardo alle aule scolastiche adibite a seggio, per le quali tali regolamenti non sarebbero applicabili perché superati dalla legislazione elettorale che non prevede il crocifisso tra gli arredi del seggio.

GRAZIA PACIULLO

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 2 novembre 2006 – *Pres. Est.*
Medoro – G.A.M.

Revisione penale – Declaratoria di inammissibilità – Presentazione di una nuova richiesta – Requisiti – Inammissibilità (c.p.p., art. 641).

Gli «elementi diversi» che legittimano la riproposizione dell'istanza di revisione non possono consistere in una modificazione normativa concernente le regole che presiedono alla formazione del libero convincimento del giudice (1).

(*Omissis*). A sostegno della nuova istanza, a fondamento della quale ripropone la medesima prova nuova oggetto del ricorso precedente, deduce il ricorrente che *medio tempore* è intervenuta la nuova normativa (erroneamente indicata come l. 251/2005) *ex lege* 46/2006 che ha stabilito che il giudice pronunci sentenza di condanna solo quando la

responsabilità dell'imputato sia accertata "al di là di ogni ragionevole dubbio". Secondo l'istante la nuova prova *illo tempore* offerta sarebbe idonea proprio a far sorgere quel ragionevole dubbio per cui l'istanza di revisione dovrebbe essere ammessa in forza del novellato quadro normativo. L'istanza è con ogni evidenza inammissibile. In primo luogo è sufficiente richiamare il disposto dell'art. 641 c.p.p., ai sensi del quale "l'ordinanza che dichiara inammissibile la richiesta o la sentenza che la rigetta non pregiudica il diritto di presentare una nuova richiesta fondata su elementi diversi". Ed è assolutamente incontrovertibile che tali elementi diversi, che legittimano la riproposizione della istanza, non possono certamente consistere in una modifica normativa (ammesso che sia effettivamente tale) relativa alle regole che presiedono alla formazione del libero convincimento del giudice. Ma in ogni caso vi è fondato motivo di ritenere che l'invocata modifica normativa non abbia assolutamente carattere innovativo, essendosi limitata ad esplicitare, in maniera tra l'altro pleonastica ed inutile, la regola di giudizio che si evince dal combinato disposto degli artt. 533 e 530, comma 2, c.p.p. nei quali era da tempo pacificamente consacrato, al di là delle suggestioni evocate dal richiamo a formule dotate di impatto mediatico, il principio fondamentale *in dubio pro reo*. Principio pacificamente applicato dai giudici italiani come dimostra la famosa sentenza a Sezioni Unite in materia di nesso di causalità 10 luglio 2002, n. 27, F. (*Omissis*).

(1) Gli «elementi diversi» a sostegno della nuova richiesta di revisione.

1. Nell'ordinanza in commento la Corte d'Appello di Perugia ha chiarito il significato da attribuire agli «elementi diversi» che, ai sensi dell'art. 641 c.p.p., consentono la riproposizione dell'istanza di revisione. Per espressa disposizione di legge, infatti, l'inammissibilità od il rigetto della richiesta di revisione non pregiudicano il diritto di presentarne una nuova: tale diritto, però, è subordinato alla condizione che la stessa sia fondata su «elementi diversi» da quelli addotti in precedenza.

In termini generali, la revisione rappresenta uno dei più delicati punti di equilibrio del nostro sistema processuale penale ⁽¹⁾, poiché attraverso la

⁽¹⁾ In prospettiva generale cfr., oltre alla manualistica d'uso corrente, CRISTIANI, *La revisione del giudicato penale nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970, 144 ss.; DEAN, *La revisione*, Padova, 1999; D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003; JANNELLI, *La revisione*, in *Le impugnazioni*, coord. da Aimonetto, Torino, 2005, 655; NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, 103; PRESUTTI,

sua disciplina l'ordinamento mira a risolvere quel conflitto tra esigenze di giustizia formale e di giustizia sostanziale che sempre accompagna l'intero corso del processo ⁽²⁾. Il concetto di "revisione" postula quello di "errore" in senso lato, come falsa rappresentazione della realtà: si sottopone a revisione un concetto, una teoria, tutto quanto, insomma, sia capace di modificarsi o alterarsi profondamente. L'improvvisa scoperta di situazioni dapprima sconosciute o la sopravvenienza di fatti lontani da ogni normale previsione, inducono spesso a rivedere ciò che in precedenza sembrava fisso ed immutabile. Così, per il provvedimento del giudice può sorgere un momento in cui la inalterabilità, la stabilità, se mantenute, snaturerebbero la sua stessa funzione: quella cioè di dare certezza ai rapporti tra gli individui.

Quale mezzo di impugnazione straordinario, la revisione è destinata ad abbattere il valore del giudicato penale quando, per cause sopravvenute, gli effetti del giudicato non sembrano coincidere più con la certezza giuridica. Privilegiando esigenze di giustizia sostanziale piuttosto che formale, l'ordinamento considera prioritaria la necessità di eliminare l'errore giudiziario, poiché corrisponde alle più profonde radici etiche di qualsiasi società civile il principio del *favor innocentiae*. Questo principio giustifica il superamento di ragioni di opportunità ostative alla revisione del processo, ogniquale volta sia riscontrata la presenza di specifiche situazioni ritenute dalla legge sintomatiche della probabilità dell'errore e dell'ingiustizia della sentenza irrevocabile di condanna.

2. La logica del *favor innocentiae* ispira l'intera disciplina della revisione e non viene meno in riferimento a quanto disposto dall'art. 641 c.p.p., laddove si garantisce all'interessato la possibilità di far valere le proprie ragioni attraverso la presentazione di una nuova richiesta di revisione, a fronte della declaratoria di inammissibilità o del rigetto di quella precedentemente proposta.

Le decisioni negative dell'impugnazione straordinaria hanno, pertanto, una efficacia limitatamente preclusiva, dal momento che sarà sempre consentita la proposizione di «una nuova richiesta fondata su elementi diversi». La norma richiama il fenomeno del c.d. giudicato "allo stato degli atti" ⁽³⁾:

Revisione del processo penale, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991, 1; RAMAJOLI, *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Padova, 1994, 199 ss.; SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995; SPANGHER, *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 131; VANNI, *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 187.

⁽²⁾ In questo senso, DEAN, *La revisione*, cit., 2 ss.; nonché LONATI, *Sul criterio per la definizione di prova «nuova» in vista del giudizio di revisione*, in *Cass. pen.*, 2002, 3181.

⁽³⁾ Sul punto cfr., più diffusamente, DEAN, *La revisione*, cit., 111; nonché ID., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 21 ss. Il fenomeno in parola manifesta i suoi effetti non solo sul terreno delle misure cautelari, ma altresì in

evocato per la prima volta dalla giurisprudenza in relazione ai provvedimenti *de libertate* ⁽⁴⁾, esso determina l'inammissibilità delle istanze argomentate in maniera identica ad altre già rigettate, cristallizzando, allo stato, il regime di stabilità del pregresso *decisum* ⁽⁵⁾.

Nello specifico ambito della revisione, il giudizio sul merito dell'istanza è preceduto da un giudizio preliminare sull'ammissibilità ovvero sulla manifesta infondatezza della richiesta: la scelta dell'ordinanza, quale atto conclusivo della procedura, tende a manifestare l'incompletezza dell'indagine espletata dalla Corte ⁽⁶⁾. L'inammissibilità per questioni di merito implica una soluzione negativa derivante da un'analisi condotta «allo stato degli atti», che indica un «assestamento processuale» dotato di efficacia preclusiva limitata ⁽⁷⁾; nulla, infatti, impedisce di presentare di nuovo la richiesta, fondata su «elementi diversi», idonei a superare l'iniziale accertamento negativo.

Neppure la sentenza di rigetto, emessa all'esito del giudizio, determina una preclusione assoluta: essa è connotata da stabilità ed irrevocabilità ma non dà luogo alla «cosa giudicata sostanziale», nel senso classico di definizione del «rapporto» perché è possibile reintrodurre il rimedio allegando «elementi diversi» ⁽⁸⁾.

Ciò nonostante, le due eventualità devono essere tenute ben distinte. La presentazione della nuova domanda dopo il provvedimento di rigetto presuppone un accertamento svolto a seguito dell'istruttoria e, dunque, con i caratteri della completezza; al contrario, la richiesta proposta dopo l'ordinanza di inammissibilità, deve contenere una diversità di elementi

riferimento ad almeno tre ulteriori tipi di provvedimenti: quelli emessi dal giudice dell'esecuzione, quelli di competenza della magistratura di sorveglianza, nonché quelli pronunciati in esito al procedimento di prevenzione. Quanto ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione, l'art. 666, comma 2, c.p.p., vieta la reiterazione di iniziative petitorie costituenti «mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi».

⁽⁴⁾ In argomento v., specialmente, ARRIGO, *Il giudicato cautelare allo stato degli atti nelle misure cautelari*, in *Giur. it.*, 1996, I, 669; CONFALONIERI, *Ne bis in idem in materia di misure cautelari*, in *Giur. it.*, 1993, II, 215; PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000, 232; RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare*, in *Cass. pen.*, 1996, 2677.

⁽⁵⁾ V., in proposito, Cass., sez. I, 25 ottobre 1993, Di Stefano, in *Giust. pen.*, 1994, III, 240.

⁽⁶⁾ Cfr. LORUSSO, *Provvedimenti «allo stato degli atti» e processo penale di parti*, Milano, 1995, 83.

⁽⁷⁾ Testualmente, LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1985, 297, in proposito all'accertamento limitatamente preclusivo generalmente legato all'ordinanza.

⁽⁸⁾ In questo senso, NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., 134.

che si misura con un esame delibativo condotto sugli atti ed allo scopo di verificare la mera attitudine della domanda ⁽⁹⁾.

Va precisato che, stante il tenore letterale dell'art. 641 c.p.p., nel quale si fa esclusivo riferimento ai contenuti sostanziali della richiesta di revisione – «...fondata su...» – sembrerebbe che l'inammissibilità dichiarata per ragioni meramente formali, non escluda una nuova domanda basata sugli stessi elementi di fatto ⁽¹⁰⁾.

Quanto agli «elementi diversi», non si fa riferimento alle ragioni addotte a sostegno della richiesta di revisione rigettata o dichiarata inammissibile, poiché queste possono essere le stesse di quelle che hanno fondato la pregressa domanda non andata a buon fine. Al contrario, «diversi» devono essere «gli elementi costitutivi dei mezzi di prova ovvero delle circostanze funzionali alla ricostruzione del fatto» ⁽¹¹⁾. Accogliendo simile prospettiva, ad esempio, si potrebbe nuovamente dedurre una situazione di legittima difesa la cui esistenza – dapprima negata dal giudice della revisione per inattendibilità delle fonti di prova testimoniali – risulti successivamente documentata da un accertamento tecnico su circostanze ancora inesplorate ⁽¹²⁾.

Il vaglio di ammissibilità di una richiesta di revisione già precedentemente respinta, necessita di una doppia verifica sul *novum*: dapprima per negare il *bis in idem*, poi per stabilire la non manifesta infondatezza del successivo *petitum* ⁽¹³⁾.

3. Nel caso di specie, a sostegno della nuova istanza di revisione – fondata sulla medesima “prova nuova” oggetto di quella precedente – si deduce l'introduzione, da parte del legislatore, di una modifica normativa. La novità invocata dall'istante, si riferisce all'art. 533 c.p.p. che, in seguito all'intervento riformatore della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (c.d. “Legge Pecorella”), riconosce espressamente che – da ora in avanti – si avrà condanna ogni qual volta l'imputato risulterà colpevole «al di là di ogni ragionevole dubbio». Diversamente, la formula originaria si limitava a prevedere che il giudice condannasse qualora l'imputato fosse risultato colpevole del reato contestatogli, senza aggiunta di ulteriori puntualizzazioni in ordine allo *standard* probatorio necessario ai fini dell'ammissibilità della pronuncia

⁽⁹⁾ Così SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., 78.

⁽¹⁰⁾ In questo senso, DEAN, *La revisione*, cit., 112; SPANGHER, *Revisione*, cit. 141. La presentazione di una seconda richiesta con cui vengono emendate le carenze formali della prima, non dà luogo al *bis in idem* ma più semplicemente alla sanatoria di un atto invalido.

⁽¹¹⁾ Così JANNELLI, *Artt. 640-641*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, VI, Torino, 1991, 385.

⁽¹²⁾ Per ulteriori esemplificazioni, v. ancora JANNELLI, *Artt. 640-641*, cit., 386.

⁽¹³⁾ Così DEAN, *La revisione*, cit., 113.

di condanna: segno tangibile della considerazione del libero convincimento come perno della fase della decisione del giudice ⁽¹⁴⁾.

Secondo l'istante, proprio grazie al novellato quadro normativo, la prova precedentemente offerta sarebbe idonea a far sorgere il "ragionevole dubbio" circa l'ammissibilità della richiesta di revisione. A tal proposito, la Corte d'Appello di Perugia esclude il carattere innovativo di detta modifica, considerandola, al contrario, una esplicitazione «pleonastica ed inutile» di una regola di giudizio già presente nel nostro sistema: un sistema che, abolita la vecchia formula dell'assoluzione per insufficienza di prove, impone al giudice di assolvere *ex art.* 530 comma 2 c.p.p. quando si ritenga insufficiente la prova di reità ⁽¹⁵⁾.

Nell'ordinanza in commento si richiama proprio il combinato disposto degli artt. 533 e 530, comma 2, c.p.p., a dimostrazione del fatto che l'ordinamento italiano ha ottimizzato da tempo il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", come sommo principio di civiltà giuridica, trovando larghi consensi nei diversi settori della cultura giuridica ⁽¹⁶⁾.

Tralasciando l'«impatto mediatico» che, senza dubbio, siffatto principio ha avuto dopo la sua esplicitazione, la Corte ne evidenzia la portata meramente ricognitiva di una regola pacificamente assodata: già in passato, infatti, Carrara, Lucchini e Carmignani sostenevano con decisione che il fondamento basilare della giustizia penale dovesse rintracciarsi nella regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", attraverso la quale si concretizzava la piena e completa protezione del cittadino dagli usi smodati o arbitrari dei poteri dello Stato ⁽¹⁷⁾.

Anche la dottrina più recente ⁽¹⁸⁾ non ha mancato di ribadire la regola, attribuendo a detto principio – di marca squisitamente liberale – la posizione principe di regola probatoria e di giudizio, nonché di congegno insostituibile per la concretizzazione di principio di uguaglianza sostanziale tra le parti.

La riforma del 2006, peraltro, è stata pienamente anticipata dalla Corte di cassazione in materia di causalità: la Corte d'Appello ha puntualizzato questo aspetto nella propria decisione, richiamando la sentenza Franzese

⁽¹⁴⁾ Cfr. GAROFOLI, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, in GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, 77 ss.

⁽¹⁵⁾ Per un'attenta analisi sul punto, v. IZZO, *Colpevoli "al di là di ogni ragionevole dubbio"*, in *www.unicost.it*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, II, Milano, 2002.

⁽¹⁷⁾ V. SPANGHER, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 253.

⁽¹⁸⁾ V., per tutti, NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, cit., II, Torino, 1990, 381.

che ha di fatto qualificato il principio secondo cui «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale (il ragionevole dubbio) comportano la neutralizzazione dell'accusa e l'esito assolutorio del giudizio»⁽¹⁹⁾.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte d'Appello di Perugia esclude la presenza di un *novum* probatorio tale da giustificare la presentazione di una nuova domanda di revisione e, pertanto, la dichiara «con ogni evidenza» inammissibile.

CHIARA SANTILLI

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 11 settembre 2002, Franzese, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 50, con nota di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 agosto 2007 (ord.) – *Est.* Massei – K.

Delitti contro la personalità dello Stato – Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale – Non necessità della verifica di una struttura associativa – Messa a disposizione di conoscenze suscettibili di essere tradotte in azioni concrete – Assistenza (c.p., art. 270 *quinquies*).

Delitti contro la personalità dello Stato – Nozione di terrorismo internazionale – Indifferenza rispetto all'esistenza di una situazione conflittuale – Natura civile della vittima – Configurabilità (c.p., art. 270 *sexies*).

Posto l'inciso "fuori dei casi di cui all'articolo 270 bis" contenuto nell'art. 270 quinquies c.p., si ritiene che il legislatore con la suddetta previsione abbia anticipato la soglia della penale rilevanza a quei comportamenti che, per la loro oggettività (addestramento in atti di violenza) e finalità (terrorismo), appaiono destinati e comunque è fortemente probabile che siano destinati a far sì che i protagonisti degli stessi confluiscono in qualche modo in associazioni animate da finalità di terrorismo o di eversione o comunque mettano la loro opera e le capacità acquisite a disposizione di associazioni di natura terroristica. La disposizione di cui

all'art. 270 quinquies c.p. equipara dunque l'attività della persona che addestra all'attività della persona addestrata e proprio per ciò non necessita, ai fini della ravvisabilità dell'elemento oggettivo del reato de quo, di alcuna investigazione né sulla presenza di una struttura né sulla effettiva capacità operativa. L'aver previsto oltre all'attività dell'addestrare anche il fornire istruzioni e, anzi, aver equiparato l'attività dell'addestrare a quella del fornire istruzioni su taluna delle specifiche materie elencate dall'articolo in oggetto comporta la non necessità, per la sussistenza del reato de quo, della verifica della effettiva acquisita capacità al compimento di taluna delle indicate azioni. Ciò che si richiede è che l'attività di messa a disposizione di conoscenze avvenga con modalità, tempi e contenuti che siano tali da poter essere tradotte in azioni concrete (1).

Dall'esplicito richiamo, in funzione integrativa, al vincolo derivante dalle fonti internazionali, deriva che la definizione posta dall'art. 270 sexies c.p. debba essere integrata con le fonti internazionali. La formulazione della Convenzione di New York del 1999, resa esecutiva con L. 27.1.2003 n. 7 assume il valore di una definizione generale, applicabile sia in tempo di pace che in tempo di guerra. E' infatti comprensiva di qualsiasi condotta diretta contro l'incolumità di civili o, in contesti bellici, contro ogni altra persona che non prenda parte attiva alle ostilità, al fine di diffondere il terrore fra la popolazione o di costringere uno Stato o un'organizzazione internazionale a compiere o ad omettere un atto (2).

(*Omissis*). L'inciso: "al di fuori dei casi di cui all'art. 270 bis c.p.", contenuto nell'art. 270 quinquies c.p. impone, da subito, di evidenziare l'area di applicabilità dell'art. 270 quinquies c.p. sì da poterne caratterizzare la specificità rispetto all'art. 270 bis c.p. espressamente richiamato.

L'art. 270 bis c.p. punisce, dunque, "chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico", nonché "chiunque partecipa a tali associazioni". Trattasi, quindi, di delitto associativo, classificato in giurisprudenza nella categoria dei delitti di pericolo presunto caratterizzati dall'anticipazione della soglia di punibilità nel momento stesso della costituzione di un'organizzazione mirante a realizzare atti di violenza con finalità di terrorismo. "Infatti – secondo quanto assai di recente è stato autorevolmente affermato – l'ideazione o la partecipazione ad un progetto terroristico, pur se formulato non nei suoi dettagli ma in modo ancora generico e di ampia realizzazione, ma dimostrato anche dalla dichiarata piena disponibilità alla sua futura esecuzione e fondato sulla menzionata organizzazione di persone che ne condividono le finalità ed apprestano gli strumenti indispensabili preliminari per compiere le azioni violente

ed eversive, già in sé integrano gli estremi del delitto in oggetto. Il legislatore, infatti ha anticipato la punibilità al momento prodromico proprio per impedire che queste ultime attività siano poste in essere nella realtà effettuale" (Cass. 19.7.2006 n. 24994). Tale finalità di tutela perseguita dal legislatore e la stessa struttura del reato associativo, richiedono tuttavia "che la struttura organizzativa deve presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, perciò, la valutazione legale di pericolosità correlata alla idoneità della struttura al compimento della serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è stata istituita" (Cass. 1072/07). Fuori dei casi di cui all'art. 270 bis c.p., è punito, in forza dell'art. 270 quinquies c.p. chiunque: "addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo ...La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata". La norma ora in esame non richiede quindi una investigazione sulla esistenza di una struttura organizzativa e, quindi, sulla idoneità della stessa a porre effettivamente in essere il programma criminale programmato ("atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione"); richiede, unicamente, l'attività di addestramento - posta in essere ovvero ricevuta - riguardante le varie attività che la norma specifica e che sono state sopra riportate, animata dalla "finalità di terrorismo". La lettura delle due disposizioni ed il coordinamento derivante dall'inciso "fuori dei casi di cui all'articolo 270 bis", consente di ritenere che attraverso la previsione contenuta nell'art. 270 quinquies c.p. il legislatore abbia anticipato la soglia della penale rilevanza a quei comportamenti che, per la loro oggettività (addestramento in atti di violenza) e finalità (terrorismo), appaiono destinati e comunque è fortemente probabile che siano destinati a far sì che i protagonisti degli stessi confluiscono in qualche modo in associazioni animate da finalità di terrorismo o di eversione o comunque mettano la loro opera e le capacità acquisite a disposizione di associazioni di natura terroristica. Prima ancora che ciò si verifichi o possa verificarsi determinando la realizzazione del reato di cui all'art. 270 bis c.p., di assai maggiore pericolosità e gravità, il legislatore, spostando in avanti la soglia del penalmente rilevante, reprime comportamenti e attività che possano collegare persone, addestrate ad atti di violenza e animate da finalità di terrorismo, alle associazioni connotate nel senso descritto dall'art. 270 bis c.p. Proprio in relazione a ciò la disposizione di cui all'art. 270 quinquies c.p. equipara l'attività della persona che addestra all'attività della persona addestrata e proprio per ciò non necessita, ai fini della ravvisabilità dell'elemento oggettivo del

reato *de quo*, alcuna investigazione né sulla presenza di una struttura né sulla effettiva capacità operativa. Pertanto, dalle considerazioni e valutazioni espresse nella richiesta del PM e nell'ordinanza cautelare secondo cui "allo stato delle indagini non può dirsi acquisita la prova che gli indagati si accingano, elaborando programmi concreti da realizzare autonomamente o valendosi di contatti personali con elementi o gruppi già attivi, a mettere in pratica con condotte criminose le nozioni che vanno apprendendo o a trasmettere quelle nozioni ad altre persone in procinto di metterle in pratica ..." non può argomentarsi, come invece nel corso dell'udienza camerale la Difesa ha fatto, l'insussistenza derivante dalla stessa ammissione del PM e del GIP dei gravi indizi di colpevolezza. Trattasi, infatti, di considerazioni che, escludendo, almeno allo stato e secondo le valutazioni finora espresse, la ravvisabilità di gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di cui all'art. 270 bis c.p. pongono l'attenzione sulla diversa e meno grave fattispecie criminosa dell'art. 270 quinquies c.p.

L'art. 270 quinquies c.p. punisce, quindi, "chiunque, al di fuori dei casi di cui all'art. 270 bis c.p., addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altri armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo..". L'aver previsto oltre all'attività dell'addestrare anche il fornire istruzioni e, anzi, aver equiparato l'attività dell'addestrare a quella del fornire istruzioni su taluna delle specifiche materie elencate dall'articolo in oggetto ("chiunque addestra ... o comunque fornisce istruzioni ..."), comporta la non necessità per la sussistenza del reato *de quo* della verifica della effettiva acquisita capacità al compimento di taluna delle indicate azioni. Ciò che si richiede – si ritiene – è che l'attività di messa a disposizione di conoscenze avvenga con modalità, tempi e contenuti che siano tali da poter essere tradotte in azioni concrete, secondo quanto peraltro l'art. 270 quinquies c.p. chiaramente esprime indicando quella che deve essere la finalità dell'addestramento e delle istruzioni fornite: "per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali".

Per quanto poi riguarda l'elemento soggettivo questo viene esplicitato dall'espressione: "con finalità di terrorismo". Va altresì evidenziato che l'art. 270 sexies c.p. definisce nei termini che seguono le condotte con finalità di terrorismo: "... condotte che per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e 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 da altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia". Dall'esplicito richiamo, in funzione integrativa, al vincolo derivante dalle fonti internazionali, deriva che la definizione posta dall'art. 270 *sexies* c.p. debba essere integrata con le fonti internazionali.

Ciò premesso va osservato che la finalità di terrorismo era già stata ravvisata in presenza di condotte violente finalizzate a ingenerare panico e paura, nonché a incutere terrore nella collettività con azioni criminose dirette non contro singole persone ma contro quello che esse rappresentano ovvero contro persone e cose in modo indiscriminato e ciò per scuotere la fiducia nell'ordinamento costituito e indebolirne le strutture (Cass. Sez. I, 11.7.1987, Benacchio).

Di fronte al fenomeno del terrorismo internazionale è stata tuttavia avvertita l'esigenza di una definizione idonea a ricomprendere i caratteri transnazionali del fenomeno facendo ricorso a fonti internazionali al riguardo rilevanti. Sono state così individuate soprattutto due fonti internazionali costituite la prima dalla Convenzione di New York del 1999 e la seconda dalla decisione quadro 2002/475/GAI dell'Unione Europea. La formulazione della Convenzione del 1999, resa esecutiva con L. 27.1.2003 n. 7 assume il valore di una definizione generale, applicabile sia in tempo di pace che in tempo di guerra. È infatti comprensiva di qualsiasi condotta diretta contro l'incolumità di civili o, in contesti bellici, contro ogni altra persona che non prenda parte attiva alle ostilità, al fine di diffondere il terrore fra la popolazione o di costringere uno Stato o un'organizzazione internazionale a compiere o ad omettere un atto.

La definizione degli atti terroristici contenuta nell'art. 1 della decisione quadro dell'Unione Europea, oltre ad essere più limitata perché esclude "le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato" è basata sull'elencazione di una serie determinata di reati considerati tali dal diritto nazionale, che possono arrecare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e 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 determinato atto, ovvero destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese.

Da entrambe le definizioni deriva, al di là di talune differenze, che gli atti di terrorismo vanno individuati nella depersonalizzazione delle vittime e dal fine di seminare indiscriminata paura nella collettività si da minare la fiducia nelle istituzioni e organizzazioni esistenti e costringere un governo o un'organizzazione internazionale a compiere

o ad astenersi dal compiere determinati atti o scelte. Tali caratteri e finalità comportano che l'azione terroristica avvenga con modalità tali da manifestare forza e capacità operativa e attraverso il momento della rivendicazione dell'atto terroristico stesso.

I gravi indizi di colpevolezza posti a fondamento della richiesta e della successiva ordinanza di custodia cautelare in carcere sono stati indicati e ravvisati nella visione, messa a disposizione di altri e commento di messaggi, proclami, filmati e documenti scaricati da siti Internet "protetti", ai quali K. è in grado di accedere. Tali elementi sono stati acquisiti attraverso un'attività di captazione e intercettazione dei siti visionati; dei documenti in tal modo e conseguentemente acquisiti; dei commenti effettuati. Sono stati altresì acquisiti attraverso servizi di osservazione e ripresa delle persone frequentatrici la moschea di Perugia, località Ponte Felcino.

I file scaricati, va subito sottolineato, non contengono solo messaggi propagandistici o scene di esecuzione di massa – come quella di diciotto poliziotti irakeni giustiziati con colpi di pistola alla nuca – ma precise e concrete indicazioni per la realizzazione di atti di terrorismo, ad esempio per la preparazione e per l'uso di sostanze velenose o di materiali esplosivi; istruzioni dirette all'aspirante *mujihaid* per raggiungere le zone di conflitto in modo sicuro; istruzioni per inviare messaggi criptati in rete e perfino per guidare un Boeing 747. Sono stati inoltre acquisiti elementi dai quali è emerso che sono state tenute lezioni di combattimento corpo a corpo, del resto ampiamente illustrate anche nei siti visitati. E da notare che non si tratta di tecniche di autodifesa, ma di tecniche di agguato e uccisione (per esempio attraverso la rapida somministrazione di veleni).

Per scaricare, visionare, studiare e commentare questi file e per condurre l'addestramento al combattimento letale, nonché per proteggere e occultare l'intera attività, gli indagati si sono dotati di una struttura organizzativa, elementare ma stabile, diretta da K. e costituita dalla disponibilità di apposito e idoneo computer, dai locali della moschea sita in Ponte Felcino, dalla presenza di apposito personale che è apparso espletare una funzione di controllo. In particolare va sottolineato che il K. conosce le coordinate dei siti, riceve del materiale per posta elettronica, dispone del *nickname* richiesto per l'accesso o per il *download* di materiale riservato, si occupa delle lezioni di combattimento, si serve di *software* per la protezione dei dati del disco fisso la cui gestione richiede una conoscenza ben superiore a quella posseduta da un normale utente.

È certo che egli è stato messo a parte delle nozioni necessarie ad accedere a file estremamente riservati e non è credibile che sia arrivato a disporre del suo *nickname* senza aver fornito le garanzie necessarie ad accreditarsi presso i gestori.

È vero che la disponibilità e la capacità ad usare il computer; la presenza di persona che appare espletare la funzione di custode della moschea; il combattimento corpo a corpo; istruzioni riguardanti la guida di un Boeing e così via, considerate singolarmente potrebbero prestarsi a interpretazioni quali quelle indicate dalla Difesa per le quali non rileverebbero sotto il profilo penale. Anche su tale specifico punto, come già peraltro si è fatto nell'esaminare il delitto di cui all'art. 270 bis c.p. e nell'espone la finalità di terrorismo, va tuttavia richiamato l'insegnamento ribadito dalla S.C. nella sentenza 1072/2007 che, per l'efficacia espositiva e chiarezza appare opportuno riportare: "Nella giurisprudenza di questa Corte è stato chiarito che il procedimento logico di valutazione degli indizi si articola in due momenti distinti: il primo è diretto ad accertare il maggiore o minore livello di gravità e precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente ... il secondo momento del giudizio indiziario è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolvere la relativa ambiguità ... posto che nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno si risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria ..." in applicazione di tale criterio ermeneutico va anche sottolineata la dimensione dell'attività di studio posta in essere nella "scuola" – in termini di tempo, dotazioni materiali, quantità di documenti visionati, misure organizzative adottate sotto il profilo delle varie cautele e di cui si dirà – appaiono incompatibili con destinazioni meramente "accademiche" delle nozioni e delle tecniche acquisite e rese disponibili. Va anche osservato che la visione, lo studio e il commento di materiale – nella specie tratto dalla Rete – dal quale si apprendono nozioni dettagliate su armi, tecniche di combattimento, tattiche utili a raggiungere clandestinamente le zone di conflitto, suggerimenti per attentati dinamitardi, costituisce addestramento o comunque la messa a disposizione di istruzioni nel senso richiesto dall'art. 270 quinquies c.p., quantomeno sotto il profilo rilevante ex art. 273 c.p.p. Inoltre, la natura del fenomeno terroristico al quale l'indagato mostra di aderire attraverso la visione dei vari filmati e file e attraverso i commenti espressi, è tale da richiedere non solo la conoscenza di nozioni e dati tecnici ma anche un profondo e radicale indottrinamento nelle ragioni e giustezza dei propri convincimenti. Indottrinamento radicale necessario poiché le attività di terrorismo cui le varie istruzioni appaiono finalizzate non si riducono a mere capacità tecniche ed operative; ad azioni compiute le quali l'autore potrebbe anche tornare alle proprie quotidiane occupazioni; coinvolgono, invece e spesso, la sopravvivenza della persona autrice delle azioni stesse. Proprio per ottenere ciò risulta indispensabile che le nozioni di natura tecnica siano supportate con un indottrinamento

radicale e assoluto, scevro da “se” e da “ma” e tale da assimilare alla strumentazione tecnica la propria persona resa in tal modo capace ad avventurarsi sino al “K.O.” per usare un’espressione che le intercettazioni di conversazioni hanno evidenziato e colto secondo quanto nel prosieguo si avrà modo di esporre. L’elemento ideologico-culturale appare quindi caratterizzarsi di una doppia valenza: rileva sotto il profilo dell’elemento psicologico indicando (ove naturalmente lo si ritenga – come in questo caso lo si ritiene – esistente) la finalità di terrorismo e rileva – altresì – sotto il profilo dell’elemento oggettivo e cioè dell’addestramento e delle istruzioni necessarie a supportare le azioni determinando una sorta di compenetrazione tra azione e persona così che la persona agente si fa disponibile ad annientarsi (si riduce a cosa) nell’azione terrorista decisa. Va ancora sottolineato che le tecniche di armamento e combattimento oggetto dei vari documenti presi da internet e visionati e che le attività di intercettazione hanno consentito di captare, sono proprie di azioni definibili *ex lege* come terroristiche, indipendentemente dal luogo ove fossero destinate a trovare applicazione concreta, e cioè anche se nell’area geografica di prevista o possibile attuazione fosse in corso un conflitto armato. D’altronde l’attività di addestramento e di messa a disposizione delle istruzioni intercettate s’inserisce nel quadro di un’ideologia e di una prassi terroristica apertamente professata e condivisa.

La tattica delle azioni condotte da singoli o da piccoli nuclei, eventualmente sostenuti da una logistica esterna attivabile al bisogno, è stata sperimentata e analizzata nella più recente casistica in tema di terrorismo di matrice islamica, e nel definire il fenomeno la giurisprudenza ha fatto ricorso a espressioni - quali *network* terrorista o terrorismo in *franchising* - che colgono l’assenza di strutture verticistiche durevoli. Nel caso di specie, questa tattica è predicata proprio nei siti abitualmente frequentati dagli indagati (tra cui, per quanto ora in particolare rileva, dal K.) e il proposito di praticarla è l’unica coerente spiegazione dei comportamenti tenuti dagli indagati medesimi nel lungo periodo di osservazione e consistiti nella ricorrente apologia dei “martiri” dell’Islam e in esortazioni ancora più esplicite all’odio religioso nei confronti degli “infedeli”. Manifestazioni che, va pure evidenziato, costituiscono inequivoca adesione a una ideologia e a una pratica di lotta perenne e globale – la *jihad* nella sua concezione più estrema – che rappresenta l’ideale esplicitamente dichiarato e l’unica possibile causale di una così insistita opera di apprendimento e di messa a disposizione di nozioni e tecniche di offesa tipiche delle azioni terroristiche.

È questa una tattica che si propone l’obiettivo di colpire vittime civili e di arrecare gravi danni materiali in luoghi pubblici o aperti al pubblico ove si svolge la quotidiana e pacifica vita di relazione. Si può anzi affermare che, nel presupposto della superiorità militare dell’indifferenziato

nemico occidentale, bilanciata da una sua maggiore fragilità psicologica di fronte a eventi luttuosi di forte impatto mediatico, il bersaglio civile è privilegiato rispetto a quello militare, e lo scopo di seminare il terrore nella popolazione assume, almeno nell'immediato, un rilievo primario, superiore agli effetti meramente materiali dell'azione.

In effetti l'interesse precipuo degli indagati sembra dirigersi nei confronti delle zone nelle quali sono in corso situazioni conflittuali accomunate dalla presenza di combattenti islamici fra i contendenti: Palestina, Iran, Afghanistan, Cecenia. Lo scopo ultimo della loro attività sembra quindi quello di commettere o favorire azioni da realizzare in quei luoghi. Il che, però, non vale a escludere la natura terroristica della finalità perseguita, visti gli obiettivi e le modalità delle azioni progettate.

La "scuola di terrorismo" messa in piedi da K. nella moschea di Ponte Felcino non sta ancora attuando, per quanto è finora emerso, progetti terroristici determinati e individuabili; tuttavia l'allontanamento per ignota destinazione di precedenti frequentatori (fra i quali O., che qualche giorno prima di partire, nel visionare filmati jihadista che inneggiano al "martirio" e spiegano come si realizzano esplosivi, pronuncia la frase *"io mi avventuro ... fino al K.O."*) lascia sospettare una simile eventualità e comunque, per quanto ora interessa stante gli elementi del reato ipotizzato, la dice lunga del clima culturale (istruzioni messe a disposizione e indottrinamento attuato) esistente nella moschea di Ponte Felcino sia pure nel più ristretto gruppo costituito da K. e dagli altri indagati i quali appaiono ancora impegnati in un'attività di studio e formazione (una fase che, secondo quanto insegna l'esperienza, può anche essere molto lunga). Tale attività di studio e formazione riguarda, però, l'acquisizione di nozioni che riguardano anche le modalità di collocamento di bombe artigianali in un mercato o in un'aula universitaria, e atti del genere sono sicuramente da qualificare terroristici, indipendentemente dall'area geografica destinataria di un tale progetto. Del resto, se l'essenza dell'azione terroristica è da ravvisarsi nel carattere indiscriminato della violenza, e quindi nell'indifferenza rispetto al ruolo e alla posizione della vittima e delle vittime, è questa una connotazione davvero radicata nell'ideologia praticata da K. e condivisa dagli altri indagati secondo quanto si ricava dalla partecipazione all'attività di addestramento e di messa a disposizione delle relative istruzioni cui si farà nel prosieguo specifico riferimento. La partecipazione a una singola "lezione di terrorismo", vale a dire a una sola seduta di navigazione in Rete con relativo studio e commento del materiale visionato, può lasciare dubbi rispetto alla consapevole condivisione di propositi terroristici, poiché il soggetto potrebbe essere messo di fronte a una situazione non prevista. Una simile eventualità, per il vero, non appare probabile, poiché le esigenze di segretezza impongono di non coinvolgere persone

non accreditate. Tuttavia si sarebbe verificata almeno una volta, quando - secondo un racconto di K. captato dall'intercettazione ambientale - un giovane sarebbe fuggito al termine della sessione e non si sarebbe mai più fatto rivedere in moschea.

Tale episodio e quello, per così dire di segno opposto e relativo a O. (già ricordato) il quale qualche giorno prima di partire, nel visionare filmati jihadista che inneggiano al "martirio" e che spiegano come si realizzano esplosivi, pronuncia la frase "*io mi avventuro ... fino al K.O.*" appaiono indicativi del clima esistente nella moschea di Ponte Felcino almeno nelle occasioni in cui venivano affrontate questioni attinenti alla attualità riguardante il terrorismo e l'acquisizione e/o messa a disposizione di istruzioni relative ad azioni di natura terroristica: non interesse di mera conoscenza e curiosità intellettuale-teorica, ma un indottrinamento con un chiaro finalismo operativo coinvolgente in modo radicale e probabilmente definitivo la vita e la scelta di campo. Proprio in relazione a ciò trova spiegazione la decisione sopra ricordata assunta dal giovane che sarebbe fuggito al termine della sessione e che non si sarebbe mai più fatto rivedere in moschea e trova altresì spiegazione il fatto che in tale ambiente viene comunicata la decisione di O. di cui si è sopra detto.

(*Omissis*). Il descritto quadro indiziario ha consigliato l'intercettazione telematica del personal computer installato all'interno del citato Centro islamico di Ponte Felcino di cui K., in qualità di presidente dell'associazione, ha la disponibilità. Si è così registrata la costante e continua connessione a siti di area *jihadista*, dal contenuto estremamente violento. In particolare, è stata verificata; la consultazione di siti contenenti istruzioni per la fabbricazione di ordigni esplosivi, armi chimiche e informazioni sulle procedure di reclutamento di volontari *mujiahiddin* da destinare nei campi di battaglia in Iraq, Afghanistan e Cecenia; la partecipazione a forum all'interno dei quali sono stati condivisi file audio e video relativi ad attività di propaganda legata alla *jihad*, tecniche di guerriglia urbana; il *download* di manuali di addestramento militare, con descrizione delle modalità con cui assemblare ordigni esplosivi artigianali e compiere attentati in luoghi affollati quali stadi, mercati, università, fermate di autobus.

Una finalità di mera documentazione potrebbe, in linea puramente teorica, essere riconosciuta alla visione e al *download* di files riguardanti la cronaca e il commento di fatti d'attualità (per quanto ideologicamente orientati), ma una finalità del genere non può essere ravvisata, se non nell'ambito di specifiche attività professionali, per un così cospicuo armamentario di istruzioni su bombe, gas letali e veleni. Del resto, il proposito di sostenere concretamente la *jihad* è più volte manifestato da K.

La destinazione di tale materiale ad un'attività di proselitismo e

indottrinamento, in funzione della futura e auspicata realizzazione di azioni violente, è, tra l'altro, attestata dalla mole stessa dei documenti consultati.

(*Omissis*). Ritiene questo Collegio che gli elementi sopra riportati costituiscono gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di cui all'art. 270 quinquies c.p.

(*Omissis*). Pari considerazioni vanno effettuate con riferimento agli esercizi fisici di arti marziali da parte di K. e del cugino O. oggetto di videoripresa e dello stesso utilizzo del sistema TOR. L'indagato, nel corso dell'udienza camerale del 10.8.2007 ha sminuito la rilevanza degli esercizi fisici e spiegato il motivo dell'uso del sistema TOR così che lo stesso non potrebbe rilevare nemmeno sotto il profilo indiziario. La lettura di tali emergenze nel quadro complessivo emerso connota le stesse in termini di inequivoca rilevanza indiziaria: il compimento di atti di violenza, sia pure con l'utilizzo di ordigni, non può prescindere da una certa capacità fisica. La relevantissima funzione che la navigazione in internet assume per la conoscenza, l'addestramento, la messa a disposizione di istruzioni e il contenuto stesso dei siti visionati, rendono l'utilizzo del sistema di protezione detto quantomai funzionale e importante e, quindi, anche tale utilizzo assume rilievo indiziario.

Analoghe considerazioni vanno effettuate per il contenuto apologetico dei commenti effettuati e intercettati nei confronti di azioni terroristiche e nei confronti della c.d. guerra santa. L'acquisizione di documenti riguardanti istruzioni sulla preparazione e uso di materiali esplosivi, sull'uso di armi da fuoco e armi bianche e oggetti atti a offendere; sull'uso di sostanze chimiche nocive, sugli itinerari consigliati ai mujiahiddin per raggiungere zone di conflitto e così via, connotano in senso fortemente indiziario e tale da rilevare ex art. 273 c.p.p., i commenti favorevoli ad atti di violenza e di terrorismo. Indicano, infatti, che le acquisizioni di nozioni tecniche riguardanti la preparazione e l'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco, di armi bianche, di oggetti atti a offendere, di sostanze chimiche nocive e l'acquisizione di conoscenze degli itinerari consigliati ai mujiahiddin per raggiungere zone di conflitto e così via non perseguono un interesse di mera conoscenza, ma sono operativamente orientate nel perseguimento di finalità terroristiche. Anche le invocazioni a Dio di distruggere e ammazzare i cristiani e gli ebrei (v. intercettazione dell'11.5.2007) di aiutare a colpire in maniera mirata (v. il contributo inviato per posta elettronica dal K. il 3.5.2007) di distruggere i miscredenti e la loro religione (v. intercettazione del 27.4.2007) lungi dal costituire una sorta di delega alla divinità per il compimento delle varie azioni di violenza e distruzione, esprime l'attività di indottrinamento alla c.d. guerra santa ed agli atti di violenza con finalità di terrorismo commessi, nel convincimento – appunto – che Dio stesso

partecipi della scelta di campo e di metodo dei propugnatori della c.d. guerra santa.

La quantità di istruzioni acquisite e messe a disposizione; il contenuto di tali istruzioni e la continuità, nel tempo, di tale attività appaiono chiaramente indicative dell'elemento oggettivo del reato ipotizzato. La finalità di terrorismo risulta dalla adesione ideologica e culturale alle azioni visionate nei vari documenti e di cui si è detto (*Omissis*).

(1-2). In glossa all'art. 270 *quinquies* c.p., appunto sulla necessaria plurisoggettività di un delitto non associativo.

1. Il panorama entro cui si cala la narrazione è quello disegnato dalla recente introduzione di nuovi strumenti penalistici per la lotta contro il terrorismo, dichiaratamente vocati ad agire direttamente alla fonte di un pericolo che, se lasciato "libero" di persistere, la storia dei giorni nostri dimostra destinato ad implementarsi entro una dimensione articolata ed in un tempo sfuggente per complessità, vastità e mobilità.

In primo piano, si stagliano episodi di inculcazione di nozioni prope-deutiche alla formazione di soggetti resi in tal guisa abili alla diffusione del terrore, plasmati non tanto e non solo intellettualmente per effetto dell'audiovisione di filmati che propagandano la c.d. guerra santa, da condurre contro l'onnipresente nemico occidentale; bensì introdotti al livello del proselitismo operativo mercé concrete indicazioni quanto alla preparazione e l'uso di sostanze velenose o di materiali esplodenti, pratica di combattimento corpo a corpo, ed ancora istruzioni tese a consentire l'invio di messaggi criptati in rete o il raggiungimento in condizioni di sicurezza delle zone di conflitto, finanche nozioni indirizzate a mettere in grado di guidare un Boeing 747.

Momento di congiunzione tra l'una e l'altra prospettiva, l'art. 270 *quinquies* c.p., la cui intitolazione annuncia la criminalizzazione dell'«addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale».

Come nasca la fattispecie incriminatrice di ultimo richiamo è noto; perché nasca, altrettanto. Ma come si strutturi, quali siano gli estremi che ne definiscono lo spazio esistenziale, in che tipo di rapporto e di equilibrio essa si ponga rispetto alle categorie penalistiche generali nonché nell'immediato confronto con la fattispecie "madre" dettata all'art. 270 *bis* c.p., rappresentano interrogativi aperti eppure cruciali per vagliarne la compatibilità sistematica.

Lasciati involuti sul tappeto delle questioni interpretative, essi divengono protagonisti della pronuncia in commento, che della cennata fattispecie dichiara di riconoscere i profili, e questi intende forgiati da uno spirito legislativo di tale sensibilità precauzionale da aver segnato una anticipa-

zione dell'intervento repressivo ben prima che si cogliessero i tratti di una struttura associativa di stampo terroristico. Struttura che a sua volta mutua il proprio disvalore da una essenza pericolosa rispetto al bene giuridico custodito, il quale, nella celerità dell'*excursus* verso cui ci si affaccia, è d'uopo ereditare nel significato di sicurezza pubblica internazionale ⁽¹⁾.

2. A ragion veduta. Specchiate nell'odierna definizione delle condotte con finalità di terrorismo anche internazionale, puntualmente cesellata dall'art. 270 *sexies* c.p. ⁽²⁾, le fattispecie di questo "orientamento" si vestono come autonomi e speciali *crimini internazionali* ⁽³⁾. Le ipotesi *de quibus* si apprestano invero alla tutela dell'interesse di ciascun individuo - e quindi, per logica transitiva, dell'interesse dello Stato che la collettività dei singoli rappresenta - all'estensione su scala mondiale dell'ordine e della sicurezza pubblica, repentinamente trapiantati da una dimensione esclusivamente interna ad una necessariamente condivisa per effetto della globalità delle interrelazioni sociali.

La formulazione linguistica attraverso cui si esprime questa portata a-territoriale che è il dato noto e caratterizzante l'identità del terrorismo moderno, rinvia allora al combinarsi di un profilo oggettivo, rappresentato da condotte «per natura o contesto» idonee ad arrecare «grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale», e di un profilo soggettivo, da identificarsi nel multiforme 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».

La definizione nazionale giunge così a negare titolo costitutivo a qualsivoglia distinguo – esplicito come implicito – relativo alla qualità della vittima, civile o militare ovvero di soggetto attivamente impegnato in un conflitto bellico, che di per sé non sposta i margini contenutistici di specie.

Né, certo, la forza discriminante della tipologia dell'obiettivo preso di mira dal terrorismo – nel senso che esso debba essere contingentato al solo bersaglio non militare – può essere colta in controluce a mezzo del rinvio contenuto nella postilla che chiude la norma. Qui, difatti, si aggiungono («nonché») nel significante della finalità terroristica, già previamente precisato, «le altre [*id est*, distinte] condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia».

⁽¹⁾ *Amplius*, FALCINELLI, *Terrorismo di pace, terrorismo di guerra*, in *Giust. pen.*, 2006, 234 ss.

⁽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. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, 124 ss.

Sennonché, l'osteggiabile ed osteggiata deduzione è esattamente il baluardo della pronuncia in commento: giusto codesto richiamo, al vincolo cui l'ordinamento soggiace per effetto della disciplina internazionale, le perifrasi in apice dettagliate, sulle quali si attarda il legislatore nell'intessere l'art. 270 *sexies* c.p., vivrebbero di effimera esistenza se non fosse per il senso di cui – comunque – le riempie l'integrazione operata dalle fonti internazionali. In pratica, la normativa interna non avrebbe un valore auto-applicativo se non fosse per il disposto (di chiusura) dell'art. 2, lett. b) della Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 ⁽⁴⁾, da solo sufficiente a deciptare la finalità terroristica, sempre uguale a sé stessa in tempo di guerra come in tempo di pace, riassumendola nel modello generale di *qualsiasi [altro] atto destinato a cagionare la morte o 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*.

Orbene, un simile ragionamento riduttivo - s'è detto - non regge il confronto con l'esegesi letterale di cui si arma la norma nazionale, linearmente priva di riferimenti all'"oggetto" bersagliato. Ma neppure cela il suo vacillare dinanzi al contemporaneo panorama nozionistico di caratura internazionale, che è stato peraltro la culla dell'odierno art. 270 *sexies* c.p. ⁽⁵⁾. Da questa angolazione il suddetto disposto si rivela piuttosto scolpire una definizione "in crescita", la cui valvola di estensione è costituita proprio dalla questionata appendice.

Si noti, difatti, quanto sia impervio riuscire a cogliere specifiche condotte ad oggi convenzionalmente classificate come terroristiche eppur capaci di sfuggire alle maglie definitorie fornite dalle locuzioni che precedono quella ora in discettazione. Per il tramite di questa, pertanto, la norma si accinge ad ammettere immediatamente nel suo seno situazioni di "futura" evenienza, la percezione della cui appartenenza alla fenomenologia terroristica sovvenga cioè un domani alla (più) tempestiva sensibilità normativa internazionale.

D'altronde – deve darsene atto – ciascuna convenzione si muove nella precisa direzione di segnalare i tratti di quella o di quelle determinate ipotesi intese come fautrici della diffusione del terrore tra la popolazione, metodo ingiustificabile a prescindere ⁽⁶⁾. Ma nessuna si arroga il compito di precisare

⁽⁴⁾ A cui l'Italia ha dato esecuzione con la l. 14 gennaio 2003 n. 7.

⁽⁵⁾ Di opinione contraria VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1227, che 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.

⁽⁶⁾ Si veda la Convenzione del 12 gennaio 1998 sulla repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, ove si precisa come la condotta di chi

la “misura totale” dell’universo terroristico ⁽⁷⁾; e, va da sé, nessuna propone in quest’ottica la funzione dirimente della natura della vittima ⁽⁸⁾.

“Di settore”, del resto, si rivela pure la definizione convenzionale eletta dalla decisione in epigrafe ad improprio baricentro ricognitivo. Più chiaramente. La Convenzione di New York, repressiva del finanziamento di ogni atto inteso a provocare la morte o una seria lesione all’integrità fisica a danno di «qualsiasi persona che non prenda parte alle ostilità in una situazione di conflitto armato», delimita con tale intonazione la propria validità gnoseologica al sancire la punibilità dei fatti di terrorismo *in situazioni di pace*, ove manca – per l’appunto – la visibilità di soggetti partecipi ad un conflitto.

Tant’è che si esime dall’intervenire nella regolamentazione del fenomeno terroristico offerta dal diritto internazionale umanitario ⁽⁹⁾.

«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). Cfr. anche la Convenzione del Consiglio d’Europa, aperta alla firma il 16 maggio 2005, per la prevenzione del terrorismo. Ivi si sancisce l’ingiustificabilità degli illeciti in considerazione di ragioni politiche, filosofiche, ideologiche, razziali, etniche, religiose o altre di simile natura, ed all’art. 1 si stabilisce doversi intendere per reato terroristico il reato con la finalità e secondo la definizione portata da uno dei trattati indicati in Allegato, il cui elenco si arricchisce di tutte e dieci le fondamentali convenzioni internazionali in materia, ognuna proiettata su di un aspetto peculiare della più vasta dimensione definitoria di specie.

⁽⁷⁾ Invero sta muovendo passi, nella cornice di un Comitato *ad hoc* istituito con risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 17 dicembre 1996, il progetto per l’adozione di una convenzione globale in materia di terrorismo internazionale, ove sancire una base oggettiva «generale» del reato *de quo*, che priva l’obiettivo dell’attacco di etichette formali.

⁽⁸⁾ In questo senso, invece, Corte Assise Milano, 9 maggio 2005, Bouyahia Hamadi ed altri, in *Giust. pen.*, 2006, 234 ss.: «L’art. 2, lett. b) della Convenzione di New York del 1999, riferendosi a condotte poste in essere sia in tempo di pace sia in tempo di guerra, contiene l’unica autentica, ancorché indiretta, definizione generale di terrorismo applicabile dal giudice italiano, incentrata sull’identità della vittima dell’atto violento, un civile o comunque una persona che non prende parte attiva alle ostilità, con esclusione, dunque, dei militari impegnati in azioni di combattimento».

⁽⁹⁾ 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

Né, dal canto suo, la disciplina umanitaria - efficace in qualsiasi contesto di conflittualità armata ⁽¹⁰⁾ e di occupazione «straniera», pure in assenza di «resistenza militare» ⁽¹¹⁾ – reca traccia di un filtro dell'essenza terroristica imperniato sulla qualifica del bersaglio. Il cono operativo del divieto *de quo* ingloba invero gli atti di violenza tanto diretti contro la popolazione civile o contro le persone che più non partecipano alle ostilità (feriti, prigionieri di guerra) ⁽¹²⁾, tanto indirizzati contro «tutti i beni che non sono obiettivi militari», ovvero beni che per la loro natura, ubicazione, destinazione o impiego non contribuiscono efficacemente all'azione militare, e la cui distruzione totale o parziale, cattura o neutralizzazione non offra, nel caso concreto, un vantaggio militare preciso ⁽¹³⁾; proibendo altresì ogni attacco «indiscriminato», ogni aggressione, cioè, che per mezzi o metodi impiegati non risulti perimetrabile, in sé o negli effetti, ad uno specifico obbiettivo militare ⁽¹⁴⁾. Infine, fornisce l'iconografia dell'offesa terroristica nella commissione di atti violenti, ovvero nella minaccia di violenza, l'una e l'altra governate dallo «scopo principale» di «diffondere il terrore tra la popolazione civile». L'art. 51 del I Protocollo addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra – una volta fissata al 1° par. l'incriminazione dei gravi attacchi contro la popolazione civile e le persone civili (*id est*, dei crimini di guerra) – declina così, nel consecutivo 2° par., l'autonomo sintagma terroristico, connotato da un progetto di spargimento del terrore che, intimamente sconnesso dalla natura dell'obiettivo, finanche militare ⁽¹⁵⁾, lascia sussumere sotto di sé pure illeciti commessi da civili contro membri delle forze armate nemiche.

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.

⁽¹⁰⁾ Da intendersi come situazioni di guerra, anche di liberazione nazionale, ove due forze belliche sono in campo, ovvero un popolo lotta contro un dominio, un regime o l'occupazione straniera per concretizzare il proprio irrinunciabile diritto all'autodeterminazione, cfr. l'art. 1, 4° par., del primo Protocollo addizionale (1977) alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

⁽¹¹⁾ L'art. 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, sulla protezione delle vittime di guerra, dispone con questi termini l'applicazione dell'intero corpo normativo, oltre che ai casi di conflitto armato, anche alle situazioni di «occupazione totale o parziale del territorio di un'Alta Parte contraente».

⁽¹²⁾ Cfr. l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949; l'art. 33 della Quarta Convenzione di Ginevra; l'art. 4 del II Protocollo addizionale delle Convenzioni di Ginevra del 1977.

⁽¹³⁾ Cfr. l'art. 52, 1° e 2° par., del I Protocollo addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra.

⁽¹⁴⁾ Cfr. l'art. 51, 4° e 5° par., del I Protocollo addizionale citato.

⁽¹⁵⁾ V. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., 127, il quale conviene potersi affermare che «anche atti di terrorismo contro *combattenti* sono criminalizzati, sebbene non come crimini di guerra, ma come distinti crimini di terrorismo». Pone in

A questo punto, si dissolvono le ombre di ogni plausibile dubbio: non esiste un parametro “vittimologico” a filtro di ciò che stia dentro e ciò che stia fuori la dimensione del terrore. Difatti, se gli atti terroristici radicabili in seno a conflitti armati internazionali hanno ormai da tempo conosciuto della repressione promossa dalle citate norme umanitarie, deve desumersi come le altre, successive, normazioni sopranazionali, fedeli ad uno spirito di ampliamento dell’attenzione penale in materia, si siano venute ad innestare in questo tronco originario, dando linfa nuova a nuove esigenze sanzionatorie. Per cui, la misura del terrore non risulta condizionata né dalla natura del contesto – bellico o meno – né dalla natura – civile o militare – della vittima.

A riprova, le non rare esplicitazioni, offerte da siffatte convenzioni per il tramite di clausole generali di esclusione ⁽¹⁶⁾, circa la loro estraneità rispetto alla regolamentazione delle «attività delle forze armate in tempo di conflitto armato» dettata «dal diritto internazionale umanitario». A paradigma, l’analogo considerando (undicesimo) che apre la decisione quadro in materia n. 2002/475/GAI dell’Unione Europea, cui si presta a dare attuazione la definizione nazionale ⁽¹⁷⁾.

3. Il crescendo della violenza attentatrice toccato con gli avvenimenti di Londra del 7 luglio 2005, non ha dunque innescato una riformulazione della finalità terroristica, che l’art. 270 *sexies* c.p. (anche col tacere della natura della vittima) ha precipitato dal metabolizzato panorama concettuale di taglia internazionale direttamente in un testo positivo interno ⁽¹⁸⁾.

dubbio tale costruzione GIOIA, *Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 42: «nel senso che lo specifico crimine di terrorismo si riferisca esclusivamente ad atti di violenza diretti contro la popolazione civile o a persone civili, e non invece a “*legittimate acts against combatants*”, si è decisamente pronunciata la Camera del tribunale penale per la *ex* Jugoslavia, nella recente sentenza relativa al caso *Gali*, anche alla luce dei lavori preparatori del I Protocollo addizionale».

⁽¹⁶⁾ Cfr. l’art. 19, 2° par., della Convenzione del 1998 sull’uso terroristico degli esplosivi.

⁽¹⁷⁾ In commento alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso Pupino (16 giugno 2005), per cui le norme di attuazione di una decisione quadro debbono essere interpretate dal giudice nazionale in conformità alla lettera ed allo scopo della decisione quadro medesima, VIGANO’, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1437 ss.

⁽¹⁸⁾ *Contra*, nel senso che «il diritto internazionale appare compatto nel ritenere che un atto terroristico possa essere commesso anche in situazioni di conflitto armato, purché però la vittima sia un *civile* o comunque una persona che *non prenda parte attiva alle ostilità*, trattandosi altrimenti di un *atto di guerra* che andrà valutato secondo i principi e le regole dello *ius in bello*», VIGANO’, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*,

Nondimeno, ha imposto di prendere coscienza delle travolgenti peculiarità proprie della dinamica criminale di cui trattasi. La creazione di nuovi spazi di incriminazione, adatti ad inquadrare ogni “originale” meandro della filiera del terrore, ha costituito l'effetto di questa maturata consapevolezza.

Tanto da legittimare, secondo la corrente lettura, l'arretramento della sanzionabilità penale ad una fase prettamente (*melius*, meramente) preparatoria rispetto all'insorgere della struttura organizzativa tradizionalmente criminalizzata, i cui stilemi permangono focalizzati nella fattispecie *ex art. 270 bis c.p.* In questi nuovi avamposti, difatti, ad essere attenzionato non è l'organigramma associativo, ma il bagaglio cognitivo, il *know how*, o piuttosto l'insieme delle risorse umane che si rendono “mezzi” immediatamente disponibili rispetto a qualsivoglia, futura progettualità terroristica.

Il novello codificatore degli articoli 270 *quinquies* e *quater c.p.*, una volta segnata la distanza dalla casistica («al di fuori dei casi di cui ...») racchiusa nell'*art. 270 bis c.p.*, ha così schiuso la punibilità, rispettivamente, sull'*addestrare o comunque fornire istruzioni* «sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale»; e sull'*arruolamento di una o più persone* per il compimento dei medesimi atti parimenti finalizzati.

Non è un mistero che l'una e/o l'altra delle vicende neo-tipizzate si prestino a *condiciones sine quibus non* dell'effettiva capacità operativa qualificante la *societas* criminale della specie disquisita. L'accertamento di tale “attitudine” è del resto ritenuto passaggio (doverosamente) immancabile nel processo di sussunzione del fatto entro le mura dell'*art. 270 bis c.p.*, posto che, spogliata di codeste basi strumentali, l'associazione di cui è parola mancherebbe di una consistenza riconoscibile ⁽¹⁹⁾. È l'esito – questo

in *Cass. pen.*, 2007, 3957 s. L'Autore prosegue asserendo che, ponendosi l'*art. 270 sexies c.p.* come norma attuativa della ricordata decisione quadro, «appare ragionevole ritenere che la definizione di terrorismo in essa contenuta sarà applicabile ai soli fatti commessi *in tempo di pace*; mentre, per i fatti commessi in contesti di conflitto armato tornerà ad essere applicabile la definizione di cui all'*art. 2* della Convenzione di New York (che continua ad essere parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano in forza dell'avvenuta ratifica), con conseguente *esclusione* dalla nozione di terrorismo dei fatti commessi contro *militari attivamente impegnati nel conflitto*» (*op. cit.*, 3958). In questo stesso senso anche *Cass.*, sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia Maher, in *Cass. pen.*, 2007, 1462 ss.

⁽¹⁹⁾ In argomento cfr. VIGANO', *Riflessioni in tema di terrorismo internazionale*, in *Corr. mer.*, 2005, 427, il quale delinea la necessità, *ex art. 270 bis c.p.*, di una «struttura organizzativa, che, per quanto rudimentale, appaia in grado di sopravvivere alla commissione del primo reato – fine progettato, esprimendo, così, una

appena sintetizzato – dell'assegnazione al dolo specifico (di terrorismo) di un ruolo "più che soggettivo", che, conformemente alle istanze costituzionali di offensività, ne impone il riscontro oggettivo in una condotta approntata in veste di idoneo strumento al conseguimento del precipuo scopo ⁽²⁰⁾. E' qui, in breve, che si ravvede esplicitato l'elemento necessario di una *efficace* – in potenza – finalita' di terrore, la quale «presuppone, concettualmente, una pluralita' di soggetti, una disponibilita' di mezzi adeguati, una idonea struttura organizzativa, un preciso programma operativo» ⁽²¹⁾.

Punto cruciale e pregiudiziale della riflessione si rivela dunque l'intendimento della ricordata clausola di riserva, l'esatta comprensione del distinguo corrente tra l'originaria ipotesi incriminatrice (di uno spaccato terroristico di spessore associativo) ⁽²²⁾, ed i delitti di consecutiva inserzione, ove si riconoscono i tratti di episodi "destrutturati", di arruolamento e di addestramento, pure connotati dalla medesima direzione teleologica.

4. Scendere nel dettaglio delle opinioni che sono state spese in margine a siffatto profilo "anticipatorio" è di tutto interesse perché si abbia di seguito a saggiare la robustezza delle conclusioni calibrate dalla decisione in analisi sul versante dell'art. 270 *quinquies* c.p.

Va innanzitutto precisato come gli interpreti, in virtù della formulazione oltremodo chiara contenuta nella clausola iniziale, abbiano avuto buon gioco a sbarrare il campo applicativo delle novelle disposizioni rispetto ad attività di addestramento e di arruolamento, di dettagliato oggetto e

potenzialità offensiva per il bene giuridico tutelato che trascende la commissione del singolo episodio criminoso, una struttura organizzativa che ... dovrà altresì presentarsi come concretamente idonea alla realizzazione di tale programma criminoso». Analogamente, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 24 marzo 1992, Nicolai e altri, in *Giust. pen.*, 1993, II, 151; Cass., sez. I, 12 maggio 1995, Cortinars, in *Cass. pen.*, 1996, 3306. Segnalano la sufficienza di una struttura organizzativa minima ovvero di una rudimentale predisposizione dei mezzi occorrenti per la realizzazione del programma criminoso, Cass., sez. II, 8 luglio 1983, Fuzio, in *Riv. pen.*, 1984, 834, e Cass., sez. II, 20 marzo 1984, Caruso, *ivi*, 1985, 188; Cass., sez. II, 25 maggio 2006, Bouhrama, in *Giur. it.*, 2007, 2294 s.

⁽²⁰⁾ Cfr. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993, 497 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, 134 ss. In particolare, v. BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 249 ss., 263 ss.

⁽²¹⁾ Corte Ass. Genova, 4 giugno 1982, Traversa, in *Foro it.*, 1983, II, 22 ss. Cfr. Cass., sez. un., 23 febbraio 1996, Facchini e altri, in *Riv. pen.*, 1996, 732.

⁽²²⁾ Invero, l'attuale fattispecie di «associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico» è stata come noto inserita nel titolo I del libro II del codice penale ad opera del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni nella l. 15 dicembre 2001, n. 438. In argomento, ROSI, *Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 150 ss.; REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, 1210 ss.

teleologia, prestate con modalità continuative da parte di chi possa essere considerato “partecipante” al sodalizio terroristico, in ragione dello stabile inserimento in esso. Ne è pertanto derivato un isolamento dello spazio vitale dei delitti *de quibus* a forme, per così dire, elementari di arruolamento ed addestramento, conegni estemporanei, saltuariamente tenuti da soggetti privi della qualifica di “parte” dell’organizzazione di omogeneo stampo terroristico ⁽²³⁾.

Conseguentemente, i rapporti con la fattispecie consolidata all’art. 270 *bis* c.p. sono stati sintetizzati nei canoni della sussidiarietà ⁽²⁴⁾, cui si è venuta agganciando l’idea della locale preclusione rispetto alla configurabilità del tentativo, argomentata alla luce della natura meramente preparatoria degli atti ivi descritti rispetto al compimento di fatti terroristici ⁽²⁵⁾.

La misura netta dell’anticipazione, peraltro, sarebbe resa sensibile dalla duplicità del dolo specifico: per cui, la condotta di volta in volta fotografata neppure si rapporta direttamente ad una finalità di spargimento di panico indiscriminato, ma in prima battuta rimane legata al «compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali» - in breve, atti di violenza, per essere la seconda perifrasi semplice specificazione della prima - a loro volta preordinati al perseguimento dello scopo terroristico ⁽²⁶⁾.

Nondimeno – si conta – il disegno costituzionale, che è indelebile nel moderno orizzonte penalistico, viene ad esigere nel fatto un apprezzabile margine di offensività, da cogliersi nella concreta idoneità del comportamento – che sia arruolamento od addestramento – a permettere di realizzare atti di codesta connotazione, dovendosi di contro escludere il reato allorquando l’azione si dimostri oggettivamente inidonea al conseguimento dell’anzidetto scopo ⁽²⁷⁾.

Va tosto segnalata la sostanziale coincidenza tra il pensiero fin qui emerso e quanto recitato dalla pronuncia su cui si concentra la presente analisi. Poscia aver inteso l’art. 270 *quinqüies* come attestante un arretramento della punibilità rispetto all’anticipazione sanzionatoria già operata con l’art. 270 *bis* c.p., la decisione non si presta a resecare dalla somatica del primo il connotato di concreta, necessaria offensività.

⁽²³⁾ REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 221.

⁽²⁴⁾ Così VALSECCHI, *art. 270 quater c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini e Marinucci, Milano, 2006, 1960; *Id*, *art. 270 quinqüies c.p.*, *ibidem*, 1963.

⁽²⁵⁾ Cfr. VALSECCHI, *art. 270 quater c.p.*, cit., 1960; *Id*, *art. 270 quinqüies c.p.*, cit., 1963.

⁽²⁶⁾ VALSECCHI, *art. 270 quater c.p.*, cit., 1960; *Id*, *art. 270 quinqüies c.p.*, cit., 1963.

⁽²⁷⁾ Ancora, VALSECCHI, *art. 270 quater c.p.*, cit., 1960; *Id*, *art. 270 quinqüies c.p.*, cit., 1963. Per analoghe considerazioni con riguardo all’art. 270 *quater*, REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, cit., 235 s.

Di tal che, se con riguardo alla struttura organizzativa si richiede «un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, perciò, la valutazione legale di pericolosità correlata alla idoneità della struttura al compimento della serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è stata istituita», quanto alla fattispecie oggetto di precipuo esame si richiede l'accertamento di una "reale" «attività di addestramento – posta in essere ovvero ricevuta – riguardante le varie attività che la norma specifica».

Il ragionamento procede invero sul filo dell'anticipazione della soglia di rilievo penalistico fino a quei comportamenti che appaiono destinati, ancorché in termini probabilistici, «per la loro oggettività (addestramento in atti di violenza) e finalità (terrorismo)», a confluire entro le spire di associazioni animate da finalità terroristiche od eversive, ad esse rimettendo la disponibilità delle capacità acquisite. Il passaggio successivo, allora, consiste nel negare spazio ad investigazioni volte ad appurare l'esistenza di una struttura organizzativa, ed *a fortiori* l'idoneità della stessa a porre effettivamente in essere il programma criminale. Di seguito – in vista dell'equiparazione sancita tra l'attività dell'addestrare a quella del fornire istruzioni su taluna delle specifiche materie elencate dalla norma –, si approda ad una esegesi che rende negletta la necessaria verifica – a che sia integrato il reato *de quo* – della effettiva (leggi soggettiva, individuale) acquisizione di una capacità al compimento di taluna delle indicate azioni. Ciò che si richiede «è che l'attività di messa a disposizione di conoscenze avvenga con modalità, tempi e contenuti che siano tali da poter essere tradotte in azioni concrete», giusta l'esplicita finalità verso cui si devono volgere l'addestramento ed il fornire istruzioni.

5. Occorre tuttavia molare tale riflessione, della quale va certo condiviso l'esito interpretativo quanto alla disconnessione tra l'ipotesi tipizzata all'art. 270 *quinquies* c.p. e la struttura organizzativa anzidetta.

Ciò porta a vagliare *funditus* la tenuta della chiamata in causa del concetto di sussidiarietà, poggiato su di un legame assiologico tra fattispecie: l'una, che contiene un'offesa più grave al medesimo bene giuridico ovvero un'offesa arricchita da un ulteriore segmento di disvalore, sta a fronte dell'altra, che si dimostra recessiva e pertanto di applicazione solo residuale⁽²⁸⁾. Si è invero al proposito sostenuto (parafrasando): col dettare l'art. 270 *quinquies* c.p. il legislatore ha spostato in avanti la soglia del penalmente rilevante, reprimendo comportamenti e attività potenzialmente in grado di collegare persone, addestrate ad atti di violenza votata al terrorismo, alle associazioni connotate nel senso descritto dall'art. 270 *bis* c.p.; intervenendo quindi con la pena prima che trovi realizzazione tal'ultimo reato, «di assai maggiore pericolosità e gravità».

⁽²⁸⁾ In tema PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 553.

Vero ciò, residuerebbero non poche difficoltà nel sostenere la ragionevolezza di una misura sanzionatoria che purtuttavia parifica la risposta reattiva nei confronti della partecipazione all'associazione *de qua* (art. 270 *bis*, comma 2, c.p.) a quella acconciata per l'ipotesi di addestramento (art. 270 *quinquies* c.p.). Senza dimenticare che la condotta di arruolamento ex art. 270 *quater* c.p. conosce una cornice edittale corrispondente alla misura sanzionatoria prevista nei casi di promozione, costituzione, organizzazione, direzione o finanziamento di cui all'art. 270 *bis*, comma 1, c.p.

Il percorso ricostruttivo pare dunque legittimato, posta l'obiezione ora sollevata, a snodarsi attraverso un distinto cammino, che della clausola di esclusione iniziale si accinga a cogliere il valore prettamente "negativo". Vale a dire, il fatto tratteggiato nel delitto di addestramento terroristico (speculari le considerazioni per l'ipotesi dell'arruolamento) esige la *man-canza*, nel proprio orizzonte evolutivo, di una *struttura specifica*: quella, per l'appunto, definita al precedente delitto associativo.

Tanto lascia l'opportuno spazio per intravedere la punibilità, entro l'autonomia casistica di cui all'art. 270 *bis* c.p., pure di una attività prestata da chi si indirizzi, oggettivamente e soggettivamente alla stregua del dettato di cui all'art. 56 c.p., a prendere parte (o, rispettivamente, ad organizzare) ad una determinata associazione. Punibilità (tutt'altro che pacifica, ma attorno alla quale la brevità di una glossa non consente di pazientare) ovviamente ridimensionata, secondo gli ordinari canoni generali, rispetto ai livelli edittali della consumazione ad effetto del più tenue disvalore espresso dalla forma di manifestazione tentata.

Dirimpetto, la fattispecie in attenzione si distacca da questa prospettiva "singolare". Ad essere proclamata è la pari rilevanza penale, rispetto all'ipotesi associativa – giusta la medesimezza della misura sanzionatoria –, di un comportamento che rappresenta la fucina della partecipazione a future, indeterminate, ed in quest'ottica anche innumerevoli, strutture che il terrore si incarichino di rendere effettivamente operativo. In breve, quello stesso livello di pericolosità terroristica che l'art. 270 *bis* c.p. focalizza in "una", identificata struttura, si appalesa, nell'ambito dell'art. 270 *quinquies* c.p., attraverso un fatto valevole a mettere a "generale" disposizione, di una o più persone come di una pluralità non predeterminabile di organizzazioni, la base strumentale del progetto di terrore. Distinti, pertanto, gli accadimenti che le norme vengono a descrivere, nemmeno si dovrebbe faticare nel distinguere l'autonoma punibilità del tentativo di commettere le rispettive ipotesi consumate.

Non è un caso, allora, che l'oggetto dell'addestramento ovvero dell'istruzione fornita (quanto quello dell'arruolamento) sia dettagliatamente raffigurato sì, ma entro un perimetro di incontestabile ampiezza, non perfettamente sovrapponibile all'area di attività verso cui si proietta la compagine societaria criminale, ragguagliato come è alla preparazione o all'uso di mezzi, metodi e tecniche che attengono alla commissione di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali.

Si badi, difatti, come alla nozione di sabotaggio – elemento materiale, ad esempio, dei delitti *ex artt.* 253 e 508 c.p. – facciano naturalmente capo anche episodi non pacificamente riconducibili al concetto penalistico di violenza sulle cose, fotografato dai commi 2 e 3 dell'art. 392. Si ritiene invero come la violenza di quest'ultima specie debba comunque essere tale da impedire, o quantomeno rendere assai difficile, il ripristino della situazione preesistente ⁽²⁹⁾, mentre nella semantica del sabotare alligna il più ampio rendere inservibile una cosa (nel caso, il servizio) per effetto di un intervento fisico che la renda non più idonea all'uso tipico cui era destinata, anche solo parzialmente o temporaneamente. Ciò consente, quindi, di coprire con l'art. 270 *quinquies* c.p. (senza dare adito a dubbi di sorta) anche comportamenti (di lata violenza) c.d. dimostrativi e nondimeno strumentalizzati e strumentalizzabili per la diffusione di un panico collettivo ed indiscriminato ⁽³⁰⁾.

Occorre ora in parentesi precisare come la perifrasi «per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali» non descriva una porzione del duplice dolo specifico di cui la norma – secondo i più – si connoterebbe, a previsione dello scopo verso cui la condotta *deve* tendere e che pure *non deve* trovare necessaria materializzazione ⁽³¹⁾. Ma specifichi, piuttosto, quale sia la materia dell'addestramento ovvero delle istruzioni fornite, genericamente ogni metodo o tecnica da spendersi in un contesto di violenza o sabotaggio. Tant'è che la fattispecie generale di cui all'art. 2 *bis*, legge 2 ottobre 1967, n. 895 ⁽³²⁾, questa delimitazione non propone, fornendo un più ampio spettro di incriminazione coinvolgente fatti di addestramento o di comunicazione di informazioni sulla preparazione o sull'uso di esplosivi e armi da guerra, aggressivi chimici, sostanze batteriologiche nocive o pericolose e altri congegni micidiali, al di fuori dei casi in cui ciò sia consentito dalla legge e salvo che il fatto costituisca più grave reato.

Così non fosse, per rimanere coerenti con l'impostazione cui aderisce la

⁽²⁹⁾ MAZZANTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XV, Roma, 1966, 619.

⁽³⁰⁾ Cfr. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso*, in *D&G*, 2005, n. 33, 94.

⁽³¹⁾ Così anche REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, cit., 247, che in proposito, tuttavia, parla di caratteristica della condotta materiale, per cui la formula di cui sopra assolverebbe «la funzione di descrivere una vera e propria *modalità* della condotta di addestramento (o di fornitura di istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, armi da fuoco, ecc.), tant'è che, in assenza di una descrizione (e, quindi, di una *modalità*) siffatta, la suddetta condotta potrebbe, in ipotesi, integrare anche contegni rientranti in un contesto di legalità».

⁽³²⁾ Articolo introdotto ai sensi dell'art. 8, comma 5, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modifiche nella l. 31 luglio 2005, n. 155.

decisione commentata - che traduce la fattispecie in un delitto di pericolo concreto proprio in forza di una indispensabile esegesi costituzionalmente orientata del suddetto dolo specifico - si dovrebbe concludere col condizionare la punibilità dell'addestrato, ai sensi dell'ultima parte del disposto, ad una *probatio diabolica*. Perché, se dalla parte di chi addestra ben può ritenersi sufficiente accertare che l'attività di indottrinamento avvenga in modo tale da poter essere concretizzata in "reali" atti di violenza o sabotaggio, tanto non potrebbe più bastare al momento di vagliare l'offensività del fatto dell'addestrato: egli potrebbe dirsi effettivamente preparato al compimento di quelle azioni - e perciò il fatto effettivamente pericoloso - solo con l'attestarne la reale acquisizione delle capacità trasmesse.

Risalendo "a monte" della riflessione relativa ai rapporti tra fattispecie di addestramento e fattispecie associativa, fuoriesce dunque l'immagine di due percorsi paralleli: il fatto di cui all'art. 270 *quinquies* non si pone "prima" del fatto incriminato dall'art. 270 *bis* (comma 2) c.p., ma accanto ad esso, individuando un'area di pericolo "allotropica", ovvero uno stesso disvalore di pericolo che pure esiste in forme tra loro fisicamente diverse. L'uno privo di una struttura organizzativa (anche solo di riferimento), e per questo verso di minore potenza; ma al contempo di respiro generale, cioè nato per (e capace di) connettersi a qualsiasi persona o associazione, di oggi come di domani, e per questo verso di maggiore offensività. L'altro supportato da un organigramma, ma di taglia singolare.

In chiusura, ci si accorge di come sia venuta affiorando, in sede normativa, quella peculiarità del terrorismo moderno che è data dal suo comporsi anche di frange "dormienti" eppure costantemente pronte all'operatività, serventi la causa di un programma terroristico che è percepito come privo di ogni soluzione di continuità, in atto dovunque e sempre, nel presente e nel futuro: una "guerra" costante e totale.

6. Chiarito come non si abbia a che fare con un delitto associativo, nemmeno tentato, la struttura delittuosa di specie non tarda tuttavia a rivelare una sua peculiarità pur sempre con riguardo alla struttura necessariamente plurisoggettiva.

La notazione discende segnatamente dall'ultima porzione dell'art. 270 *quinquies* c.p., ove si scrive dell'applicazione della medesima pena - fissata per chi addestra - nei confronti della persona addestrata.

Ciò muove a due considerazioni. La prima, tutta interna alla disamina della fattispecie delittuosa in richiamo.

Difatti, al binomio punitivo addestratore-addestrato, di cui si è dato atto, non corrisponde la previsione della pari sanzionabilità di chi fornisce e chi riceve istruzioni. Orbene, la soluzione della problematica relativa all'incriminabilità pure di chi raccolga gli insegnamenti da altri profusi passa attraverso l'esegesi che si giunge ad accogliere in ordine alle due distinte condotte "attive" che la norma descrive nella sua prima parte.

In buona sostanza. Ove il "fornire istruzioni" venisse ricondotto entro il

genere dell'addestramento, quale sua modalità di specie⁽³³⁾, la disgiunzione («o comunque») eretta tra le condotte si leggerebbe infine come il frammezzo di una endiadi, e la successiva unificazione della terminologia linguistica occorsa con l'uso della sola espressione «persona addestrata» non impedirebbe certo di leggere nella punibilità dell'addestrato anche la punibilità del recettore di nozioni. Se, invece, si avallasse un senso distinto delle modalità comportamentali richiamate – l'addestramento esige un contatto, una interazione tra soggetti che la seconda condotta non pretende⁽³⁴⁾; l'addestramento implica una regolare ripetitività degli incontri che si contrappone all'occasionalità espressa dall'altro atteggiamento⁽³⁵⁾ – non potrebbe che disconoscersi la commissione del delitto in parola da parte di chi sia semplicemente entrato in possesso delle istruzioni diffuse, mancando la tipizzazione di codesta situazione. D'altronde, si segnala, il fatto di questi esprimerebbe una minore pericolosità, non nascendo da una vera e propria relazione didattica e non potendo quindi avvalersi di quell'approfondimento, anche in senso pratico, delle nozioni che invece è consentito da un effettivo rapporto allievo-istruttore⁽³⁶⁾.

Col rimettere mano all'esegesi delle condotte descritte dovrà invero essere peculiarmente valorizzata quella personalizzazione afferente al concetto di addestramento che è estranea alla portata semantica del fornire istruzioni. Mentre la prima, si accennava, esige l'instaurazione di un contatto tra determinati soggetti, raffigurando un fatto necessariamente collaborativi⁽³⁷⁾, l'altra verrà a configurarsi dove di questa relazione non si abbia traccia, eppure risulti operata la divulgazione delle attenzionate informazioni *ad incertam personam*, per essere state messe in circolazione tramite internet, videocassette, manuali. Ovvio, peraltro, che non appena si individui «il» destinatario, che tali informazioni abbia fatto proprie, egli assumerà le vesti di addestrato, in quanto posto all'altro capo di un rapporto di insegnamento di tecniche tese a formare o elevare una certa capacità «professionale», volte all'apprendimento delle modalità di svolgimento di una determinata funzione o di tenuta di un particolare comportamento⁽³⁸⁾. Risultando con ciò punibile giusto il tenore dell'art. 270 *quinquies* c.p.

⁽³³⁾ VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale. Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1228; ; ID., *art. 270 quinquies c.p.*, cit., 1962.

⁽³⁴⁾ Così LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles*, cit., 95; PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 33, 56.

⁽³⁵⁾ Cfr. VALSECCHI, *art. 270 quinquies c.p.*, cit., 1961 s.

⁽³⁶⁾ VALSECCHI, *art. 270 quinquies c.p.*, cit., 1962 s.

⁽³⁷⁾ Per una disamina del distinguo tra fatti collaborativi e non collaborativi nel campo degli illeciti digitali, SCOPINARO, *Internet e reati contro il patrimonio*, Torino, 2007, 80 ss.

⁽³⁸⁾ V. VALSECCHI, *art. 270 quinquies c.p.*, cit., 1962.

È quanto del resto si desume dal confronto ragionato con altre fattispecie incriminatrici di una condotta rivelatoria ove rimane tipizzata la punibilità di “chi” – identificato – ottenga le notizie di volta in volta in considerazione (artt. 261, comma 4, e 262, comma 4, c.p.).

Altrove, per vero, il recettore non viene espressamente conteggiato tra i soggetti punibili della rivelazione (artt. 618, 621, 622, 623, 326 e 379 bis c.p.), né potrà esserlo – per il solo fatto di aver recepito – ad effetto del generale meccanismo estensivo di cui all’art. 110 c.p., in quanto – di per sé – l’“assorbimento” da parte di taluno di codeste notizie ed informazioni non può ritenersi comportamento “causalmente efficiente” (ad usare la tradizionale terminologia)⁽³⁹⁾ alla realizzazione del fatto tipico di reato, ovvero alla divulgazione, alla diffusione, alla comunicazione delle stesse. La rivelazione, difatti, implica il fuoriuscire del dato dalla sfera di conoscenza dell’agente, per cui, non rimanendo ontologicamente condizionata dalla percezione che altri ne abbia (così, l’affissione di un manifesto che nessuno legga), è ben possibile “pensarla” senza necessariamente immaginare una distinta e complementare condotta: in breve, si tratta di un comportamento che non esige, per esistere, della collaborazione di alcuno.

Le argomentazioni appena maturate con riguardo all’addestramento *ex art. 270 quinquies* c.p. già spiegano come sia indispensabile ampliare la visuale dell’incriminazione alle convergenti condotte di (quantomeno) due distinti soggetti, posto che la parte c.d. passiva svolge pur sempre un contributo strumentale (in realtà, condizionalistico *stricto sensu*), *ex art. 110 c.p.*, rispetto alla commissione illecita altrui, secondo la regola generale metabolizzata dal sistema penale in punto di realizzazione criminale collettiva⁽⁴⁰⁾.

V’è allora da constatarne la natura e la struttura di reato necessariamente plurisoggettivo, che tale, ovviamente, rimarrebbe pur anche si atteggiasse in termini c.d. “impropri”, ovvero si dovesse espungere dal testo normativo l’esplicitazione circa l’assoggettamento a pari sanzione dell’addestrato.

Col distinguo, nondimeno, che nel caso si dovrebbe discettare di una

⁽³⁹⁾ Per una prospettiva strettamente causalistica entro cui ricondurre la partecipazione penalmente rilevante, da ultimo, AZZALI, *Concorso di persone nel reato. La prospettiva causale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, 1366 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss.; in *Foro it.*, 2006, II, 80 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per chi scrive essa va ragguagliata al modello della non desistenza rispetto ad atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere insieme ad altri un fatto di reato. La vastità e la varietà di sfumature ricostruttive che colorano la produzione esegetica relativa al c.d. contributo causale impediscono qui una disamina neanche superficiale dell’argomento, per la cui sintesi si rinvia a FALCINELLI, *Sull’identità del contributo causale: dalla prospettiva condizionalistica alla dimensione tipica dell’illecito concorsuale*, in *Rass. giur. umbra*, 2005, 669 ss., e bibliografia ivi citata.

forma di manifestazione concorsuale eventuale, risultando atipico (e per ciò non punibile “direttamente”) – ai sensi di questo immaginifico tenore normativo dell’art. 270 *quiquies* c.p. – l’atteggiamento dell’addestrato. Tanto discende proprio dal criterio ricognitivo sopra avallato, posto che – si ribadisce – non può dubitarsi dell’integrazione di un apporto causale alla realizzazione dell’addestramento terroristico ai sensi dell’art. 110 c.p. ad opera di quanti vengano istruiti.

7. La ragione di una positivizzazione della suddetta punibilità lascerebbe a questo punto perplessi, se non trovasse puntuale spiegazione alla luce della volontà legislativa di sottrarre la tipizzazione di tale condotta “passiva” alla matrice della disciplina fissata agli artt. 110 e seguenti. L’addestrato, per essere dichiarato “autore” del fatto descritto dall’art. 270 *quiquies* c.p., da un lato è smarcato dalla dinamica punitiva *ex* art. 110 c.p. dall’altro sarà punibile *solo* ai sensi della fattispecie speciale, e *solo* in quanto gli appartenga, anche psicologicamente, l’intero fatto tipico ivi descritto. Ciò significa che egli dovrà parimenti nutrire la finalità terroristica che compone il dolo dell’ipotesi incriminatrice, e pertanto connotare in quest’ottica il proprio comportamento. Ciò significa, ancora, che sarà punibile a tale titolo solo in quanto abbia personalmente aderito all’obiettivo del terrore, non residuando l’ipotizzabilità – invece implicata nel modello generale del concorso eventuale di persone nel reato – di una partecipazione con dolo generico all’altrui fatto teleologicamente orientato, non considerandosi ivi bastevole l’accertamento della consapevolezza dell’altrui scopo specifico ⁽⁴¹⁾.

Di tanto appare convinto lo stesso interprete della vicenda concreta: qui, il *quid proprium* dell’azione terroristica, quale è il carattere indiscriminato della violenza, e quindi l’indifferenza rispetto al ruolo e alla posizione delle vittime degli attentati programmati, è inteso come ben radicato nell’ideologia praticata dall’“insegnante” e condivisa dagli altri indagati, secondo quanto ricavato dalla partecipazione all’attività di addestramento e di messa a disposizione delle relative istruzioni.

Mentre, si ha premura di precisare nel prosieguito, la pur rara evenienza della partecipazione a una singola “lezione di terrorismo” - una sola seduta di navigazione in Rete con relativo studio e commento del materiale visionato - può lasciare adito a dubbi rispetto alla consapevole condivisione dei propositi terroristici da parte del soggetto messo di fronte a tali insegnamenti: determinando la negazione della sussumibilità della “sua” vicenda entro i confini così disegnati, come nell’episodio del giovane fuggito al termine della sessione e mai più tornato presso la moschea.

⁽⁴¹⁾ LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 584; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 476; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 537 s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 469.

In sintesi, da un canto la chiave di volta della soluzione quanto alla punibilità di chi si trovi a compiere un'azione implicata nella descrizione del fatto di reato, ancorché mancante dell'esplicito crisma della sanzionabilità, è "allibrata" nella verifica della convertibilità di tale comportamento "implicito" in condotta causale-strumentale alla realizzazione illecita altrui (s'è detto, *ex art.* 110 c.p.).

D'altro canto, dallo stesso parametro tipico discende anche l'individuazione della forma – e quindi della disciplina – semplice (ovvero direttamente ai sensi della singola ipotesi incriminatrice di parte speciale) o concorsuale (eventuale), dell'illecito che si intenda integrato da parte di codesto, necessario soggetto.

Certo è che alla stregua di tale criterio, diviene afferrabile pure il discrimine che corre tra concorso, sebbene impropriamente, necessario di persone nel reato da un lato, e cooperazione artificiosa dall'altro.

Difatti, ove si dovesse accertare che alla realizzazione del fatto dell'agente espressamente punito non possa fornire un contributo causale la condotta, pure di evenienza necessaria, di altro, impunito soggetto, ebbene questi non potrà che andare effettivamente esente da pena, risultando la sua condotta atipica sia ai sensi della norma di specie sia ai sensi della normativa di genere *ex artt.* 110 c.p. e ss. Così è per la *vittima*: chi subisce il delitto di concussione mai partecipa causalmente alla costrizione o induzione posta in essere dall'agente qualificato; chi soggiace a pretese usuarie non concorre nel delitto di usura, posta la descrizione in termini riflessivi (*si fa dare o promettere*) del comportamento punito dall'art. 644 c.p. che vale ad isolare la rilevanza penale del fatto al solo capo "attivo" della relazione intersoggettiva.

Diversamente, ogni qualvolta si dimostri applicabile il parametro generale del concorso di persone nel reato, il c.d. concorrente necessario, pure non espressamente sanzionato dalla fattispecie di parte speciale, si presta comunque a rimanere criminalizzato secondo la disciplina del concorso eventuale, con specifico riguardo alla regolamentazione dettata dagli artt. 114, comma 2, 116, 117, 118 e 59 c.p. ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Tanto sembra confutare l'orientamento che afferma non essere argomentabile la responsabilità in discussione in forza del principio di non contraddizione: sarebbe invero contraddittorio e logicamente inammissibile sostenere, da un lato, che il concorrente necessario il quale ponga in essere la condotta tipica descritta nella fattispecie non sia punibile alla stregua della norma incriminatrice che tale comportamento espressamente prevede; e, dall'altro, che per il medesimo comportamento il concorrente necessario possa essere punito a titolo di concorso eventuale. La validità della prima proposizione, derivante dalla stessa norma giuridica, escluderebbe necessariamente la validità della seconda, SERIANNI, *Il concorso del creditore nel delitto di bancarotta preferenziale: struttura e limiti. La ricettazione fallimentare del creditore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 327; CRESPI, *I trent'anni della legge fallimentare, bilancio e prospettive di riforma*, *ivi*, 1973, 274.

Ebbene, la fondatezza del percorso esegetico così suggerito si motiva non solo alla stregua della sua coerenza intrasistemica: esso difatti applica – ove se ne configurino gli estremi – proprio la ricordata regola generale in tema di manifestazione concorsuale del reato, importando il disconoscimento del pensiero attualmente dominante a proposito del contegno necessario cui non venga agganciata, in termini espressi, la punibilità. L'orientamento che inquadrava il fatto entro il perimetro della compartecipazione eventuale ⁽⁴³⁾ ha difatti ormai lasciato ampio spazio alla soluzione negativa rispetto alla criminalizzazione del concorrente per “quella” condotta tipica ⁽⁴⁴⁾, cui si accompagna – secondo una certa corrente ⁽⁴⁵⁾ – la vigenza delle disposizioni *ex artt.* 110 c.p. e seguenti nel regolamentare i comportamenti dell’“improprio” correo che si appalesino come “atipici”, per l'appunto diversi, ulteriori rispetto a quelli tipizzati ⁽⁴⁶⁾.

L'interpretazione proposta nelle righe che precedono trova fondamentale argomento di sostegno anche nel dotarsi di quella controllabilità razionale che invece non spetta alla teorica che pretende di indagare caso per caso se l'esenzione del concorrente necessario, dalla pena non indicata nella norma, corrisponda allo scopo della norma stessa ed alle direttive generali dell'ordinamento ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 17 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, IV, Torino, 1981, 85 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 585 s. In giurisprudenza, circa la responsabilità *ex art.* 110 c.p. dell'*extraneus* che collude con il militare della Guardia di Finanza a fini di contrabbando (art. 3, l. 9 dicembre 1941, n. 1383), Cass., sez. III, 17 giugno 1985, Chiabotti, in *Cass. pen.*, 1988, 1711; Cass., sez. III, 4 marzo 1986, De Annunziis, *ivi*, 1987, 1643; Cass., sez. VI, Perrella ed altro, *ivi*, 1992, 1302. Ancora, per l'ammissione del concorso nel reato di bancarotta preferenziale (art. 216, comma 3, r.d. 16 marzo 1942, n. 267) del creditore favorito che si limiti a ricevere il pagamento, Cass., sez. V, 13 febbraio 1969, Girombelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 201 ss.

⁽⁴⁴⁾ GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 127; GRASSO, *Pre-art. 110 c.p.*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, II, a cura di Romano-Grasso, Milano, 1996, 133; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 517. In giurisprudenza, Cass., sez. V, 11 novembre 1957, p.m. in c. Bianchi, in *Giust. pen.*, 1958, II, 98; Cass., sez. V, 20 ottobre 1981, Bura, in *Riv. pen.*, 1982, 444; Cass., sez. I, 30 aprile 1991, Aceto e altro, in *Giust. pen.*, 1991, II, 655; Cass., sez. I, 13 maggio 1991, Arcellaschi e altro, *ibidem*, 724.

⁽⁴⁵⁾ Sono orientati negativamente quanto alla responsabilità *ex art.* 110 c.p. del concorrente non dichiarato punibile ancorché ponga in essere anche una diversa condotta, tra gli altri, GRISIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1942, 419; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 170 ss.

⁽⁴⁶⁾ GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 140 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cass., sez. I, 18 novembre 1996, Sassi, in *Cass. pen.*, 1998, 652; analogamente Cass., sez. I, 10 febbraio 2005, Pavanati, in *Riv. pen.*, 2006, 588, che, dichiarando il ricorrente colpevole di concorso nel reato di trasferimento fraudolento di valori di cui al primo comma dell'art. 12-*quinquies* del d.l. 8 giugno 1992 n. 306, convertito con

8. Il ragionamento fin qui svolto si dimostra acconcio a fare da premessa all'ultimo capitolo dell'analisi – la seconda delle considerazioni cui si accennava –, che spetta brevemente aprire con riguardo alla differenza tra l'ipotesi delittuosa dell'addestramento e quella che immediatamente la precede, dell'arruolamento *ex art. 270 quater c.p.*, marcata dal silenzio in ordine alla punibilità di chi arruolato (*vs.* l'addestrato). Alla struttura plurisoggettiva ora menzionata è stata difatti ascritta una qualifica c.d. impropria ⁽⁴⁸⁾, per tacere della punibilità del concorrente necessario, *alias* arruolato: silenzio che per comune sentire rende costui non sanzionabile, pur intendendosi salva la configurabilità di una ipotesi di partecipazione *ex art. 270 bis c.p.* ⁽⁴⁹⁾.

La distanza così segnata tra le consecutive fattispecie sarebbe infine giustificata, e giustificabile, in forza di una assunta carenza di pericolosità dell'arruolato, che ancora manca di un addestramento ⁽⁵⁰⁾.

L'approdo di specie, che si sposa con il precipitato delle attuali riflessioni – appena sopra ricordate – attorno alla (non) punibilità del concorrente necessario improprio, nell'ipotesi in cui egli si sia limitato a tenere il contegno “tipico”, espressamente descritto o comunque implicato nella stesura dell'incriminazione, deve essere ora riscritto. Anche in considerazione dell'inverosimiglianza di una intrinseca minore pericolosità dell'arruolato, che ben potrebbe essere un soggetto (mercenario) già avvezzo alle pratiche della violenza.

legge 7 agosto 1992 n. 356, ha statuito: «il criterio secondo il quale non è punibile, per il principio “nullum crimen sine lege”, il soggetto la cui condotta è richiesta, per la configurazione di un reato plurisoggettivo improprio, non può applicarsi in modo assoluto; deve stabilirsi caso per caso, in base alla volontà del legislatore, se debba o meno applicarsi il principio generale per cui chi concorre nel reato ne risponde: in particolare occorre indagare se l'esenzione da pena del concorrente necessario non indicato nella norma corrisponda allo scopo della norma stessa ed alle direttive generali dell'ordinamento giuridico. (...) In base a ciò, e tenuto conto della *ratio*, delle finalità e della struttura della legge in esame, si deve dedurre che colui che si rende fittiziamente titolare di denaro, beni o utilità, con lo scopo di aggirare le norme in materia di misure di prevenzione patrimoniale o di contrabbando, o di agevolare la commissione dei reati di ricettazione, riciclaggio o impiego di beni di provenienza illecita, non può non rispondere, a titolo di concorso, nella stessa figura criminosa posta in essere da colui che ha operato la fittizia attribuzione, per la ragione che anch'egli, con la sua condotta cosciente e volontaria, contribuisce chiaramente alla lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice».

⁽⁴⁸⁾ Per una critica dogmatica alla distinzione tra reati plurisoggettivi propri ed impropri, DELLA TERZA, *Struttura del reato a concorso necessario*, Milano, 1971, 60 ss.; ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, 37 ss.

⁽⁴⁹⁾ LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles*, cit., 94; PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, cit., 54; VALSECCHI, *art. 270 quater c.p.*, cit., 1959; REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, cit., 228.

⁽⁵⁰⁾ REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, cit., 228.

Punto di partenza è la delimitazione del significato dell'arruolamento: a rigore il verbo utilizzato si presta ad un ripensamento rispetto a quello che le elaborazioni esegetiche fornite relativamente agli artt. 244⁽⁵¹⁾ e 288⁽⁵²⁾ c.p. hanno espresso nel reclutare, chiamare alle armi, iscrivere nei ruoli di un corpo militare, in sostanza un ingaggio di armati, che ha per effetto di produrre un rapporto di subordinazione o di servizio, non necessariamente retribuito, tra l'arruolato e l'arruolatore o un terzo⁽⁵³⁾.

Tale senso, che pretende l'esistenza di una struttura militarizzata⁽⁵⁴⁾, rimane infatti lì agganciato all'assenza di *autorizzazione governativa* di cui non v'è traccia nella norma ora in rassegna⁽⁵⁵⁾, la quale dimostra così una ben più ampia portata, comprensiva di ogni attività di reperimento di persone disponibili alle dettagliate operazioni di stampo terroristico, inquadrando infine il raggiungimento di un accordo finalizzato al loro impiego.

Ciò premesso, deve concludersi come si sia al cospetto di un fatto necessariamente collaborativo, al pari di quello delineato all'art. 270 *quinquies* c.p.: l'esame della struttura dell'illecito lascia facilmente intendere come la "collaborazione" dell'arruolato sia naturalisticamente necessaria all'integrazione della fattispecie, e non potrebbe quindi ritenersi un fatto successivo rispetto ad un delitto già perfetto, così posto inevitabilmente fuori dello schema della fattispecie plurisoggettiva eventuale⁽⁵⁶⁾.

Per cui – dato il ragionamento fin qui sviluppato – il silenzio quanto ad una "speciale" punibilità di tale correo varrebbe solo a prendere atto della non necessarietà della partecipazione finalistica dell'arruolato, magari un mercenario, al fatto dell'arruolante, teleologicamente orientato al terrore. Escluso dall'area specificamente tipizzata, questi ben potrebbe rispondere – s'è visto – ai sensi della clausola di conversione dell'atipicità fissata all'art. 110 c.p. Se non fosse per la peculiare dimensione entro cui si va

⁽⁵¹⁾ Il testo dell'articolo recita: «Chiunque, senza l'approvazione del governo, fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero, in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra, è punito con la reclusione da sei a diciotto anni; se la guerra avviene è punito con l'ergastolo».

⁽⁵²⁾ Il testo dell'articolo recita: «Chiunque nel territorio dello Stato e senza approvazione del Governo arruola o arma cittadini, perché militino al servizio o a favore dello straniero, è punito con la reclusione da quattro a quindici anni. La pena è aumentata se fra gli arruolati sono militari in servizio o persone tuttora soggette ad obblighi del servizio militare».

⁽⁵³⁾ In questi termini MANZINI, *Trattato*, cit., 84; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 1986, 995; QUADRI, *Atti ostili verso uno Stato estero*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 65 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., sez. VI, 1° luglio 2003, Nerozzi, in *Foro it.*, 2004, II, 217 ss.

⁽⁵⁵⁾ REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, cit., 229.

⁽⁵⁶⁾ Così SERIANNI, *Il concorso del creditore*, cit., 329, inquadra - con soluzione cui non si ritiene di poter aderire - l'accettazione o il ricevimento da parte del creditore della somma resagli dal debitore fallito ex art. 216, comma 3, l. fall.

a calare l'ipotesi di cui all'art. 270 *quater* c.p., che evidentemente deroga alla disciplina generale stabilita dall'art. 115 c.p. sanzionando l'accordo a commettere un reato – tali, invero, gli atti di violenza e di sabotaggio – al di fuori dell'evenienza in cui quest'ultimo sia stato realizzato ⁽⁵⁷⁾.

Una istantanea sull'art. 270 *quater* c.p. riesce invero a cogliervi l'essenza di un accordo tra le parti per commettere i delitti specificati, fatto che abbisogna di una espressa previsione per rimanere punibile al di fuori della consumazione di quanto progettato. Ecco, allora, che la punibilità espressa nella sola direzione dell'arruolatore schermo – in *questa* ipotesi e per *questa* ragione – l'operatività della sanzione penale rispetto al reclutato, di cui pure residua la rimproverabilità in vista degli elementi costitutivi del delitto *ex* art. 270 *bis* c.p., in qualsivoglia sua forma di manifestazione.

DANIELA FALCINELLI

⁽⁵⁷⁾ In argomento, tra gli altri, BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 34 ss.; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 44 ss.; VASSALLI, *Accordo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 302 ss.; LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 577 s.; PALMIERI, *Profili essenziali della condotta istigatoria*, Milano, 1986; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 279 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 456 s.; MORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995; SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, Padova, 2000; CAMAIONI, *Riflessioni sul "tentativo di concorso nel reato" e "tentativo di reato in concorso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1069 ss.

TRIBUNALE MONOCRATICO DI PERUGIA- 3 maggio 2005- *Est.*
Cristiani- T. e altri

Rifiuti – Abbandono e deposito incontrollato da parte del titolare di imprese o enti – Rifiuti speciali assimilabili agli urbani – Qualifica – Successione di leggi penali – Successione mediata (d. lgs.vo 5 febbraio 1997, n. 22, artt. 21, lett. g), 43, 51, comma 2)

Non integra la fattispecie della contravvenzione di cui all'art 51, comma 2, del d. lgs.vo del 5 febbraio 1997, n. 22 la condotta del titolare di un'impresa che depositi rifiuti speciali assimilabili agli urbani nei

pressi di cassonetti in epoca antecedente all'entrata in vigore del Regolamento Comunale che - in attuazione di quanto indicato all'art. 21, comma 2, lett. g) della normativa in parola stabilisce che le suddette imprese debbano stipulare contratti ad hoc con i soggetti abilitati alla raccolta differenziata, sempre che i rifiuti così gestiti non superino la quantità massima annua prefissata in tale atto comunale.(1)

Integra la condotta di cui all'art. 51, comma 2, del d. lgs.vo del 5 febbraio 1997, n. 22 l'attività posta in essere dal titolare dell'impresa che abbia effettivi poteri d'amministrazione; non risponde, pertanto, della contravvenzione in parola il presidente dell'impresa che ne sia privo.(2)

(*Omissis*) A seguito di opposizione al decreto penale condanna di n. 3 del 2003 che li condannava ciascuno alla pena di Euro 1.300,00 di ammenda per il reato previsto dall'art. 51, comma 2, del d. lgs.vo del 5 febbraio, n. 22, T. e T. sono stati rinviati a giudizio essendo loro ascritto, al T. nella qualità di dirigente, al T. in quella di amministratore delegato della ditta "T. e T. s.p.a.", di aver abbandonato e/o depositato in modo incontrollato, nei pressi della sede di Perugia della loro società, rifiuti costituiti da dieci sacchi di plastica contenenti nastri da imballaggio e carta intestata.

Fatto accertato in Perugia in data 10 dicembre 2000. (*Omissis*)

È del tutto pacifico, secondo le risultanze della deposizione del M.llo F. M. che, nel corso del sopralluogo dal predetto eseguito, in data 10 dicembre 2000 lungo Via B., alla periferia di Perugia, si trovassero addossati ai cassonetti presenti *in loco*, facenti parte del circuito di raccolta dei rifiuti solidi urbani gestiti dalla GE.SE.NU, numerosi sacchi depositati da ditte i cui stabilimenti sono nel luogo, alcuni dei quali – descritti dal teste come sacchi del tipo "comunità", dell'altezza di un metro circa – da riferirsi alla "T. e T. s.p.a.", atteso che i nastri di chiusura di detti sacchi evidenziavano il nome della ditta in questione.

È infine pacifico che i rifiuti contenuti nei sacchi, alcuni dei quali direttamente ispezionati dal teste, fossero costituiti da materiale cartaceo, trattandosi di residui di imballaggi e plastica ove la ditta "T. e T. s.p.a." opera come spedizioniere.

Secondo le foto nell'occasione approntate, i sacchi non avrebbero potuto trovare posto nei contenitori, ove i cassonetti erano praticamente pieni al colmo. I sacchi erano infine nel loro complesso tutti chiusi, in modo che il loro contenuto era al riparo dalle intemperie.

Affermava il teste, il quale aveva compiuto un sopralluogo nell'esercizio delle normali attività di controllo demandate dalla Polizia Municipale che, in base alle informazioni di cui disponeva, le ditte aventi

opificio nella zona industriale di cui si discute ricorrevano a forme di smaltimento differenti rispetto alla collocazione dei loro rifiuti (cartacei, nella specie) all'interno dei cassonetti.

Ditte come la "T. e T. s.p.a.", secondo il M.llo F. M. avrebbero dovuto stipulare contratti specifici, finalizzati alla raccolta a domicilio dei loro rifiuti da parte di ditte specializzate, ovvero allo smaltimento in forme comunque alternative rispetto a quelle cui accedono i comuni cittadini. Si sarebbe trattato di contratti *ad hoc*, da stipulare anche con la GE.SE.NU., implicanti, di norma, la fornitura di appositi contenitori da collocare all'interno della sede, al cui ritiro avrebbe provveduto, con periodicità, la stessa GE.SE.NU. o le altre ditte del settore, nel campo dello specifico servizio di smaltimento.

Di seguito alle indicazioni del M.llo F. M. il giudicante provvedeva ad escutere il dottor S., responsabile della GE.SE.NU e ad acquisire i regolamenti locali, allo scopo di verificare quali prestazioni la "T. e T. s.p.a." avrebbe potuto attendersi dall'Amministrazione municipale per effetto della stipula del contratto per la raccolta dei rifiuti solidi urbani in essere al tempo dei fatti, come da ricevuta di pagamento in atti.

Le risultanze dell'accertamento sono le seguenti.

Alla stregua dell'attuale normativa comunale, riproduttiva dei principi dell'art. 7 – in particolare il comma 3 - del decreto Ronchi in tema di classificazione dei rifiuti, alcune tipologie di *rifiuti speciali* sono assimilabili ai rifiuti urbani (v. Capo III, art. 12, *sub lett. e*) del regolamento, con riferimento ai rifiuti prodotti da attività artigianali e industriali, includendosi in detta categoria i rifiuti da *reparti di spedizione*).

In particolare l'art. 13 dell'attuale regolamento, *sub lett. a*) assimila espressamente ai rifiuti urbani gli imballaggi primari e secondari (di carta, cartone, plastica, si esemplifica come nel caso di specie, n.d.r.), mentre l'art. 14 del regolamento pone un limite quantitativo assoluto al criterio di assimilabilità.

Di conseguenza, la possibilità di equiparare i rifiuti speciali del tipo sopra descritto ai rifiuti urbani incontra un limite oggettivo ancorato al peso dei rifiuti industriali prodotti, nello specifico indicato nella quantità di 20 tonnellate per anno (art. 14. comma 1, reg.).

Al di sopra di detto limite, secondo l'art. 14, comma 2 del Regolamento comunale vigente (ma solo a decorrere dal gennaio 2001, mentre i fatti di causa risalgono al dicembre precedente) vige l'obbligo per gli operatori economici di avviare gli stessi rifiuti (idealmente assimilabili a quelli urbani, attesa la qualità del rifiuto stesso) allo smaltimento a proprie spese precisando l'art. 24 del Regolamento, in attuazione ai principi di cui all'art 43 del d.lgs.vo n. 22 del 1997, che al di sopra del limite delle 20 tonnellate, i soggetti economici sono obbligati a: a) a smaltire in proprio nell'ambito dell'impresa; b) a conferire i rifiuti a soggetti qualificati; c)

a conferirli al servizio pubblico istituito dal Comune, previa apposita convenzione.

In definitiva, secondo l'attuale regolamento comunale, la ditta "*T. e T. s.p.a.*", la quale di per sé produce rifiuti speciali dei quali è da escludere la pericolosità alla stregua dell'art. 7, co. 4, del Decreto Ronchi e dei suoi allegati, avrebbe potuto conferire i suoi imballaggi (tale essendo la tipologia dei rifiuti dalla stessa prodotti, in quanto spedizioniere) al servizio pubblico di raccolta dei rifiuti urbani a condizione di produrre rifiuti del peso annuo inferiore alle 20 tonnellate.

Tanto premesso, rileva il giudicante che nella valutazione della vicenda che occupa debbano valorizzarsi i seguenti elementi di fatto, da porre alla base della decisione.

Per un verso, è stata acquisita in atti la prova documentale, offerta dalla difesa, che la "*T. e T. s.p.a.*", nel corso del 2000 pagava regolarmente la tassa sui R.S.U, dunque ricorrendo al servizio pubblico di raccolta svolto, nella città di Perugia, dalla società GE.SE.NU la quale provvede a sistemare e svuotare gli appositi cassonetti posti nei siti individuati in concerto con l'Autorità Comunale; per altro aspetto, e come è risultato dall'attività istruttoria ufficiosa, è stato escluso che la società avesse stipulato con la stessa GE.SE.NU, o con altri soggetti parificati del settore, un contratto *ad hoc* per la raccolta differenziata, analogamente a quanto prevede la *lett. c* dell'art. 24 del Regolamento, come sopra evidenziato.

Quanto al merito della vicenda, nel presente giudizio è mancata la prova – in genere correlata al rilascio delle autorizzazioni sanitarie-amministrative per l'agibilità dei locali – della quantità dei rifiuti speciali prodotti dalla società degli imputati, reputandosi che la prova del dato ponderale costituisse un preciso onere a carico della pubblica accusa, in quanto afferente al discrimine del sistema tra il conferimento di rifiuti – in sostanza del tutto simile a quelli solidi urbani – al servizio pubblico e l'altro, ben differente, della convenzione *ad hoc* alla quale, pacificamente, nel caso di specie non si è fatto ricorso.

Posto, dunque, che la ditta "*T. e T. s.p.a.*" era nella condizione di operare in piena liceità mediante l'affidamento dei propri rifiuti speciali ai cassonetti sulla pubblica via essendo un operatore economico che assolveva gli oneri del servizio pubblico per la raccolta dei R.S.U., va da sé che la presente vicenda si colloca temporalmente prima dell'entrata in vigore dell'attuale regolamento comunale, come è noto approvato con delibera n. 1 del 15 gennaio 2001, quando i fatti in causa sono invece stati accertati in data 10 dicembre 2000.

Ed allora, preso in visione il regolamento comunale di Polizia Urbana al tempo vigente, si legge all'art. 14 (*sul deposito e raccolta dei rifiuti solidi urbani*) in analogia con i principi della materia, che i rifiuti am-

messi sono anche quelli industriali purché assimilabili a quelli urbani, mentre l'art. 16, a proposito della raccolta con contenitori e trespolti, fa divieto di introdurre nei contenitori oggetti di grosso volume, ovvero fa obbligo di introdurre in pezzi scatole di cartone e imballaggi in genere al fine di non impegnare inutilmente lo spazio a disposizione.

Pervenendo alle conclusioni, è dell'avviso il giudicante che non si possa addivenire a condanna degli imputati, quanto invece alla loro assoluzione.

T. è risultato di per sé estraneo ai fatti in causa, attesa la sua veste di presidente della società al quale non sono attribuiti poteri di amministrazione, non essendo dunque in facoltà del predetto addivenire alla stipula di contratti (quello con il Comune di Perugia per la raccolta dei rifiuti solidi urbani, in particolare) per le normali esigenze di esercizio della società medesima.

Quanto all'amministratore T., in astratto nella condizione di rispondere dei fatti in causa atteso che la persona indicata come il responsabile dello stabilimento di Perugia (*omissis*) è un mero dipendente, privo (*omissis*) delle necessarie autonomie gestionali e di portafoglio per operare scelte nella materia *sub judice*, è dell'avviso il giudicante che il fatto accertato non corrisponda alla fattispecie contravvenzionale ascritta, riconducibile come è noto alla disposizione dell'art. 14 del Decreto Ronchi relativa al divieto di abbandono e di deposito incontrollato dei rifiuti sul suolo.

Lo stesso viene conseguentemente mandato assolto dall'imputazione ascrittagli per non aver commesso il fatto.

Posto che la qualità dei rifiuti prodotti di per sé non escludeva, in base all'art. 7, lett. d) e f) del Decreto Ronchi la possibilità di avvalersi del servizio pubblico, è stato dimostrato che la ditta pagava regolarmente la tassa, avendo pertanto diritto alla raccolta dei pubblici rifiuti previo loro appoggio sulla pubblica via, nei luoghi all'uopo deputati.

Né è stata data prova, nei termini rigorosi invece necessari, che la quantità di rifiuti speciali imputabili alla società fosse incompatibile con la possibilità del conferimento al servizio pubblico, reputando da ultimo il giudicante doversi valorizzare il dato ponderale nella misura in cui i regolamenti comunali sulla raccolta dei R.S.U. fanno riferimento al criterio quantitativo come limite imprescindibile ai fini della liceità del servizio stesso.

Ciò posto, si ritiene che, nell'attualità, il responsabile della ditta "T. e T. s.p.a." incorrerebbe in modo pacifico in penali responsabilità, per le contravvenzione di cui all'art. 14 citato, ove si dimostrasse che la società produce rifiuti speciali superiori alle note 20 tonnellate.

Quanto al pregresso, e stante il difetto di rappresentazione di ogni dato quantitativo, nella astratta liceità della possibilità di dare riferi-

mento al servizio pubblico di raccolta, si è invece dell'avviso che il fatto accertato non dia luogo al reato.

Ed allora, il mero fatto dell'abbandono di 10 sacchi circa chiusi nei pressi dei cassonetti colmi, posti su via B., si reputa non costituisca reato, non trattandosi di fattispecie di "abbandono" in senso tecnico, alla stregua dell'art. 14 del Decreto Ronchi, quanto invece una forma di appoggio necessitata dalla insufficienza dei punti di raccolta medesimi, legittimamente utilizzati, sistemati in quel sito (*Omissis*).

(1-2) Brevi riflessioni in tema di abbandono di rifiuti urbani.

§.1 La sentenza in commento riguardava una vicenda molto semplice: il presidente e l'amministratore di una ditta di spedizioni avevano depositato dieci sacchi di plastica contenenti materiale da imballaggio in prossimità di alcuni cassonetti dell'immondizia ⁽¹⁾, dato che non vi era spazio sufficiente all'interno degli stessi.

Citati a giudizio per rispondere del reato di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti di cui all'art. 51, comma 2, del decreto Ronchi, il primo veniva assolto *"per non aver commesso il fatto"*, poiché il giudice riteneva che a costui, non essendo munito di poteri di amministrazione, né rivestendo alcuna posizione di garanzia sull'operato di terzi, non fosse ascrivibile ad alcun titolo la condotta contestata.

⁽¹⁾ Si segnala, incidentalmente, che fino alla novella apportata dal decreto legislativo n. 389 del 1997, ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato di cui all'art. 51, comma 2 del decreto Ronchi, si richiedeva che l'abbandono o il deposito avessero ad oggetto rifiuti *"propri"* dell'impresa stessa. Sul punto, cfr. Cass., sez. III, 10 gennaio 2001, Pacico, in *Ambiente*, 2001, n. 6, 547 ss.; Cass., sez. III, 4 dicembre 2002, Bergia, in *Ambiente*, 2003, n. 4, 393 ss. A seguito della soppressione del termine *"propri"*, il reato si configura, diversamente, anche quando l'*"abbandono"* abbia ad oggetto rifiuti prodotti da terzi. Sul punto, cfr. FIMIANI, *Acque, rifiuti e tutela penale*, Milano, 2000, 352 ss.

Altra questione, anch'essa oggetto di forti dibattiti giurisprudenziali, ha riguardato l'esatta definizione delle categorie di imprese cui si riferiva l'art. 51, comma 2, del Decreto Ronchi. Secondo la tesi più estensiva, cfr. Cass., sez. III, 11 febbraio 2004, Barsanti, tutte le imprese potenzialmente possono essere soggetti attivi della norma in questione, poiché il reato di cui all'art. 51, comma 2, *"può essere commesso anche da chi esercita attività di gestione di rifiuti in modo secondario o consequenziale all'esercizio di un'attività primaria diversa"*. Ugualmente, cfr. Cass., sez. III, 2 marzo 2004, Rainaldi ed altro, in www.lexambiente.it, secondo la quale *"le imprese o gli enti di cui tratta il secondo comma dell'art. 51 non sono soltanto quelle che effettuano una delle attività indicate nel primo comma (omissis) bensì qualsiasi impresa, avente le caratteristiche di cui all'art. 2082 c.c., o ente, sia con personalità giuridica, sia operante di fatto"*.

Diversamente, secondo il Tribunale, dell'addebito avrebbe potuto rispondere il solo amministratore, il quale, in virtù dei poteri conferitegli, era l'unico deputato a stringere con le imprese competenti i (dovuti) contratti aventi ad oggetto la gestione dei rifiuti in questione; ciò nonostante, anche costui veniva assolto, seppur con diversa formula, *“perché il fatto non sussiste”*.

Onde pervenire a tale pronuncia, il giudice prendeva le mosse dall'esatta qualifica dei rifiuti in questione.

Stando alla normativa vigente al tempo del processo⁽²⁾, il decreto Ronchi classificava e distingueva i rifiuti, secondo l'origine, in *urbani*⁽³⁾ e *speciali*⁽⁴⁾ e, secondo la pericolosità, in *pericolosi e non*⁽⁵⁾, stabilendo per ciascuna delle

⁽²⁾ Il decreto Ronchi è stato abrogato ad opera dell'art. 264, comma 1 lett. i) del decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152, il c.d. *“Testo unico in materia ambientale”*.

⁽³⁾ Art. 7, comma 2, del decreto Ronchi: *“Sono rifiuti urbani:*

a) *i rifiuti domestici, anche ingombranti, provenienti da locali e luoghi adibiti ad uso di civile abitazione;*

b) *i rifiuti non pericolosi provenienti da locali e luoghi adibiti ad usi diversi da quelli di cui alla lettera a), assimilati ai rifiuti urbani per qualità e quantità, ai sensi dell'articolo 21, comma 2, lettera g);*

c) *i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade;*

d) *i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua;*

e) *i rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali;*

f) *i rifiuti provenienti da esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli di cui alle lettere b), c) ed e)”*.

⁽⁴⁾ Art. 7, comma 3, del decreto Ronchi: *“Sono rifiuti speciali:*

a) *i rifiuti da attività agricole e agro-industriali;*

b) *i rifiuti derivanti dalle attività di demolizione, costruzione, nonché i rifiuti pericolosi che derivano dalle attività di scavo;*

c) *i rifiuti da lavorazioni industriali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera f-quater);*

d) *i rifiuti da lavorazioni artigianali;*

e) *i rifiuti da attività commerciali;*

f) *i rifiuti da attività di servizio;*

g) *i rifiuti derivanti dalla attività di recupero e smaltimento di rifiuti, i fanghi prodotti dalla potabilizzazione e da altri trattamenti delle acque e dalla depurazione delle acque reflue e da abbattimento di fumi;*

h) *i rifiuti derivanti da attività sanitarie;*

i) *i macchinari e le apparecchiature deteriorati ed obsoleti;*

l) *i veicoli a motore, rimorchi e simili fuori uso e loro parti.*

l-bis) *il combustibile derivato da rifiuti qualora non rivesta le caratteristiche qualitative individuate da norme tecniche finalizzate a definirne contenuti e usi compatibili con la tutela ambientale”*

⁽⁵⁾ Art. 7, comma 4 del Decreto Ronchi: *“Sono pericolosi i rifiuti non domestici precisati nell'elenco di cui all'allegato D sulla base degli allegati G, H ed I”. A con-*

suddette categorie una differente disciplina attinente alle singole fasi della gestione; sul punto, il decreto n. 22 del 1997 dettava una normativa generale ⁽⁶⁾, per la cui attuazione risultava necessario l'intervento delle istanze locali⁽⁷⁾, posto che l'art. 21 presupponeva l'emanazione di regolamenti comunali che disciplinassero la materia della gestione dei rifiuti urbani e di quelli ad essi "assimilati".

Nel caso di specie, il Comune di Perugia emetteva tale provvedimento attuativo in data 15 gennaio 2001.

Ciò premesso, il Tribunale, in relazione al caso *de quo*, sussumeva i rifiuti in oggetto nella categoria degli "assimilabili agli urbani", poiché così era previsto all'art. 13 del regolamento comunale da ultimo indicato, il quale stabiliva, e stabilisce tuttora, che i rifiuti provenienti da "reparti di spedizione" possono essere gestiti come urbani, purché nel rispetto del limite massimo di venti tonnellate annue.

Al contempo, il giudice, dato che il fatto si verificava nel dicembre del 2000, si preoccupava di qualificare i rifiuti in parola anche alla luce della disciplina vigente al *tempus commissi delicti*.

Fino al gennaio del 2001, era il "Regolamento Comunale di Polizia Urbana" del 1985 ad integrare l'art. 51, comma 2, del decreto Ronchi, all'art. 16 del quale si stabiliva che carta, cartone e materiale da imballaggio dovessero essere gettati negli ordinari cassonetti "in pezzi".

Il Tribunale giudicava, pertanto, lecita la condotta posta in essere dall'amministratore della ditta, tanto ove interpretata ai sensi della normativa antecedente, quanto della successiva.

§.2 Seppure, come indicato in precedenza, il Regolamento del 1985 ammettesse la possibilità, a certe condizioni, di gettare gli imballaggi nei cassonetti, la liceità di tale condotta presupponeva che i suddetti rifiuti fossero stati precedentemente assimilati agli urbani ⁽⁸⁾.

trario, erano da ritenersi "non pericolosi" tutti i rifiuti classificabili come domestici e quelli, diversi dai primi, che non fossero precisati nell'allegato in questione.

⁽⁶⁾ Sul rapporto che lega istanze locali e stato centrale in tema di tutela dell'ambiente, cfr. DESIDERI, AA.VV., *Autonomie territoriali e tutela dell'ambiente*, Milano, 2001; BELTRAME, *Gestione dei rifiuti e sistema sanzionatorio*, Padova, 2000, 195 ss.

⁽⁷⁾ Il sistema cui aveva dato vita l'entrata in vigore del decreto Ronchi si presentava totalmente differente rispetto a quello scaturente dalla precedente normativa avente lo stesso oggetto, ovvero quella contenuta nel D.P.R. n. 915 del 1982, il quale – in linea con l'impostazione dell'epoca – era improntato ad una struttura fortemente centralista. In quella normativa, invero, era lo Stato ad avere la competenza in tema di "determinazione di misure dirette a limitare la formazione dei rifiuti, nonché di norme tecniche generali relative ai sistemi di smaltimento che favoriscano il riciclaggio dei rifiuti, il recupero delle materie riutilizzabili e la produzione di energia, promuovendo, se del caso, studi e ricerche" (art. 4, lett. c)).

⁽⁸⁾ Così come previsto nell'art. 14 del "Regolamento di Polizia Urbana".

La suddetta circostanza non poteva desumersi dal fatto che l'art. 16 del medesimo atto facesse espresso riferimento ai materiali di spedizione; all'epoca dell'emanazione del regolamento del 1985, la competenza a stabilire *quali* categorie di rifiuti potessero essere assimilati agli urbani non rientrava nelle competenze comunali, essendo questa, ai sensi del D.P.R. n. 915 del 1982 ⁽⁹⁾, di esclusivo appannaggio statale.

Se pertanto è di tutta evidenza che gli scarti di spedizione oggetto del processo in esame potessero essere gestiti come rifiuti urbani a partire dal 15 gennaio 2001, sembra opportuno riflettere più approfonditamente, prendendo le mosse dalla normativa del 1982, sulla fondatezza della medesima valutazione operata con riguardo al periodo antecedente, così come ritenuto dal magistrato in sentenza.

A tal proposito, si deve osservare che il D.P.R. n. 915 del 1982 all'art. 4, lett. e), affidava allo Stato *“la definizione dei criteri generali per l'assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani”*. L'adempimento di tale competenza veniva assegnato ad un Comitato Interministeriale, che il 27 luglio 1984 varava un decreto ⁽¹⁰⁾, all'art.1, comma 1.1.1., lett. a) del quale si prevedeva la possibilità di assimilare, ai fini dello smaltimento, gli imballaggi ai rifiuti urbani; tale assimilazione diveniva effettiva con l'entrata in vigore della legge comunitaria n. 146 del 22 febbraio 1994⁽¹¹⁾.

Nonostante l'apparente semplificazione cui sembrava aver condotto quest'ultima disposizione, la situazione tornava a complicarsi in tempi brevi, poiché il legislatore – invero, assai prolifico in materia - dava vita ad un sovrapporsi ed un affastellarsi di norme di vario rango ⁽¹²⁾; fra questi numerosi interventi legislativi, rileva in particolare la legge n. 128 del 1998 che, abrogando l'art. 39 della legge 146 del 1994⁽¹³⁾, faceva venir meno ogni forma di “presunzione legale di assimilabilità” dei rifiuti speciali agli urbani.

⁽⁹⁾ Art. 4, lett. e), del D.P.R. 915 del 1982: *“la definizione dei criteri generali per l'assimilabilità di rifiuti speciali ai rifiuti urbani, nonché, se necessario, la definizione di norme tecniche per lo smaltimento dei rifiuti tossici e nocivi separatamente da ogni altra materia e residuo”*

⁽¹⁰⁾ Regolamento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 253 del 1984.

⁽¹¹⁾ Art. 39 della legge n. 146 del 1994: *“Sono considerati rifiuti speciali assimilati ai rifiuti urbani i rifiuti speciali indicati al n. 1, punto 1. 1. 1, lettera a), della deliberazione del 27 luglio 1984 del Comitato interministeriale di cui all'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915, nonché gli accessori per l'informatica”*.

⁽¹²⁾ Il decreto Ronchi, con l'evidente intento di riorganizzare la materia, stabiliva, all'art. 56, comma 2, che il Governo adottasse (*avrebbe dovuto adottare*, n.d.r.) entro 30 giorni un regolamento, il cui scopo avrebbe dovuto essere quello di individuare, abrogandoli di conseguenza, tutti i regolamenti incompatibili con la nuova disciplina che era venuta in essere. In realtà, tale regolamento non è mai stato emanato.

⁽¹³⁾ Art. 17, comma 3 della legge n. 128 del 1998: *“I commi 1 e 2 dell'articolo 39 della legge 22 febbraio 1994, n. 146, sono abrogati”*.

Conseguenza diretta ed immediata di tale *abolitio* consisteva nel fatto che, a far data dall'emanazione della legge da ultimo indicata, i rifiuti speciali non potessero né essere considerati, né trattati, come urbani laddove non diversamente previsto dall'istanza competente.

In altri termini, gli imballaggi dovevano essere ritenuti ad ogni effetto rifiuti speciali non assimilabili fino a "contrordine". "Contrordine" che poteva esser dato, visto il dettato del decreto Ronchi – nel frattempo entrato in vigore in sostituzione della normativa del 1982 –, soltanto per mezzo del regolamento comunale d'attuazione, ovvero, per il Comune di Perugia, quello datato 15 gennaio 2001.

Riassumendo, la categoria normativa dei "rifiuti speciali assimilabili agli urbani", in conseguenza dell'abrogazione avvenuta nel 1998 dell'art. 39 della legge 146 del 1994 - recante i criteri nazionali sulla base dei quali selezionare tali rifiuti –, veniva ad essere privata di ogni portata applicativa sino all'adozione di nuovi criteri da parte dei comuni, avvenuta a Perugia con il regolamento del 2001.

Sul punto, giungendo alle medesime conclusioni, si è recentemente pronunciata, peraltro, la stessa giurisprudenza di legittimità. Più precisamente, la Suprema Corte, seguendo un percorso analogo a quello dianzi riportato, giungeva alle medesime valutazioni espresse in questa sede, ritenendo che, dopo l'entrata in vigore del decreto Ronchi, laddove un rifiuto speciale, seppur astrattamente rientrando nella categoria degli "assimilabili agli urbani", non fosse stato concretamente ed espressamente ad essi assimilato per mezzo del regolamento comunale d'attuazione, non poteva che essere considerato, e trattato, come un rifiuto speciale⁽¹⁴⁾.

§.3 Quanto esposto, fornisce l'occasione per alcune brevi osservazioni.

Il susseguirsi dei due regolamenti comunali aveva comportato un mutamento della disposizione di cui all'art. 51, comma 2, del decreto Ronchi, essendo venuto in essere quel fenomeno intertemporale noto come

⁽¹⁴⁾ Cass, sez. III, 25 gennaio 2007, Rando, in *www.ambientediritto.it*: "In materia di rifiuti, è stata riconosciuta ai Comuni la facoltà di attivare il potere di assimilazione, ripristinato con l'art. 21, comma 2, lettera g) del decreto legislativo n. 22 / 1997 ed esercitabile sulla base di norme regolamentari tecniche vigenti [deliberazione interministeriale 1984] e delle nuove disposizioni di cui agli art. 18, comma 2 lettera d) e 57, comma 1, del d. lgs. n. 22 / 1997. Pertanto, i rifiuti speciali assimilati agli urbani sono soltanto quelli che per qualità e quantità siano previsti dai regolamenti comunali, sicché il Comune, tenuto a rispettare, nella gestione dei rifiuti urbani, i principi "d'efficienza, efficacia ed economicità", nel concedere l'autorizzazione, ha il potere, quanto alla qualità, di stabilire quali, tra i rifiuti inseriti nella delibera interministeriale del 27 luglio 1984 [GU n. 253 / 1884], siano assimilabili e, quindi, escluderne altri, nonché d'individuare le quantità conferibili. Ne consegue che, per versare rifiuti speciali in discarica, il richiedente o il gestore deve seguire la procedura d'ammissione stabilita dai regolamenti comunali ed osservare le prescrizioni imposte nell'autorizzazione".

“*modificazione mediata della fattispecie penale*”⁽¹⁵⁾, ossia quella situazione successiva caratterizzata dal fatto che l’ambito di applicazione di una fattispecie incriminatrice varia in conseguenza del cambiamento dell’*informazione giuridica secondaria* cui il precetto rinvia⁽¹⁶⁾: nel caso di specie, la normativa locale.

In dottrina ed in giurisprudenza si è lungamente discusso sulla possibilità di applicare alla “modifica mediata” la disciplina del fenomeno intertemporale di cui all’art. 2 c.p.⁽¹⁷⁾.

Sono stati proposti differenti criteri per risolvere la *vexata quaestio*, i cui principali fanno riferimento alla natura del rinvio⁽¹⁸⁾, ovvero alla permanenza del giudizio di disvalore dato dall’ordinamento⁽¹⁹⁾. Non si intende

⁽¹⁵⁾ Nel diritto penale italiano il termine “fattispecie” viene utilizzato con significato ambivalente: sta ad indicare sia l’ambito di applicabilità della norma, sia la situazione concreta cui la norma sarà applicabile. Peraltro, tale ambivalenza è caratteristica anche del modello tedesco, laddove viene utilizzato il termine “*tatbestand*” per indicare entrambe le accezioni. Sul punto cfr. MEZGER, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, in *NJW*, 1953, 2 ss. In dottrina si è lungamente discusso sul significato da assegnare relativamente alla problematica in oggetto al termine “fattispecie” penale, ovvero se con essa si dovesse intendere l’intero fatto tipico, oppure la fattispecie astratta di reato. Secondo alcuni, è più corretto limitarsi a considerare il concetto di “fattispecie” come “modello di riferimento”, non anche come intero “fatto tipico”. Cfr. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme penali integratrici*, Torino, 2006, 7 ss. *Contra*, cfr. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 273 ss.

Nello specifico, la paternità dell’espressione “*modificazione mediata della fattispecie*” viene fatta risalire dalla dottrina italiana a MAZUREK, *Zum Rückwirkungsverbot Gemäss § Abs. 3 StGb*, in *JZ* 1976, 235. Per quanto riguarda la diffusione di tale espressione nella letteratura manualistica, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 4° ed., Bologna, 2001, 82 ss.; Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, 301 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 40 ss.

⁽¹⁶⁾ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 227.

⁽¹⁷⁾ La tesi secondo la quale nelle ipotesi di “*modificazione mediata della fattispecie penale*” trovi applicazione la disciplina dettata dall’art. 2 c.p. è stata strenuamente osteggiata in dottrina. Per tutti, cfr. PULITANO, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 314 ss.; PODO, voce “*Successione di leggi penali*”, in *Nss. dig. it.*, XVII, Torino, 658, GROSSO, *Successione di norme integratrici di leggi penali e successione di leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 190, 1206 ss. *Contra*, cfr. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 42 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 84; IORI, *Abrogazione di norma extrapenale integratrice*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1976, 349 ss.

Non manca, peraltro, chi ha sostenuto che la modifica della fattispecie integratrice del precetto penale in nessun modo attenga al fenomeno intertemporale. Sul punto, cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 132 ss.

In giurisprudenza, cfr. Tribunale di Perugia, 12 febbraio 2005, con nota di BISACCI, *L’abolitio nel delitto presupposto nel quadro delle coordinate del diritto intertemporale*, in *questa rivista*, 2006, 213 ss.

⁽¹⁸⁾ ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, 2ª ed., Milano, 1995, 55 ss.; PODO, *Successione di leggi penali*, cit., 658.

⁽¹⁹⁾ Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2007, 123 ss.

approfondire in questa sede le suddette teorie, limitandoci a riportare come entrambe siano state tacciate da più parti di lasciare ampi margini di incertezza; per questa ragione, nonché nel rispetto del principio di legalità su cui il nostro ordinamento è improntato, si reputa che l'unico appiglio certo da cui prendere le mosse per tentare di risolvere la questione possa essere ricercato nel dato codicistico, e non sembra vi siano elementi presenti nel dettato testuale dell'art. 2 c.p. che ostino all'applicabilità dello stesso anche alle ipotesi di modifica mediata⁽²⁰⁾.

Come sopra indicato, il Tribunale in sentenza riteneva il fatto commesso dall'amministratore della ditta penalmente irrilevante, tanto prima, quanto dopo, l'intervento modificativo operato dal regolamento del 2001. In realtà, sembra che tale conclusione possa essere oggetto di critica.

Invero, il regolamento del 1985 stabiliva che fosse sì lecito gestire carta, cartone e materiale da imballaggio come rifiuti urbani, purché nel rispetto delle modalità indicate dall'art. 13 del regolamento medesimo, ossia gettandoli in pezzi nei cassonetti; tale disposizione non pare estendibile in via analogica ad altre modalità di trattamento, data la natura eccezionale che le si deve riconoscere. Pertanto la condotta messa in atto dall'imputato, non essendo stata operata nel rispetto di dette modalità, ai sensi della normativa precedente andrebbe qualificata come illecita.

Ebbene, se così fosse, nel caso di specie l'introduzione del Regolamento del 2001 avrebbe dato vita ad un fenomeno abrogativo.

Tale abolizione, peraltro, risulterebbe essere soltanto parziale, posto che residuerebbe, comunque, un ambito di applicabilità comune, tanto alla normativa precedente, quanto alla successiva; le fattispecie astratte tipizzate dalle disposizioni succedutesi presentavano, infatti, un nucleo comune, dato che entrambe sanzionavano il medesimo comportamento, ossia la gestione di rifiuti che avvenisse con modalità diverse rispetto a quelle imposte per la categoria d'appartenenza degli stessi. Tutte e due, al contempo, prevedevano la possibilità di gestire come urbani i rifiuti speciali che fossero a questi assimilabili, sempre che si rispettassero dei limiti, attinenti, nella disposizione antecedente, al *modus* di gestione (*"in pezzi"*), in quella successiva al *quantum* (*"venti tonnellate annue"*).

I suddetti limiti costituivano, allo stesso tempo, elemento distintivo e specializzante fra le due norme: tali elementi strutturali, peraltro, in entrambi i casi, nulla aggiungevano alla fattispecie "comune", ma ne specificavano la portata, rappresentando soltanto due delle possibili forme che la stessa avrebbe potuto assumere nell'infinita gamma delle sue concrete modalità attuative.

Questa ultima valutazione consente di osservare come le disposizioni in parola, astrattamente considerate⁽²¹⁾, si ponessero in un rapporto di

⁽²⁰⁾ Sul punto, cfr. BISACCI, *L'abolitio cit.*, in questa rivista, 2006, 213 ss.

⁽²¹⁾ Sul criterio del confronto strutturale come unico strumento per risolvere le problematiche attinenti alla successione di leggi nel tempo, si veda, per tutti, PA-

“specialità reciproca (o bilaterale) per doppia specificazione”⁽²²⁾, dando vita ad un’ipotesi di successione di leggi penali, disciplinato dal terzo comma dell’art. 2 c.p.

Concludendo, l’entrata in vigore del Regolamento del 2001 dava vita ad un fenomeno, contestualmente, abolitivo e successorio.

Si osservi come il criterio utilizzato in questa sede per stabilire il rapporto esistente fra le due disposizioni, ossia quella del confronto strutturale fra norme, appare, a seguito dell’avallo delle Sezioni Unite⁽²³⁾, la soluzione preferibile. Pur senza voler prendere posizione sull’annoso dibattito in materia di successione di norme penali, giungendo a sostenere il ripudio di qualunque ulteriore e differente criterio funzionale, quali quello di sussidiarietà e di consunzione – autorevole dottrina si riferisce agli stessi parlando

DOVANI, *Diritto penale*, cit., 38. Scrive l’Autore: “Deve essere respinta la teoria della continuità nel tipo di illecito, secondo la quale si tratta di valutare se il “nocciolo” offensivo delle due incriminazioni sia “essenzialmente” lo stesso (nel qual caso ricorre una modificazione) oppure diverso (nel qual caso si deve parlare di abrogazione). Essa postula infatti il ricorso a criteri di valore di tipo sostanziale, dai contenuti inevitabilmente incerti. Più solidalmente fondata, ma ugualmente inaccettabile si prospetta la teoria della “piena continenza”, per la quale il fenomeno della modificazione è riscontrabile solo quando la fattispecie successiva sia “pienamente contenuta” nella precedente; diversamente si deve parlare di abrogazione (omissis). In realtà, per risolvere il problema occorre guardare ai rapporti strutturali fra le fattispecie ed alla loro collocazione sistematica”.

⁽²²⁾ Sul rapporto di specialità fra norme, si veda, per tutti, PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 351 ss. Scrive l’Autore “La valutazione di identità di materia implica in realtà un raffronto logico-strutturale tra gli elementi che costituiscono la fattispecie. Quando esse presentano elementi in parte identici ed in parte specifici per specificazione, non si può affermare che la materia sia diversa, dal momento che l’elemento specifico è, per definizione, ricompreso nell’elemento generico di cui rappresenta uno dei possibili contenuti. Ciò appare evidente nel caso di specialità unilaterale per specificazione, ma emerge altresì nelle ipotesi di specialità reciproca pure per specificazione (omissis). La circostanza che gli elementi generale e speciali siano distribuiti alternativamente non esclude che le due fattispecie regolino la “stessa materia, proprio perché esse risultano costituite da elementi, che di per sé, sono tutti compatibili con tale identità. Anche la specialità unilaterale per aggiunta è compatibile con l’identità della materia regolata, perché, essendo l’elemento aggiuntivo estraneo alla fattispecie generale, non è possibile stabilire alcuna relazione di diversità tra gli elementi costitutivi: nella fattispecie generale manca, per l’appunto, un termine correlativo che possa essere qualificato come diverso. Parimenti compatibile con l’identità di materia regolata è la specialità reciproca parte per specialità e parte per aggiunta, quando cioè una sola delle due fattispecie presenti elementi aggiuntivi rispetto all’altra (omissis). L’identità di materia è invece da escludere nella specialità reciproca bilateralmente per aggiunta, quando cioè ciascuna delle fattispecie presenta rispetto all’altra un elemento aggiuntivo, il cui raffronto conduce ineluttabilmente a riscontrare ch’essi sono diversi”.

⁽²³⁾ Cass., sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, in *Cass. pen.*, 2003, n. 11, con nota di PADOVANI, *Bancarotta*, cit.

di strumenti “*preterlegali*”⁽²⁴⁾, che “*finiscono col risultare incerti e indefiniti*” -, ciò che pare doversi affermare è che, ad oggi, il dato strutturale sembra il necessario punto di partenza da cui prendere le mosse per affrontare la tematica in oggetto⁽²⁵⁾.

CHIARA PEPARELLO

⁽²⁴⁾ PADOVANI, *Diritto Penale, cit.*, 353. Scrive l'Autore “*Sia il criterio di sussidiarietà, che quello di consunzione sono di natura preterlegale: essi non presentano infatti un fondamento normativo (omissis). In quanto criteri preterlegali, fondati per giunta su apprezzamenti sostanziali, sussidiarietà e consunzione finiscono così col risultare incerti e indefiniti*”.

⁽²⁵⁾ Sul rapporto tra criteri strutturali e criteri funzionali nella soluzione di questioni di diritto intertemporale, Cfr. BRUNELLI, *Diritto intertemporale dei reati societari: spunti di riflessione su specialità e continuità normativa*, in questa rivista, 2002, 135 ss. L'Autore afferma che “*sarebbe sì errato per l'interprete ignorare la dimensione funzionale della norma; ma è ancor più fuorviante dimenticare che il legislatore può imporre la funzione (tutela dei beni) esclusivamente attraverso la struttura della norma*”. Ed ancora, “*La prospettiva non è quella di giungere alla soluzione del problema utilizzando esclusivamente il dato strutturale, ma quella di individuar il punto di accesso più attendibile nel circuito chiuso che struttura e funzione determinano*”(il corsivo è dell'Autore).

TRIBUNALE DI PERUGIA – SEZ. DIST. CITTÀ DI CASTELLO – 18 ottobre 2006 – *Est. Perla* – C. I. ed altri.

Colpa – Regola cautelare – Comportamento alternativo lecito (art. 43 c.p.).

L'attività di guida dei veicoli connessa alla circolazione stradale rappresenta una classica attività pericolosa, pertanto il datore di lavoro che si avvalga nell'esercizio della stessa di un dipendente autista ha il dovere di sovrintendere affinché tale attività pericolosa sia compiuta dal lavoratore nel rispetto delle norme che ne presidono lo svolgimento (1).

(*Omissis*). Il fatto. In data 3.3.00 si verificava lungo la E-45, in territorio del Comune di Umbertide, un sinistro stradale in occasione del

quale perdeva la vita il dr. M. S. (Vice Questore Aggiunto della Polizia di Stato con incarico di Commissario in forza al commissariato di Città di Castello).

Questa la ricostruzione del sinistro. Verso le ore 01.10 del giorno 3.3.00, nella corsia nord della S.G.C. E/45 al Km.102+500 (direzione Sud-Nord), l'autocarro Volvo FH-12 tg. xxx (di proprietà della società "C." s.n.c. e condotto dal dipendente G. B.), si trovava fermo lungo la corsia di sorpasso a fari spenti. Sopraggiungevano, da tergo: A) sulla corsia di destra, l'autoarticolato con semirimorchio (DAF 95XF tg. xxx) condotto da C. D.; B) sulla corsia di sorpasso (la stessa occupata dall'autocarro Volvo in sosta) la Fiat "Tipo" tg. xxx condotta dal dr. S. M. Il conducente dell'autoarticolato DAF, accortosi dell'intralcio alla circolazione e del conseguenziale pericolo rappresentato dall'autocarro fermo sulla corsia di sorpasso, si spostava il più possibile verso il margine destro della carreggiata, così da creare una possibile via di fuga all'auto che sopraggiungeva. Nonostante ciò e nonostante il tentativo del conducente dell'auto di incunearsi tra i due autocarri, nonché di frenare, egli andava ad urtare, con la parte anteriore sinistra della Fiat "Tipo" con quella posteriore destra del Volvo. Quindi l'auto, in conseguenza dell'impatto descritto, facendo perno sulla sua anteriore, effettuava una rotazione (in senso antiorario) andando a finire la corsa urtando la sua parte posteriore contro l'autocarro DAF (che nel frattempo aveva arrestato la sua corsa) ed incastrandosi tra i due mezzi pesanti. In conseguenza del violento impatto lo S. perdeva la vita. Bisogna anche dire che l'auto (che procedeva a velocità certo non moderata, di circa Km/h.100, rispetto comunque ad un limite massimo di 110) stava uscendo da una curva sinistrorsa e che il conducente si trovò di fronte l'ostacolo inaspettatamente, per di più in ora notturna in un tratto di strada privo di illuminazione. È appena il caso, poi, di rilevare come si sia trattato di una situazione del tutto imprevista ed imprevedibile: è un'ipotesi assolutamente da escludere, anche con la più completa diligenza, quella di trovare un autocarro fermo sulla corsia di sorpasso di una strada a grande scorrimento, con i fari spenti. Il pericolo rappresentato da un simile ostacolo di quelle dimensioni (nelle condizioni generali descritte) è evidentemente enorme. Proprio l'anomalia di una simile condotta portò, nell'immediatezza, le Forze dell'Ordine, a sottoporre il conducente alla prova del c.d. "alcool-test" che però dava esito negativo (in atti). In realtà, la ragione per la quale l'autocarro Volvo si era fermato era dovuta al fatto che il suo guidatore si era addormentato a causa della stanchezza.

Ne discende che egli fosse talmente stanco da avere raggiunto e superato abbondantemente ogni soglia di comprensibile attenzione alla guida. Egli infatti – pur essendo un conducente di camion di

professione (e dunque avvezzo alla guida e, deve ritenersi, abituato a guidare anche per lunghi tratti, nelle più diverse condizioni di traffico e di condizioni metereologiche) - non è riuscito, nella circostanza, neppure a porre in essere le più semplici, elementari e veloci, manovre per evitare intralcio alla circolazione, per potere avere qualche minuto di riposo. Sarebbe stato sufficiente, accortosi del sopraggiungere della stanchezza, raggiungere la prima piazzola in cui potere sostare (ve ne sono disseminate lungo la E-45 a breve distanza l'uno dalla V successiva, circa mt.250). È pur vero che il c.d. "colpo di sonno" avviene, notoriamente, improvvisamente, ma è altrettanto vero che il conducente si rende perfettamente conto (prima che un simile fenomeno abbia luogo) che le proprie condizioni di lucidità ed attenzione stanno scemando: ciò soprattutto quando il fatto è dovuto ad avere guidato, senza usufruire di pause di riposo, per un tratto di strada ed un lasso temporale eccessivi (come è stato nel caso di specie, come si vedrà più partitamente in seguito). Si ricordi inoltre, ancora una volta, che il G. era un autista di mestiere e, dunque, più di ogni altro genere di utente della strada (certamente) abituato a simili situazioni di pericolo, e quindi a conoscenza delle possibili cautele del caso. L'averle completamente ignorate dimostra (come già detto) la situazione di estrema stanchezza del conducente.

Egli ha dichiarato che faceva lo stesso percorso circa una volta la settimana, da circa uno o due anni (cfr. verbale udienza 24.5.06 pag. n.6), circostanza ulteriore per potere affermare che egli fosse ben consapevole del dispendio di energie necessario e delle conseguenze di quel viaggio in termini di stanchezza psico-fisica.

Il procedimento penale a carico del G. B. è stato già celebrato e si è concluso con sentenza passata in giudicato. Con sentenza del G.U.P. del tribunale di Perugia, in data 18.6.01, resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., gli è stata applicata la pena di anni uno di reclusione.

Oggi sono chiamati a rispondere del delitto di omicidio colposo anche i titolari e responsabili (di fatto) della ditta (soc. "C.") datrice di lavoro del conducente, individuati nelle persone di: C. I., B. F. e B. G.

Il titolo di responsabilità soggettiva degli imputati. La contestazione per il delitto colposo mossa agli imputati fa riferimento ad ipotesi sia di "colpa generica" che di "colpa specifica" (violazione di specifiche norme del codice della strada). Nell'imputazione infatti si individuano due ordini di condotte penalmente rilevanti, addebitate ai tre prevenuti: la prima, generica, per negligenza, imprudenza e imperizia, la seconda, specifica, per la violazione di diverse disposizioni normative in tema di circolazione stradale. Si tratta, per quest'ultimo caso, degli artt. 157, 3° co., 174, 4° e 5° co., 176, 5° co. C.d.S. in relazione agli artt. 7 e 8 del Regolamento CEE n. 3820/85.

La colpa generica è, nella fattispecie, di carattere omissivo: per non avere posto in essere comportamenti tali da impedire l'evento. In particolare, si sarebbe trattato di un mancato controllo sul modo di operare del dipendente (l'autista S. B.), con specifico riguardo al mancato rispetto dei tempi di riposo del conducente (artt. 7 e 8 Reg. CEE 20.12.85 n. 3820).

La mancanza di un dovere specifico di disporre la presenza sul mezzo di altra persona idonea alla guida – eccepita dalla difesa – non elide la responsabilità per colpa dei preposti, ove si consideri come la previsione ed utilizzazione di altro autista avrebbe consentito al G. il rispetto dei richiesti tempi di riposo. In altri termini, se è pur vero che un simile dovere (di un secondo autista) non era in sé previsto, la cautela della sua presenza (sempre possibile, seppure non imposta) avrebbe evitato il mancato rispetto dei detti periodi di riposo da parte del G.

In ordine a tale mancato rispetto dei tempi di riposo non possono sorgere dubbi di sorta per l'ipotesi in esame. Invero dai dati rilevati dai quattro dischi cronotachigrafi sequestrati (relativi all'autocarro Volvo FH/12 tg. xxxx) e dall'esame del teste V. G. (Ispettore della Polizia Stradale), sono emerse alcune circostanze particolarmente significative.

Nel lasso di tempo compreso tra il momento dell'inserimento del primo disco (lunedì 28.2.00 alle ore 07.50) fino al momento del sinistro (venerdì 3.3.00 alle ore 01.10) G. ha guidato complessivamente per 49 ore e 29 minuti e nell'arco delle ultime 43 ore e 35 minuti (ossia tra le 05.35 di mercoledì 1° 3.00 ed il momento dell'incidente, 01.10 di venerdì 3.3.00) ha guidato per complessive 31 ore e 19 minuti. 43 ore e 35 minuti sono il totale di: 18 ore e 25 minuti del giorno 1° 3.00 (dalle 05.35 alle 24.00) + 24 ore dell'intero 2.3.00 + 1.10 del giorno 3.3.00 (ora dell'incidente).

In tale contesto G. effettuava - nell'arco delle 43 ore e 35 minuti - una sola sosta più lunga (di 5 ore e 40 minuti) ed altre brevi (di 30, al massimo di 45 minuti).

Per parlare del periodo immediatamente precedente al fatto, si è accertato che il terzo (e penultimo) disco cronotachigrafo è stato inserito alle ore 05.35 del giorno mercoledì 1° 3.00, evidenziando una guida protrattasi per 14 ore e 10 minuti. Quindi il terzo disco è stato disinserito, alle ore 04.00 di giovedì 2.3.00, mentre il quarto (ed ultimo) è stato installato a distanza di cinque minuti (alle 04.05). Pertanto, come già accennato, l'autista nell'arco delle ultime 43 ore e 35 minuti precedenti al sinistro mortale, aveva guidato per complessive 31 ore e 19 minuti, effettuando una sola sosta più consistente rispetto alle altre (di 5 ore e 40 minuti) ed altre molto brevi (mai superiori a 45 minuti).

Ora, ai sensi dell'art. 174, 1° co. C.d.S. "La durata della guida degli autoveicoli adibiti al trasporto di... cose... sono disciplinati dalle norme previste dal regolamento CEE n.380/85." In tale contesto detto Regolamento all'art. 7 prevede un riposo di almeno 45 minuti, dopo un periodo di guida di 4 ore e mezza (a meno che non inizi un periodo di riposo). L'art. 8 poi dispone che in un periodo di 24 ore il conducente deve avere un periodo di riposo giornaliero minimo di 11 ore consecutive, che potrebbero essere ridotte ad un minimo di 9 ore consecutive non più di tre volte in una settimana. Dalle prove sopra descritte si vede come, nel caso di specie, nessuna di queste norme sia stata rispettata.

I commi 4° e 5° dell'art. 174 C.d.S. (indicati espressamente nei capi d'imputazione) prevedono le sanzioni per la violazione del dettato del primo comma citato.

L'art. 157, 3° co. C.d.S. contiene invece le prescrizioni imposte in caso di sosta di veicolo fuori dei centri abitati. Fattispecie – come si è già ben visto – ugualmente violata nel caso in esame. L'art. 176, 5° co. C.d.S., a sua volta, sancisce il divieto di sosta o anche di semplice fermata sulle carreggiate (fuorché in caso di emergenza per malessere degli occupanti o inefficienza del veicolo). Anche tale norma risulta essere stata violata nel caso in esame.

Le difese degli odierni imputati sostengono essenzialmente che, seppure sia ascrivibile al conducente dell'autocarro della ditta, il delitto di omicidio colposo, nella fattispecie, questo deve essere attribuito alla condotta del solo autista G., mentre nessun rimprovero può muoversi ai tre imputati (nelle loro rispettive qualità).

Sul punto – a prescindere, per il momento, dall'individuazione del soggetto (o dei soggetti) realmente preposto (o preposti) ad impartire direttive in tema di modalità dei viaggi al dipendente della "C." – vale la pena fare alcune osservazioni.

Tenuto conto della stabile posizione di lavoratore subordinato del G., collocato all'interno della struttura della "C." (egli, al momento del fatto, lavorava per la soc. già da anni), l'attribuzione di responsabilità a carico dei preposti non ha carattere oggettivo. Sono invero rinvenibili nel nostro ordinamento alcune norme che individuano una responsabilità a carico di colui il quale rivesta una posizione di vertice e quindi di direzione rispetto all'attività subordinata svolta dai propri dipendenti per danni arrecati a terzi. Ci si riferisce in particolare all'art. 2049 c.c.. Nella fattispecie oggi in esame non è direttamente applicabile la norma civilistica ricordata, tuttavia la sua *ratio* all'interno del sistema è significativa, individuando un dovere generale di sorveglianza a carico del datore di lavoro rispetto allo svolgimento del dipendente che possa arrecare danni a terzi: può pro-

priamente parlarsi di colpa *in vigilando*. La Cassazione ha riconosciuto la responsabilità del preposto anche per i danni non patrimoniali che debbano essere risarciti ai sensi dell'art. 2059 c.c. (Cass. 6.1.83 n.75). D'altra parte una delle peculiarità dello stesso contratto di lavoro è rappresentato dall'*intuitus personae* e quindi dal rapporto fiduciario esistente tra le parti dello stesso, dal quale ne possono discendere conseguenze, a carico dell'imprenditore, che ha individuato quel dipendente attribuendogli specifiche qualifiche. Non deve neppure ignorarsi, per il caso che ci occupa, che l'attività di guida di veicoli connessa alla circolazione stradale rappresenta una classica attività pericolosa: ragione per la quale il datore di lavoro, che si serva dell'attività dipendente di un conducente (nella fattispecie questa rappresentava l'attività caratteristica della soc. "C." e del G.), ha il dovere di sovrintendere affinché quell'attività pericolosa sia compiuta dal lavoratore nel modo più consono e particolarmente rispettoso delle norme specifiche che presiedono alla circolazione stradale (C.d.S.), così da non costituire pericolo. La *culpa in vigilando* si traduce, nel caso in esame, proprio nell'obbligo del preposto di imporre in ogni modo al dipendente il rispetto di quelle norme. D'altra parte l'assoggettamento del lavoratore alle direttive datoriali costituisce un'altra delle caratteristiche proprie del rapporto di lavoro subordinato.

Certamente, vertendosi in ipotesi di reato, dovrà essere attentamente accertata la responsabilità soggettiva del preposto medesimo, da individuarsi nel soggetto che concretamente aveva il potere di dare disposizioni all'autista nel corso dell'esecuzione dei viaggi compiuti nell'interesse (più generalmente economico) della ditta.

Le posizioni dei singoli imputati. Vertendosi in tema di responsabilità penale, *ex art. 27 Cost.* questa è di natura prettamente personale, per cui dalle posizioni dei diversi soggetti interessati alla vicenda all'interno del complesso societario, non discende automaticamente la responsabilità dell'evento. Si devono, pertanto, analizzare le concrete singole condotte degli odierni imputati ed il loro (eventuale) contributo causale alla realizzazione dell'evento medesimo.

Dalle indagini di p.g. (cfr. teste G.R. della Polizia di Stato) è emerso che la ditta proprietaria del veicolo condotto dal G. fosse la "C.". C. I. (nel corso del suo esame) ha sostenuto di avere lasciato, di fatto, la società predetta alla fine del '99, anche se, formalmente, fino al mese di maggio 2000 risultava legale rappresentante della "C.". Ha poi aggiunto che era il B. G. il responsabile dell'organizzazione dei viaggi.

In effetti le indagini di p.g. hanno individuato il C. come responsabile della società (legale rappresentante) al momento dell'incidente. Ciò è emerso dall'esame della relativa visura camerale.

C'è da porre in risalto che, ad ogni modo, anche prima della cessione delle quote, da parte del C. (cessione formalizzata nel maggio 2000), i due fratelli B. – che dopo l'uscita dalla società da parte del C. – sono rimasti gli unici soci, già collaboravano alla precedente gestione.

Da parte sua, B. F. (ugualmente sentito in sede di esame) ha sostenuto essere lui il legale rappresentante della stessa società a partire dal 1° gennaio 2000, e di occuparsi della gestione dei dipendenti (anche autisti) e non suo fratello G.

Anche il G. B. (verbale udienza 24.5.06 pag. n. 14) ha dichiarato che era F. B. a dargli le direttive dei viaggi.

I due imputati C. I. e B. F. sono allora i soggetti ai quali il camionista faceva concretamente riferimento, ai quali era direttamente subordinato e le cui disposizioni egli eseguiva. Invero il G. ha (goffamente) tentato, nel corso del suo esame, di scagionare del tutto i suoi superiori, addossandosi l'esclusiva responsabilità dell'evento. Tuttavia proprio dalle sue dichiarazioni si è appreso che la sua volontà di portare a termine quel viaggio nel minor tempo possibile (poiché sua madre era malata ed era suo desiderio raggiungerla al più presto a Cesena) era nota ai pervenuti.

Altro ragionamento deve farsi riguardo a B. G., rispetto al quale non può affermarsi, perlomeno con la necessaria certezza per fondare una pronuncia di condanna in sede penale, abbia posto in essere una condotta (anche solo omissiva) casualmente rilevante nel verificarsi dell'evento.

Il nesso causale. In materia di responsabilità aquiliana, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale (Cass. n. 10719/00), trova il suo temperamento solo nel principio di causalità efficiente, desumibile dal 2° comma dell'art. 41 c.p. (Cass. n. 12431/01), in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa azione risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass. n. 5923/95). In particolare, in riferimento al caso in cui una delle cause consiste in un'omissione, la positiva valutazione sull'esistenza del nesso causale tra omissione ed evento presuppone che si accerti che la condotta omessa, se fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso ovvero a ridurne le conseguenze, e non può esserne esclusa l'efficienza soltanto perché sia incerto il suo grado di incidenza causale (Cass. n. 488/03). Si afferma inoltre che, affinché rilevi il nesso di causalità tra un antecedente e l'evento lesivo deve ricorrere la duplice condizione che si tratti di un antecedente

necessario dell'evento, nel senso che questo rientri tra le conseguenze normali ed ordinarie del fatto, e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento (Cass. n.1857/98, n. 2312/03).

Detto questo non può che ribadirsi quanto già evidenziato riguardo al fatto che la circolazione dei veicoli su strada rappresenti una tipica attività pericolosa e che le norme che prevedono il rispetto dei tempi di necessario riposo per l'autista (quelle che in questa sede rilevano) sono poste proprio a tutela della circolazione e degli utenti della strada tutti. Cosicché il fatto che il loro mancato rispetto (condotta omissiva) provochi un sinistro stradale (le cui conseguenze sono state, nel caso specifico, estreme) non rappresenta certamente un fatto imprevisto o imprevedibile o che si ponga nello sviluppo causale in termini di eccezionalità tale da spezzare il nesso eziologico. (*Omissis*).

(1) Alcune considerazioni in tema di accertamento della tipicità dell'illecito colposo di evento.

È notte fonda un automobilista sta percorrendo una strada a scorrimento veloce impegnando la corsia di sorpasso quando all'uscita da una curva si trova innanzi un autocarro fermo a fari spenti; il contestuale transito sulla corsia di destra di un autoarticolato con semirimorchio rende pressoché inevitabile l'impatto che si rivela fatale per il conducente del autoveicolo. Questa in sintesi la descrizione di un fatto che non solleva particolari difficoltà nell'essere inquadrato nella fattispecie dell'omicidio colposo una volta accertato da un lato l'improvviso colpo di sonno dal quale fu colto il conducente dell'autocarro, e da parte dell'automobilista il rispetto dei limiti di velocità, l'assoluta imprevedibilità della presenza del mezzo e quindi l'inevitabilità dell'impatto.

La corretta qualifica della vicenda risulta tuttavia più complessa quando – così come avviene nella sentenza in epigrafe – la ricerca delle responsabilità per l'accaduto involga un piano per così dire superiore, ovvero qualora si passi a considerare che il conducente dell'autocarro lavorava per conto di una ditta di trasporti quale dipendente e che pertanto quella notte stava effettuando un viaggio organizzato dai propri datori di lavoro.

La sentenza nel valutare le responsabilità dei titolari della ditta di autotrasporti evoca i diversi profili problematici che l'accertamento dell'illecito colposo pone in special modo quando la condotta contestata si innesti su di una posizione di garanzia. Le difficoltà che si incontrano risultano ascrivibili al sovrapporsi di diversi piani di valutazione. Il giudicante deve verificare la sussistenza della posizione di garanzia, la natura omissiva o attiva della condotta da contestare, il contrasto della stessa con una regola cautelare,

nonché la presenza di un nesso tra la violazione della regola cautelare e l'evento verificatosi.

Qualora si abbia a che fare con un delitto doloso di evento i passaggi dell'accertamento della tipicità oggettiva risultano ben scanditi collocandosi nelle caselle che l'elaborazione dogmatica offre all'interprete; tuttavia quando ci si confronti con un illecito colposo per di più caratterizzato dalla natura omissiva della condotta l'incedere diventa incerto e si avverte una sorta di flessibilità di quegli schemi prima così netti.

Non si allude soltanto alle contaminazioni delle categorie della tripartizione messe in luce dalla moderna dottrina a partire dalla cosiddetta *Doppelstellung* di dolo e colpa. Invero la concezione tripartita del reato, in quanto teoria gradualista, continua a rappresentare lo schema logico del procedimento di accertamento processuale ⁽¹⁾.

Le difficoltà che si intende qui evidenziare si profilano già in sede di verifica della tipicità. A sfuggire ad una nitida demarcazione risulta persino il primo passaggio di tale procedimento, ovvero quello relativo alla condotta da contestare ⁽²⁾. Muovendo dall'evento la selezione degli antecedenti causali avviene sovente, anche se in maniera surrettizia, tenendo conto dei comportamenti prescritti all'agente dalle regole cautelari ⁽³⁾. L'individuazione della condotta, anziché tradursi nella ricognizione di un dato della realtà, finisce con il passare attraverso il filtro delle regole cautelari con ciò determinando fin dalle prime mosse una commistione tra diversi piani valutativi.

Questo primo gradino del processo ricostruttivo del fatto è poi condizionato dalla eventuale presenza di una posizione di garanzia che, come nel caso di specie, induce a ricostruire la responsabilità del garante in chiave omissiva tanto più che una simile lettura dei fatti rende – come noto – più agevole l'accertamento causale ⁽⁴⁾. Di contro stando ai criteri che si è cercato di individuare per risolvere i casi più problematici, quando si abbia a che fare con infortuni sul lavoro, la condotta sembrerebbe generalmente assumere connotati di azione consistendo, sia che l'infortunio investa i lavoratori stessi che, come nel caso di specie, coinvolga terze persone, nell'aver attivato il

⁽¹⁾ Sull'essere la concezione tripartita una teoria gradualista: ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1995, 289.

⁽²⁾ Sui criteri per individuare quando si è in presenza di una azione o di una omissione si veda per tutti: ROMANO, *Commentario*, cit., p. 291 ss.

⁽³⁾ Recentemente la Corte di cassazione ha espressamente adottato il criterio della regola cautelare violata per qualificare come omissivo il comportamento tenuto da un medico: Cass., sez. IV, 15 novembre 2005, Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, 2792, con nota di AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*.

⁽⁴⁾ In ordine a questa tendenza con riferimento alla responsabilità del medico per la causazione di eventi lesivi o mortali nell'esecuzione dell'attività professionale: DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 50 ss.

processo lavorativo e quindi a titolo esemplificativo nell'aver consentito il funzionamento dei macchinari di lavorazione privi dei dispositivi di sicurezza richiesti ovvero, richiamando il fatto sottoposto al giudice del merito, nell'aver disposto il trasporto delle merci senza curarsi delle regole in ordine al riposo dei conducenti dei mezzi e così via ⁽⁵⁾.

Questa prima incertezza rischia poi di riflettersi su tutta l'attività ricostruttiva successiva condizionando – come si avrà modo di evidenziare – le ulteriori tappe dell'accertamento non soltanto in sede di verifica della causalità materiale, ma anche agli effetti della valutazione della rilevanza del c.d. comportamento alternativo lecito.

La commistione tra il piano valutativo e quello ricognitivo della realtà risulta ancor più evidente qualora la condotta venga qualificata in termini omissivi poiché l'individuazione della stessa implica necessariamente che siano stati già evocati i paradigmi della colpa. In altri termini per poter affermare la presenza di una omissione occorre che sia stata selezionata una regola cautelare il cui contenuto precettivo si traduca non nel generico obbligo di attivarsi, ma in quello specifico di compiere una determinata azione. L'identificazione della posizione di garanzia permette soltanto di affermare che il soggetto è gravato dall'obbligo di attivarsi, ma per poter parlare della presenza di una omissione occorre già aver individuato quale condotta fosse allo stesso richiesta. Si avverte allora una sorta di sovrapposizione, nel senso che l'omissione sembrerebbe risolversi nella colpa, *rectius* nella inosservanza della regola cautelare, e viceversa ⁽⁶⁾.

Volendo cercare di rispettare la separazione logica dei diversi momenti dell'accertamento della tipicità si potrebbe distinguere la condotta sotto il profilo naturalistico ed individuarla nell'assenza di movimento. Ma in realtà rappresenta un approdo consolidato l'assunto secondo il quale l'omissione non si traduce semplicemente nell'inerzia dei muscoli motori, tra l'altro non riscontrabile ogniqualevolta si ravvisi un *aliud agere* da parte del soggetto garante. Di fronte alla constatazione dell'assenza di movimento corporeo non può ancora parlarsi di omissione, implicando quest'ultima un rapporto di relazione con una condotta attiva e dunque una norma che esiga il compimento di quella azione ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Si è a riguardo distinto a seconda che il soggetto con il suo comportamento abbia creato un rischio non consentito, o abbia esposto un altro soggetto ad una situazione di rischio illecito, dal caso in cui il soggetto in veste di garante si sia trovato a fronteggiare dei rischi promananti *aliunde*: VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, Padova, 2003, 44 ss.

⁽⁶⁾ Sul punto, nel senso che il garante è tenuto a fare, per impedire la verifica di determinati eventi, quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare: FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 3^a ed., Bologna, 1995, 564.

⁽⁷⁾ La ricerca di una dimensione "ontologica" dell'omissione è stata ormai abbandonata dalla dottrina che la ricostruisce in chiave prettamente normativa. Per tutti: FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 530 s.

La logica sovrapposizione che ne deriva rappresenta l'effetto più evidente della preminentemente e comune componente normativa della omissione e della colpa ⁽⁸⁾. Tuttavia proprio muovendo dalla natura normativa dell'omissione ed operando sul piano valutativo del fatto una demarcazione dei due aspetti risulta possibile ⁽⁹⁾. La separazione concettuale che più correttamente dovrebbe riguardare l'obbligo di garanzia e il dovere di diligenza non risulta scevra da implicazioni. *In primis* si è rilevato come l'accertamento della esistenza dell'obbligo di garanzia debba precedere quello relativo all'obbligo di diligenza ⁽¹⁰⁾. Inoltre è stato messo in luce come le fonti rispettivamente dell'obbligo di garanzia e quelle dell'obbligo di diligenza possano talora non coincidere ⁽¹¹⁾. Tale rilievo risulta di tutta evidenza e manifesta la necessità di separare concettualmente i due momenti dell'accertamento quando si abbia a che fare con attività pericolose. La vicenda sottesa alla sentenza in epigrafe esprime proprio una delle predette situazioni in quanto l'attività lavorativa nella specie svolta, consistendo nel trasporto di merci implicava il ricorso alla circolazione stradale, – come noto – attività di per sé ritenuta pericolosa ma autorizzata e disciplinata dall'ordinamento poiché socialmente utile. Orbene con riguardo al datore di lavoro l'obbligo di agire in cui si sostanzia la sua posizione di garanzia è finalizzato a neutralizzare tutti i rischi che lo svolgimento dell'attività lavorativa potrebbe ocasionare e ciò a tutela non soltanto dei lavoratori, ma anche di tutti quei soggetti che potrebbero averne pregiudizio. Ne discende, stando a tale contenuto precettivo, che il datore di lavoro dovrebbe astenersi da attività pericolose unica soluzione che consentirebbe l'assoluto annullamento dei rischi suddetti. L'ordinamento

⁽⁸⁾ Nel senso che la natura normativa della omissione e della colpa ha condotto a non tenere adeguatamente presente la diversa fisionomia delle due nozioni confondendole nella comune «normatività»: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, 91. Sul c.d. momento omissivo della colpa si veda: MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1985, 101 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 453 ss. Per una ricostruzione unitaria del fenomeno della responsabilità penale per un evento naturalistico collegato ad una inosservanza e nel senso che l'art. 43 comma terzo c.p. e l'art. 40 cpv. c.p. convergono a disciplinare il medesimo fenomeno e presentano gli stessi presupposti fattuali di operatività richiamando regole di comportamento individuate attraverso il medesimo procedimento: SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 149 ss.

⁽⁹⁾ La necessità di distinguere i due momenti è stata sostenuta sul rilievo di come la misura della diligenza doverosa non possa mai andare oltre a quella cui il soggetto è tenuto in qualità di garante. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 161.

⁽¹⁰⁾ GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 101; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 56 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 118 ss.

⁽¹¹⁾ GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 96 ss.

invece consente la circolazione stradale disciplinandone lo svolgimento ed è proprio dalle regole che ne governano l'esercizio che si potrà attingere il fondamento del dovere di diligenza ⁽¹²⁾.

Soffermandosi ancora sul piano dell'accertamento della tipicità oggettiva, il passaggio successivo relativo alla verifica della presenza del nesso causale rivela un'altra possibile sovrapposizione. Nei reati colposi l'interprete non può arrestare la sua indagine alla causalità materiale esigendo la verifica della tipicità il riscontro di un nesso ulteriore tra la condotta e l'evento, quello che oggi viene definito come nesso di rischio ⁽¹³⁾. Si allude pertanto alla cosiddetta "causalità della colpa", la cui teorica, sebbene abbia trovato nella elaborazione dell'*objektive Zurechnungslehre* d'oltralpe il suo approfondimento, risulta presentare un forte aggancio nel dettato del legislatore del 1930 in quanto espressione di quell'inciso "è conseguenza di" che compare nella descrizione del delitto colposo offerta dall'art. 43 c.p. seconda alinea.

Si tratta dunque di un elemento afferente alla tipicità che deve essere ascritto nell'ambito della tipicità soggettiva così da distinguerlo dal nesso causale collocabile nella sfera oggettiva della tipicità stessa. Tuttavia la separazione concettuale dei due momenti, ovvero quello relativo alla verifica della causalità materiale e quello in ordine alla causalità della colpa entra in crisi, svelando ancora una volta il sovrapporsi dei diversi piani dell'indagine ricostruttiva quando si abbia a che fare con delitti colposi omissivi di evento, ovvero con delitti commissivi mediante omissione di natura colposa. Anche tale sovrapposizione è imputabile alle affinità che la natura dei due modelli di accertamento presentano, implicando entrambi un giudizio di tipo ipotetico e pertanto ontologicamente probabilistico.

La ricerca del nesso di rischio presuppone l'individuazione del c.d. comportamento alternativo lecito dovendo verificarsi se la realizzazione di questo avrebbe o meno scongiurato il realizzarsi dell'evento. Nei reati colposi di azione questo passaggio è logicamente successivo all'accertamento della causalità; il comportamento alternativo può definirsi tale rispetto

⁽¹²⁾ Quanto rilevato richiama la distinzione operata dal Mantovani tra «colpa comune» e «colpa speciale». La prima si manifesterebbe nelle attività lecite in quanto non proibite; attività caratterizzate da regole di condotta volte alla prevenzione di qualsiasi rischio e dal dovere di astensione ogniqualvolta l'attività stessa diventi pericolosa, non essendo dall'ordinamento consentito alcun rischio. La seconda atterrebbe ad attività giuridicamente autorizzate benché pericolose poiché socialmente utili. Le regole cautelari che rilevarebbero in tale ambito sono volte a scongiurare il superamento del rischio consentito. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 3^a ed., Padova, 1992, 351. Si veda inoltre: MARINUCCI, *La colpa*, cit., 177. Per una critica alla valenza di siffatta impostazione sul piano dogmatico: GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 209 ss.

⁽¹³⁾ Su tale criterio ulteriore di imputazione che avrebbe una collocazione trasversale a cavallo tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo: DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006.

ad una condotta realmente posta in essere che risulta casualmente legata all'evento. Nei delitti omissivi colposi di evento la condotta rilevante non avendo un substrato naturalistico dovrà individuarsi attraverso un parametro normativo che evidentemente coinciderà con quello attraverso il quale è possibile definire il comportamento alternativo lecito. Ciò rappresenta l'effetto di quanto sopra evidenziato in ordine al contenuto omissivo della colpa; il comportamento alternativo lecito non è altro che quello imposto dalla regola cautelare violata. Ed allora assumendo come elemento di valutazione un comportamento nella realtà inesistente sia nell'effettuare l'indagine in ordine alla causalità materiale, sia nel verificare l'avvenuta realizzazione del nesso di rischio, si compierà un giudizio di tipo ipotetico.

In verità questa sovrapposizione che l'accertamento concreto del fatto finisce col determinare non deve far perdere di vista come concettualmente i due passaggi della verifica della tipicità dell'illecito colposo siano distinti. La necessità di tale separazione potrebbe svelare la sua utilità quando si passi a considerare la misura di affidabilità della spiegazione causale. A riguardo si è sostenuto, seppur con alcune differenziazioni, come mentre la verifica della causalità materiale debba rispondere a criteri di maggior rigore, sia sufficiente richiamare le formule della "probabilità confinante con la certezza"⁽¹⁴⁾ o quella accolta anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione dell' "alto grado di credibilità razionale"⁽¹⁵⁾, il giudizio controfattuale che abbia ad oggetto il comportamento alternativo lecito può accontentarsi di esiti molto più probabilistici⁽¹⁶⁾. Sebbene ciò non significhi che sia ravvisabile il nesso di rischio anche quando il mancato compimento del comportamento alternativo lecito abbia determinato soltanto un modesto aumento del rischio⁽¹⁷⁾.

Tuttavia se sul piano teorico l'opportunità di una distinzione dei due momenti non ha soltanto fondamento logico, ma risponde anche all'impiego di metri di valutazione differenti, in concreto la separazione concettuale qui evidenziata finisce con il perdere ogni rilevanza poiché l'accertamento della causalità materiale oltre a dover logicamente precedere quello inerente all'evitabilità assorbirà il secondo tenuto conto del maggior rigore al quale

⁽¹⁴⁾ STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, 1235 ss.

⁽¹⁵⁾ Si allude alla nota sentenza del 2002: Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, 1133.

⁽¹⁶⁾ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*. *Significato storico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. pen. pen.*, 1999, 75 ss.

⁽¹⁷⁾ DONINI, *La causalità omissiva*, cit. 80. Secondo un orientamento più rigoroso la causalità della colpa esigerebbe un grado di probabilità prossimo alla certezza allo stesso modo di quanto richiesto in ordine alla causalità materiale: EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1061 ss.

debba rispondere il primo ⁽¹⁸⁾. In altri termini una volta compiuto il primo giudizio l'esito della seconda valutazione si rivela scontato: se si accerta che qualora l'azione omessa fosse stata compiuta l'evento non si sarebbe prodotto con una probabilità confinante con la certezza, *a fortiori* potrà affermarsi che il compimento di quella stessa azione, identificante il comportamento alternativo lecito, avrebbe diminuito il rischio del verificarsi dell'evento ⁽¹⁹⁾. A riguardo appare significativo allora come nell'individuare il grado di conferma che deve sorreggere il giudizio sull'evitabilità sia stata teorizzata la necessità di distinguere le fattispecie commissive da quelle omissive. Nelle prime, stante la preventiva verifica della causalità materiale effettuata prendendo come riferimento una condotta realmente posta in essere ed escludendo fattori causali alternativi, ci si può accontentare che il comportamento alternativo lecito avrebbe soltanto diminuito il pericolo del verificarsi dell'evento. Nelle fattispecie omissive invece, in assenza dell'introduzione di fattori di rischio condizionanti l'evento, e dunque in assenza di una condotta realmente causale, non potrà ritenersi sufficiente il mero aumento del rischio se non a costo di trasformare reati di evento in reati di pericolo ⁽²⁰⁾.

Tornando alla vicenda richiamata in premessa e provando a verificare come i passaggi dell'accertamento qui evidenziati si siano snodati nella sentenza in epigrafe potrà rilevarsi quanto detto in ordine al sovrapporsi dei diversi momenti di verifica della tipicità. Il giudice del merito prima ancora di appurare la sussistenza di una posizione di garanzia e dunque di un obbligo di agire sembra tratteggiare il comportamento alternativo lecito

⁽¹⁸⁾ Si osserva a riguardo: "se non si può distinguere tra causalità della colpa e causalità della condotta, perché la colpa consiste in un comportamento sostanzialmente «omissivo», dove cioè non si sono attivate condizioni negative, impeditive dell'evento, senza introdurre fattori di rischio che abbiano comunque condizionato l'evento in positivo, sarà giocoforza costruire la causalità della colpa come quella dell'omissione, dato che esse si sovrappongono, e l'accertamento dell'evitabilità coinciderà con quello della c.s.q.n., esigendo perciò una risposta certa e non probabilistica su che cosa sarebbe successo...". Cfr.: DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 116.

⁽¹⁹⁾ Diversamente qualora si abbia a che fare con una condotta attiva questa divaricazione dei due momenti dell'accertamento risulterà più agevolmente afferrabile. Recentemente sulla necessità di distinguere i due momenti si è pronunciata la Corte di cassazione con riguardo al caso di un automobilista che mentre percorreva una strada, superando di 14 km/h il limite di velocità per quel tratto previsto dal codice della strada, si era scontrato con un veicolo a tre ruote che sopraggiungeva dall'opposto senso di marcia e che aveva invaso l'opposta corsia per svoltare in una stradina laterale sterrata. Accertato che le lesioni occorse all'autista del mezzo a tre ruote fossero eziologicamente riconducibili ad una condotta attiva dell'automobilista la Corte ha affermato la necessità di distinguere e valutare se la condotta diligente avrebbe con certezza evitato l'esito antigiusuridico o comunque avrebbe avuto apprezzabili e significative probabilità di scongiurarlo. Cfr. Cass., sez. IV, 2 ottobre 2007, Rinaldi, in *CED Cass.*, n. 237050.

⁽²⁰⁾ DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 116 s.

identificandolo nel disporre la presenza sul mezzo di un secondo autista che avrebbe assicurato al primo il rispetto dei prescritti tempi di riposo. Nondimeno l'individuazione della condotta alternativa lecita non è portata a conseguenze ulteriori, nel senso che non risulta funzionale alla verifica della c.d. causalità della colpa. Il tema della causalità, sebbene senza ricorrere ad indagini in ordine alla efficienza eziologia del grado di incidenza causale, è trattato ma in termini di spiegazione materiale degli eventi. Ci si preoccupa pertanto di verificare quale ruolo nella dinamica dei fatti abbia avuto la condotta negligente dell'autista evocando cosicché il parametro della concausa sopravvenuta tale da interrompere il nesso causale.

Emerge allora come alcuni passaggi dell'accertamento della tipicità dell'illecito colposo di evento risultino contratti e sottesi a valutazioni che li debbano precedere o che ad essi dovrebbero far seguito. Il tutto per effetto di quelle inevitabili sovrapposizioni dei diversi momenti del percorso di verifica della tipicità qui evidenziate.

Tuttavia dalla lettura dei resoconti in ordine all'accertamento di fatti colposi come questo si avverte la sensazione che l'intrecciarsi dei diversi piani di valutazione, con conseguente smarrimento da parte dell'interprete, non costituisca l'effetto di indagini ricostruttive logicamente viziate, ovvero del mancato rispetto delle tappe che il giudice dovrebbe seguire nell'inquadrare la vicenda. Piuttosto tale *modus operandi* sembrerebbe testimoniare quella incertezza che ancora oggi aleggia quando si abbia a che fare con un illecito colposo. Occorrerà allora capire se attraverso l'individuazione di nuove categorie dogmatiche sarà possibile colmare le evidenti lacune forse ascrivibili all'immaturità degli studi sull'illecito colposo che – come noto – rappresenta un terreno di approfondimento relativamente recente per la dogmatica⁽²¹⁾, e se dunque le difficoltà rilevate siano inevitabili finché verrà fatto impiego di categorie elaborate con riguardo all'illecito doloso che non tengano conto delle peculiarità del delitto colposo quali la sua preminente natura normativa⁽²²⁾.

MARIA CHIARA BISACCI

⁽²¹⁾ Non si è mancato da più parti di sottolineare come lo studio del delitto colposo sia stato condizionato dall'impiego di categorie elaborate con riguardo al modello del delitto doloso ed impiegate quali concetti unitari. Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 13.

⁽²²⁾ In realtà la dottrina, superate le concezioni psicologiche della colpa di stampo positivista (si veda: ALTAVILLA, *La colpa*, vol. I e II, Torino, 1957; ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947), pur riconoscendo la natura normativa della colpa non nega che in essa permanga una componente psicologica. A riguardo osserva il Donini che «la colpa è diventata ormai (e in parte è effettivamente) elemento oggettivo, nella prassi prima che nella teoria, dove è ridotta psicologicamente a «non dolo» e per il resto è interamente normativizzata. Il nostro codice la definisce elemento psicologico (!) e di psicologico ha sempre di meno: che cosa ci fa, allora, la colpa, nella colpevolezza e nell'elemento soggettivo? In realtà questa tendenza troppo oggettivizzante deve essere contrastata, altrimenti la colpa si converte in responsabilità oggettiva»: DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 96.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 31 Luglio 2007 – Pres. Est. CRISTIANI
– D.M.P.G.

Falsità in atti – Cartellino marcatempo – Falso per induzione – Configurabilità (c.p. art. 479).

Il cartellino marcatempo è un atto di natura amministrativa emanato nell'ambito dei procedimenti di spesa e tale veste non muta neanche qualora esso sia destinato a produrre effetti su singoli rapporti di lavoro allorquando venga utilizzato al fine di erogare al lavoratore il pagamento della propria retribuzione. Ne consegue che colui che compia atti di falsa rappresentazione dell'orario di lavoro mediante l'indebito utilizzo del badge marcatempo, commette il delitto di falso in atto pubblico per induzione (1).

(*Omissis*). Dato atto degli elementi conclusivi testé esposti, prende atto il Collegio che la valutazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza con riferimento al delitto sub U implica la risoluzione del seguente nodo interpretativo.

Se sia vero che, essendo ormai privatizzato il rapporto di lavoro prestato nel pubblico impiego (con le poche eccezioni relative alla posizione dei magistrati, del corpo diplomatico ect.) tutte le manifestazioni di volontà che vengono in essere nell'*iter* deliberativo della misura della retribuzione, condizionate – come nel caso in esame – da dati falsamente rappresentativi della esatta durata oraria della prestazione resa, debbano rilevare in un ambito esclusivamente privatistico, o se vi sia altrimenti la possibilità, in situazioni determinate, che l'Ente datore di lavoro ponga in essere anche volizioni costituenti espressione di una pubblica funzione.

È noto come la S.C. abbia escluso che possano considerarsi atti pubblici quelle attività (è il caso dell'impiego del cartellini marcatempo) che rilevinò in via immediata e diretta unicamente ai fini della retribuzione, ovvero del regolare svolgimento della prestazione di lavoro senza però che il pubblico dipendente agisca (la vicenda che ha occasionato la pronuncia a sezioni unite 11 aprile – 10 maggio 2006 n. 1598, in proc. Sepe era quella del soprintendente ai B.C.A. di Agrigento il quale aveva ommesso di registrare le uscite fuori per motivi estranei al servizio) neppure indirettamente per conto della P.A..

Ciò premesso, la valutazione che il Tribunale deve compiere è rivolta ad accertare se le c.d. deliberazioni dirigenziali di spesa di cui ha dato conto la narrativa possano involgere manifestazioni dichiarative o attestative o di volontà della P.A., così da riconoscere alle stesse natura di atti pubblici.

L'opinione del Collegio è che al quesito debba darsi risposta affermativa.

In definitiva, è stato osservato che le retribuzioni dei dipendenti sono corrisposte in modo automatico, in quanto deliberate all'inizio dell'anno finanziario con un impegno di spesa di carattere generale, che tiene conto della misura ordinaria delle retribuzioni da corrispondere.

L'impegno di spesa generale, tuttavia, si presta ad essere riconsiderato mese dopo mese, e le deliberazioni dirigenziali di spesa costituiscono il veicolo per apportare le necessarie correzioni di rotta.

Pare dunque al Tribunale che i deliberati in questione abbiano natura di atti amministrativi aventi efficacia costitutiva, in quanto tesi a modificare una deliberazione di spesa, implicante impiego di denaro pubblico, innovando rispetto a quella che sarebbe stata la deliberazione ordinaria in materia e alla luce di sopravvenienze imputabili ai dipendenti infedeli (in termini, per es., di lavoro straordinario non dovuto, in quanto connesso alle false rappresentazioni sull'orario in realtà non osservato, confluite nelle deliberazioni dirigenziale di spesa).

Si è infine dell'avviso che lo stesso diritto positivo offra una sponda per considerare immanente, pure all'interno di un rapporto di lavoro oramai di natura privatistica, la presenza di atti di rilevanza pubblicistica.

Si osserva, infatti, che l'art. 63 del Decreto legislativo n. 165/01, il quale disciplina la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative ai rapporti di lavoro nel pubblico impiego, al comma 1 attribuisce alla cognizione del G.O. tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle P.A". ...ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti".

Pare dunque al Tribunale che, nella materia in esame, sia lo stesso legislatore a prevedere che all'interno di un rapporti di diritto privato esistano "atti amministrativi", presupposto di deliberazioni incidenti sul rapporto di lavoro ed ormai devoluti al sindacato del G.O.

Non è allora di per sé impossibile concludere, attesa la previsione normativa in parola, che nel caso in esame il provvedimento denominato "deliberazione dirigenziale di spesa" (condizionato, come è detto, nella sua formazione dalle fallaci rappresentazioni connesse all'uso indebito del badge marcatempo e dalle attestazioni successive del pubblico dipendente) non altro sia che un atto amministrativo presupposto sotteso alla deliberazione della busta paga, ribadendo il Tribunale che si tratti di atto pubblico negativamente condizionato dalle attività materiali riconducibili all'indagato ed esposte nella narrativa.

Quanto al rischio paventato dalla Difesa che la interpretazione sostenuta dal P.m. possa vulnerare il principio di diritto espresso dalla sentenza a s.u., rileva il Tribunale di essere di contrario avviso.

La S.C. ha preso in considerazione una vicenda in cui la condotta materiale oggetto dell'ipotizzato delitto p. dall'art. 479 cp era incentrata sull'impiego del cartellino marcateempo, a torto ritenuto avere natura di atto pubblico; nel caso in esame la vicenda viene prospettata in termini di falso per induzione, ove si ravvisa realmente sussistente un atto amministrativo, quanto meno presupposto, sul cui *iter* formativo ha influito l'attività materiale posta in essere dal dipendente pubblico.

Che la deliberazione dirigenziale di spesa abbia infine natura di atto di diritto pubblico al Tribunale non pare revocabile in dubbio, tenuto conto che tale atto, pur destinato a produrre effetti sul rapporto di servizio del dipendente, è tale da incidere anche sulle finanze dell'Ente, pertanto rientrando nelle procedure di contabilità dell'Azienda.

Le procedure in questione sono, per loro natura di diritto pubblico (basti pensare ai controlli contabili), sicché gli atti che in sequenza compongono quelle procedure sono atti amministrativi.

In definitiva, è dell'avviso il Tribunale che gli atti (tra cui quello oggetto di addebito) emanati nell'ambito dei procedimenti di spesa siano atti amministrativi e non mutino natura qualora producano effetti su singoli rapporti di lavoro, consentendo, ad es., il pagamento della retribuzione: il pagamento attiene invero al rapporto di lavoro e non presenta differenze rispetto al pagamento effettuato da un datore di lavoro privato, ma gli atti contabili che legittimano quel pagamento hanno natura amministrativa e rientrano tra gli atti amministrativi presupposti.

Confermata dal Tribunale la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza con riferimento al capo U, da solo sufficiente a sostenere la misura attualmente interdittiva applicata (la qual cosa esime il Tribunale dal prendere in considerazione anche le doglianze relative all'ipotizzato delitto di truffa), si conclude per la permanente attualità delle esigenze cautelari a base della misura *ex* art. 289 cpp, fondata sul pericolo di reiterazione criminosa, quest'ultimo reso evidente della estensione temporale della condotta ascritta.

Al rigetto del ricorso segue la condanna al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Visto l'art. 309 cpp

Respinge l'istanza di riesame proposta da D.M.P.G. avverso l'ordinanza 16.7.2007 del Gip del Tribunale di Perugia, e conferma la misura coercitiva nel frattempo applicata.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.
Manda la Cancelleria per le comunicazioni di rito.

(1) Nuovi arresti giurisprudenziali in tema di falso per induzione

1. La sentenza in epigrafe, che merita una particolare attenzione all'interno del panorama interpretativo offerto dalla giurisprudenza umbra, si contraddistingue per una singolare ricostruzione ermeneutica in tema di falso in atto pubblico per induzione.

Ciò che, in particolare, merita di essere segnalato con interesse è la lettura esegetica del Tribunale delle libertà perugino che si caratterizza per la assoluta peculiarità ed autonomia rispetto all'interpretazione nomofilattica anche della Suprema Corte.

Detto altrimenti, il Tribunale del Riesame, discostandosi risolutamente da quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione⁽¹⁾, interviene sulla sussumibilità della condotta inerente l'indebito utilizzo del cartellino marcatempo, da parte di un esercente una funzione pubblica, nella fattispecie del falso per induzione.

La vicenda storica sottesa alla questione di diritto affrontata dal Collegio attiene ad una indagine espletata dalla competente Procura presso il locale nosocomio.

Più nel dettaglio, nel corso di alcuni accertamenti eseguiti nell'anno 2006, sarebbe stato accertato che alcuni dipendenti dell'Azienda Ospedaliera, pur risultando regolarmente presenti al lavoro, si trovavano, in realtà, altrove e, in alcuni casi, svolgevano addirittura attività lavorativa diversa ed ulteriore rispetto a quella ospedaliera.

In conseguenza dei servizi di o.c.p. e della escussione a sommarie informazione di alcuni colleghi degli indagati, il Pubblico Ministero contestava ad alcuni dipendenti pubblici di aver consegnato a terzi il proprio cartellino marcatempo, affinché coloro che intendevano favorirli timbrassero in propria vece il ridetto cartellino, facendo risultare, contrariamente al vero, le presenze al lavoro.

Gli esiti di quella indagine conducevano, dunque, alla emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale in ragione della imputazione, formulata dal P.m., dei delitti di falso in atto pubblico, per aver indebitamente impiegato il cartellino marcatempo, e quello di truffa aggravata, per aver indebitamente ottenuto una retribuzione non dovuta a danno dell'Azienda Ospedaliera.

Alcuni dei difensori degli indagati proponevano, poi, richiesta di riesame della ordinanza applicativa della misura custodiale chiedendo, alla luce dell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione, la rimessione in libertà.

⁽¹⁾ Cass., sez. V, 26 gennaio 2006, Sepe (ord.), in *Foro It.*, 2006, II, 417; Id., sez. Un., 11 aprile 2006, Sepe, *ibidem*, 416. In termini v. NUNIN, *Dipendenti pubblici, mancata timbratura del cartellino e reato di falso ideologico: l'intervento delle Sezioni Unite Penali*, in *Lav. giur.*, 2006, 9, 863.

In quella sede, il P.m. depositava a sorpresa un atto denominato “deliberazione dirigenziale di spesa” e, tale produzione documentale, segnava, a partire da quel momento, una vera e propria svolta nella ricostruzione interpretativa dei fatti fornita dal Tribunale delle libertà.

2. In breve. La retribuzione erogata dall’Azienda Ospedaliera ai propri dipendenti è correlata al numero di ore effettuate dal dipendente. A tal fine, ogni singolo lavoratore all’inizio ed al termine del proprio turno di servizio è tenuto a timbrare un cartellino marcatempo che segna l’ora di arrivo e quella di partenza del dipendente stesso onde consentire il calcolo matematico delle ore mensili lavorate e, sulla scorta di queste, stabilire, poi, la retribuzione da corrispondere.

L’orario di lavoro risultante dai badge marcatempo, quindi, rappresentano un prospetto provvisorio che necessita della successiva elaborazione da parte del software dell’Azienda Ospedaliera, nonché dell’ulteriore controllo e verifica ad opera del personale a ciò preposto il quale, restituisce il tutto, apponendo la propria sottoscrizione ed eventuali correzioni o modifiche.

E’ solo detto foglio provvisorio, recante la firma del lavoratore, che costituisce per l’Azienda Ospedaliera l’atto definitivo sulla scorta del quale verrà computata la retribuzione relativa a quella determinata mensilità.

Una volta stabilito l’ammontare della retribuzione, l’Azienda Ospedaliera emette provvedimenti denominati “determinazioni dirigenziali di spesa” con i quali dispone il pagamento delle competenze mensili fisse ed accessorie calcolate globalmente.

Laddove, all’esito del conteggio effettuato a fine anno solare, l’orario di lavoro registrato dal software per il singolo dipendente evidenzia valori in difetto e la discrasia porti ad una differenza in negativo quanto meno pari a 15/20 ore annuali ovvero in misura maggiore, il dipendente viene (solo in tali ipotesi) invitato, con un atto formale che quantifica la differenza riscontrata, a procedere al relativo recupero, diluendo le ore segnalate in un congruo arco di tempo.

In definitiva, i tabulati provvisori di presenza mensile, elaborati automaticamente dal sistema informatico della Azienda Ospedaliera in base all’impiego – anche abusivo – dei badge marcatempo e sottoposti, periodicamente, al singolo dipendente per la attestazione di conformità, diventano definitivi solo previa sottoscrizione del responsabile del servizio che recepisce, a sua volta, le fallaci indicazioni delle presenze.

L’Azienda Ospedaliera, poi, in forza di essi, procede mensilmente ad elaborare la “deliberazione dirigenziale di spesa”, con la quale quantifica gli emolumenti di spettanza dei dipendenti a fronte delle erogate prestazioni di lavoro risultanti dai tabulati mendaci.

Il P.m., alla luce di tali considerazioni, contestava agli indagati il delitto di truffa aggravata, ipotizzando il delitto di falso in atto pubblico per induzione in errore dell’Azienda Ospedaliera per aver falsamente attestato la propria presenza al lavoro timbrando il cartellino marcatempo, allonta-

nandosi, invece, dal luogo di lavoro senza giustificato motivo, inducendo, così, in errore l'ente circa le ore effettivamente lavorate.

Secondo la ricostruzione fornita dall'accusa nella propria richiesta di applicazione della misura custodiale, infatti, l'*iter* procedimentale che condurrebbe alla emanazione della "deliberazione dirigenziale di spesa" incontrerebbe ben due passaggi in cui verrebbe attestata, da parte del superiore gerarchico estraneo alla condotta fraudolenta sottostante, la veridicità del dato inerente le presenze mensili al lavoro del dipendente ospedaliero. Il superiore, quindi, controfirmando il tabulato provvisorio delle presenze in precedenza sottoscritto dal dipendente infedele, confermerebbe, in realtà, la veridicità dei dati, ponendo in essere – secondo la ricostruzione offerta dal pubblico ministero – un atto di scienza.

Gli atti compiuti dal superiore, in altri termini, avrebbero natura di attività accertativi della veridicità del dato delle presenze, e, nello stesso tempo, statuiva. Non sarebbero, quindi, riconducibili alla mera prestazione di lavoro privatistica cui inerisce l'impiego del badge da parte del dipendente ospedaliero infedele, essendo, piuttosto, espressione di autorità che produce la conseguenza di vincolare l'Ente in termini economici.

Le attività sopra descritte costituirebbero, pertanto, – secondo il Pm, prima, ed il GIP, poi – una forma di esercizio di pubblici poteri, in quanto poste in essere dal responsabile dell'ufficio e destinate a vincolare la P.A. nei conseguenti impegni di spesa.

A supporto di tali argomentazioni, l'accusa rileva come le determinazioni dirigenziali di spesa sarebbero atti che, recependo le attività a monte che hanno insite rappresentazioni difformi al vero (ovvero le attestazioni del responsabile dell'ufficio di conferma dei tabulati provvisori), darebbero vita all'atto provvedimentale con cui la Azienda Ospedaliera si determina al pagamento delle retribuzioni in misura difforme rispetto al dovuto.

In definitiva, la ricostruzione offerta dal Pm individua nelle attività certificative/attestative dei responsabili degli uffici sovraordinati al dipendente infedele ed, in particolare, nel provvedimento denominato "deliberazione dirigenziale di spesa", gli atti di valenza pubblicistica che condizionano, in modo erroneo, il deliberato finale della P.A., ovvero un atto pubblico che impegna denaro pubblico.

3. La decisione sulla effettiva sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati ed il conseguente giudizio circa la conferma della misura cautelare in essere, presupponeva – come ribadito anche dal Collegio – la risoluzione di un nodo interpretativo: ovvero se, nonostante il rapporto di lavoro prestato nel pubblico impiego sia stato privatizzato dalla relativa normativa, tutte le manifestazioni di volontà che vengono comunque in essere nell'*iter* deliberativo della misura della retribuzione, debbano rilevare solo sul piano squisitamente privatistico o se, invece, possa ritenersi che l'Ente datore di lavoro, nello stabilire l'ammontare retributivo spettante a ciascun dipendente, ponga in essere anche volizioni costituenti

espressione di una funzione pubblica, tale da trasfondere la fattispecie sul piano prettamente pubblicistico⁽²⁾.

L'analisi della risoluzione fornita dal Tribunale del riesame a detta questione, tuttavia, presuppone, *in primis*, la risoluzione della preliminare questione relativa alla corretta inquadratura del cartellino marcatempo, ovvero se esso, avente la precipua funzione di annotare meccanicamente gli orari di ingresso e di uscita dal luogo di lavoro, ed i fogli di presenza dei pubblici dipendenti, che assolvono ad analoga funzione, abbiano o meno natura di atto pubblico.

La prevalente giurisprudenza della Suprema Corte, sul presupposto che tali atti svolgerebbero la loro funzione non solo con riferimento al rapporto di lavoro tra impiegati pubblici e pubblica amministrazione, ma anche in relazione alla organizzazione stessa dell'Ente e, soprattutto in ragione del fatto che gli stessi atti sono destinati a produrre effetti per la stessa pubblica amministrazione anche in ordine al controllo dell'attività e regolarità dell'ufficio⁽³⁾, ritiene che essi sarebbero, quindi, preordinati ad attestare la

⁽²⁾ Sul tema vedi ampiamente Cass., sez. V, 18 marzo 2003 Giambò, in *CED Cass.*, RU 224769 secondo cui la recente ristrutturazione del comparto dirigenziale del pubblico impiego, pur subordinando – nell'ambito di una logica prettamente manageriale – la riconferma dell'incarico dei dirigenti al perseguimento di determinati obiettivi, non li esonera dall'osservanza dei doveri che incombono sui pubblici dipendenti, in virtù dell'ordinario rapporto di servizio; ne consegue che integra la fattispecie del falso ideologico in atto pubblico la timbratura del tesserino magnetico con false annotazioni in codice, operata da un dirigente della p.a. (nella specie titolare dell'ufficio legale di un ente comunale), per insussistenti esigenze giustificative dell'uscita anticipata.

⁽³⁾ In tema di falsità ideologica in atti pubblici vedi Cass., sez. V, 10 novembre 2004, Santamaria in *Riv. pen.*, 2005, 966, secondo cui “posto che fra questi rientrano anche i fogli sui quali i pubblici dipendenti attestano la loro presenza in ufficio, la configurabilità del reato, in caso di non corrispondenza al vero di detta attestazione, non è esclusa dalla circostanza che l'assenza sia stata dovuta all'assolvimento fuori sede di compiti istituzionali”. Per una compiuta analisi della natura dei cartellini marcatempo vedi Cass., sez. V, 04 ottobre 2004, Amendola, in *CED Cass.*, RV 230261 la quale ritiene che “il cartellino, i fogli di presenza o le schede magnetiche concernenti l'attività lavorativa di un dipendente di un ente pubblico costituiscono «atti pubblici» in senso lato a norma degli art. 476 e 479 c.p. in quanto posti in essere da soggetti muniti di poteri certificatori e destinati a produrre effetti per la p.a.; ne consegue che ogni falsa attestazione o alterazione di tali atti rende configurabili i delitti previsti dai citati art. 476 e 479 c.p.”. In senso conforme: Cass., sez. V, 7 luglio 2004, Orlando, in *Giust. pen.*, 2006, II, 68 la quale ritiene sussistente il reato di cui all'art. 479 c.p. nella falsa attestazione di aver prestato servizio compiuta dal dipendente di un'Asl (nella fattispecie: il tecnico di radiologia alle dipendenze dell'azienda di alta specializzazione della regione Sicilia) sottoscrivendo il foglio di presenza e facendo timbrare il proprio cartellino da terzi, attesa la funzione pubblica esercitata dall'imputato (non esclusa da rapporto privatistico di lavoro) e in ragione del carattere di atti pubblici di tali documenti finalizzati anche a consentire il controllo sulle modalità in cui si esplica l'assistenza sanitaria, funzione essenziale dello stato e della regione.

certezza dello svolgimento della pubblica funzione da parte di coloro che ne sono preposti ⁽⁴⁾. A nulla rileverebbe, perciò, la natura privatistica del rapporto di lavoro tra pubblico dipendente e pubblica amministrazione ⁽⁵⁾.

Non può, tuttavia, revocarsi in dubbio la circostanza che, come sottolineato da una parte minoritaria della giurisprudenza, siffatte attestazioni rilevano, in via diretta ed immediata, unicamente ai fini della

⁽⁴⁾ In questo senso vedi Cass., sez. II, 6 ottobre 2006, Buttiglieri, in *CED Cass.* RU 235307 secondo cui "La falsa attestazione del pubblico dipendente, circa la presenza in ufficio riportata sui cartellini marcatempo o nei fogli di presenza, è condotta fraudolenta, idonea oggettivamente ad indurre in errore l'amministrazione di appartenenza circa la presenza su luogo di lavoro, ed è dunque suscettibile di integrare il reato di truffa aggravata, ove il pubblico dipendente si allontani senza far risultare, mediante timbratura del cartellino o della scheda magnetica, i periodi di assenza, sempre che siano da considerare economicamente apprezzabili". Nello stesso senso v., altresì, Cass., sez. V, 23 febbraio 2006, Boccia, in *Riv. pen.*, 2007, 60 la quale afferma che "In tema di falso documentale, integra il reato di falso ideologico (art. 479 c.p.), la condotta del docente di un centro studi, legalmente riconosciuto, che attesti falsamente la regolare frequenza di studenti di altri istituti privati alle lezioni - frequenza che consentiva di presentarsi agli esami finali per il conseguimento del diploma di stato come alunni interni del predetto centro studi, in quanto tali esenti dall'esame preliminare su tutte le materie del corso - mediante omessa indicazione delle assenze nei registri di classe, considerato che il professore di un istituto legalmente riconosciuto riveste la qualità di pubblico ufficiale, in quanto l'insegnamento è pubblica funzione e le scuole secondarie private sono equiparate alle scuole pubbliche dalla l. 19 gennaio 1942 n. 86 e i registri di classe di una scuola legalmente riconosciuta rivestono parimenti natura di atto pubblico".

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., sez. V, 15 dicembre 2005, Testa, in *Cass. pen.*, 2007, 1089 la quale ribadisce che "integra il delitto di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 479 c.p.) la condotta del docente di una scuola, avente regime di istituto parificato, che, in qualità di membro del collegio dei docenti, incaricato di fatto dell'espletamento di adempimenti amministrativi, attesti falsamente la frequenza ad un corso di specializzazione di un soggetto, richiamando documentazione in realtà inesistente. In senso analogo vedi anche Cass., sez. V, 17 gennaio 2005, Santamaria, in *Riv. pen.*, 2006, 5, 572 secondo cui "Il pubblico dipendente che eserciti una pubblica funzione amministrativa che, sui fogli di presenza in ufficio, faccia falsamente risultare l'osservanza di un determinato orario di entrata o di uscita dal lavoro, risponde del reato di falsità ideologica in atto pubblico". Cfr. inoltre, Cass., sez. V, 3 febbraio 2004, Cei, in *Giust. pen.*, 2005, II, 261 secondo cui agli effetti della tutela penale, vanno considerati atti pubblici i fogli di presenza ed i «marcatempo» dei pubblici dipendenti e, in genere, di tutti i soggetti che esercitano una pubblica funzione, pur se legati all'ente pubblico da un rapporto di tipo convenzionale; ne deriva che ogni falsa attestazione contenuta negli atti summenzionati rende configurabile, a carico del suo autore, il reato di falso ideologico di cui all'art. 479 c.p. (principio affermato, nella specie, con riguardo a false attestazioni circa l'orario di ingresso nel luogo di lavoro da parte di un dipendente comunale, legato all'ente da un contratto definito di natura pubblicistica). In dottrina cfr. BURZI, *Note in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la PA*, in *Giur. it.*, 2006, 10.

retribuzione ⁽⁶⁾ e, comunque, del regolare svolgimento della prestazione di lavoro, mentre solo indirettamente, e mediatamente, ai fini del regolare svolgimento del servizio ⁽⁷⁾.

Le Sezioni Unite del Supremo Collegio, con una esemplare pronuncia, sono intervenute recentemente sul tema, avallando, con solide argomentazioni, il secondo orientamento.

Sul presupposto che, ai fini della punibilità, la condotta falsificatoria debba sostanziarsi in una attività svolta nell'esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche, appare ineludibile distinguere, nell'attività del pubblico impiegato ed alla luce delle modifiche in senso privatistico apportate al rap-

⁽⁶⁾ Cfr. ERASMO *Non commette il delitto di falso ideologico in pubblici documenti il pubblico impiegato che annoti un falso orario sul registro delle presenze*, in *Nuovo dir.*, 2003, 5, II, 425; PEZZELLA, *Impiegati assenteisti, è truffa ma non sempre falso in atto pubblico*, in *dir. Giust.*, 2003, 15, 42.

⁽⁷⁾ Per una attenta analisi del tema cfr. Cass., sez. V, 26 settembre 2006, Randazzo, in *Foro it.*, 2006, II, 642; Qualifica, invece, diversamente la condotta Cass., sez. V, 3 giugno 2005, Flavio, in *CED Cass.*, 232433 che ritiene come la falsa attestazione della propria presenza in ufficio da parte di un pubblico dipendente, posta in essere mediante fraudolenta timbratura del cartellino, in quanto commessa da soggetto che, pur investito di qualifica pubblicistica, agisce come privato, non integra il reato di falso ideologico in atto pubblico commesso da pubblico ufficiale ma quello di falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico, con conseguente configurabilità anche dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 9 c.p. *Conforme*: Cass., sez. V, 9 ottobre 2002, Marchese, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, 3138 la quale esclude che possa ritenersi integrato il delitto di falsità ideologica in atto pubblico di cui all'art. 479 c.p. nella condotta del pubblico dipendente il cui rapporto di lavoro sia stato privatizzato, qualora attesti un orario d'ingresso non veritiero nel foglio di presenza dell'ufficio. Vedi anche Cass., sez. V, 9 ottobre 2002, Bua, in *Riv. pen.*, 2003, 873 la quale asserisce che non integra gli estremi del reato di falso in atti pubblici di cui all'art. 479 c.p., l'annotazione di un falso orario sul registro delle presenze da parte di due impiegati dell'ufficio delle imposte dirette, in quanto difetta in tali annotazioni il requisito di atto pubblico essendo, le stesse, rilevanti solo a fini retributivi e non del regolare svolgimento di una pubblica funzione"; Cass., St., U. 16 novembre 1988, Sariconi, in *Giur. it.*, 1989, II, 349 la quale ritiene che gli atti e, più in generale, i documenti che provengono da pubblici funzionari non acquistano carattere pubblico quando non siano esternazione delle competenze istituzionali dei soggetti che li hanno formati, quando, cioè, questi li abbiano posti in essere completamente al di fuori dell'ambito istituzionale, che caratterizza di regola la loro posizione; avvalendosi l'Enel, ente pubblico, per lo svolgimento della sua attività sia di strumenti propri del diritto pubblico sia di strumenti giuridici apprestati dal diritto privato, come i contratti di lavoro dei suoi dipendenti, ne consegue che i documenti diretti a certificare l'attività svolta dai dipendenti stessi, nell'esercizio dei loro compiti di istituto e ai fini del loro diritto alla retribuzione, sono da ritenersi scritture private, per le quali non è configurabile il delitto di falso ideologico. In dottrina v. PEZZELLA, *Il cartellino del "travet" non è atto pubblico. Enti, la pausa caffè dei dipendenti è salva. Sì alla tesi minoritaria. Contratti non privatizzati, ancora dubbi*, in *Dir. giust.*, 2006, 22, 88.

porto di lavoro dei dipendenti pubblici, gli atti che sono effettiva espressione della pubblica funzione e/o del pubblico servizio che tendono a conseguire gli obiettivi dell'ente pubblico, da quelli strettamente attinenti alla prestazione di lavoro, aventi, perciò, esclusivo rilievo sul piano contrattuale e non anche su quello funzionale.

Detto altrimenti, premesso che secondo la costante giurisprudenza della Cassazione il concetto di atto pubblico, agli effetti delle norme sul falso documentale, è più ampio rispetto a quello che si desume dal contenuto dell'art. 2699 c.c.. Esso, infatti, comprende non soltanto quei documenti che sono redatti con le richieste formalità da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, ma anche i documenti formati dal pubblico ufficiale o dal pubblico impiegato incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle sue funzioni, attestanti fatti da lui compiuti o avvenuti in sua presenza ed aventi attitudine ad assumere rilevanza giuridica. Da ciò consegue che, la falsa rappresentazione della realtà che viene documentata deve essere rilevante in relazione alla specifica attività del pubblico ufficiale. Ciò significa che la falsità deve investire un fatto che, in relazione al concreto esercizio della funzione o attribuzione pubblica, abbia la potenzialità di produrre effetti giuridici.

I reati di falso, pertanto, data la posizione giuridica dell'agente pubblico ufficiale hanno natura propria e richiedono, per la loro punibilità, uno stretto collegamento, tra il soggetto ed il bene, in virtù del quale la cura del bene medesimo è affidata al soggetto per essere quest'ultimo titolare di un potere pubblicistico certificativo ben individuato, attributivo di certezza pubblica.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha, da tempo, puntualizzato che atto pubblico è ogni scritto redatto da un pubblico ufficiale per uno scopo inerente le sue funzioni sottolineando, quindi, ancora una volta, l'aspetto funzionale della fattispecie che ne condiziona la stessa perseguibilità penale.

Tale ineludibile collegamento tra esercizio di funzioni pubbliche ed attività falsificatoria dei pubblici ufficiali non deve, pertanto, condurre ad annoverare nella nozione di atto pubblico, rilevante ai fini penali, attività attestative che, invece, appaiono collegate direttamente ed immediatamente ad istituti altrimenti riconducibili alla disciplina meramente privatistica che in tale ambito esauriscono la loro funzione di rilevanza attestativa.

Deve, allora, convenirsi che, in effetti, il cartellino marcatepo ed i fogli di presenza sono destinati ad attestare solo una circostanza materiale che inerisce il rapporto di lavoro tra il pubblico dipendente e la pubblica amministrazione, ed in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione (8). Il pubblico dipendente, in so-

(8) Sulla qualifica privatistica del dipendente pubblico cfr. Izzo, *Sugli atti pubblici una voce fuori dal coro. Tocca alle Sezioni unite scrivere il finale. Ecco la novità:*

stanza non agisce neppure indirettamente per conto della P.A., ma opera come mero soggetto privato, senza attestare alcunchè in ordine all'attività della P.A.⁽⁹⁾.

Nell'escludere, pertanto, che la condotta dell'indebito impiego del cartellino marcatempo potesse integrare gli estremi del delitto di falso ex art. 478 c.p., le stesse Sezioni Unite hanno, tuttavia, ritenuto opportuno rilevare che, laddove tali attestazioni del pubblico dipendente fossero recepite in atti della pubblica amministrazione a loro volta attestativi, dichiarativi o di volontà della stessa, detta condotta avrebbe eventualmente potuto rilevare ai fini del delitto di falso per induzione ai sensi dell'art. 48 c.p.

4. Il Tribunale del Riesame di Perugia, prendendo le mosse dal suggerimento fornito dalla Suprema Corte e ribadendo, comunque, che l'impiego del badge non è idoneo di per sé ad integrare il delitto di cui all'art. 479 c.p., ritiene comunque di aderire all'impostazione dell'accusa, sposando la tesi secondo cui la condotta censurata possa inquadarsi *sic et simpliciter* nell'ambito del falso per induzione in ragione della natura pubblicistica dell'impegno generale di spesa.

Sul presupposto che le retribuzioni dei pubblici dipendenti sono corrisposte automaticamente alla luce dell'impegno di spesa annuo deliberato all'inizio dell'anno solare e che tale impegno generale si presta ad essere modificato mensilmente attraverso le deliberazioni dirigenziali di spesa, il Collegio giunge sino ad affermare la natura amministrativa di questi deliberati. Non solo. Ma il Tribunale delle libertà riconosce a questi atti carattere costitutivo, in quanto tesi a modificare una deliberazione di spesa già assunta, innovando rispetto a quella che sarebbe stata la primigenia deliberazione.

L'ordinanza in esame si dilunga, inoltre, ad elencare tutti i fondamenti normativi dai quali è possibile argomentare, quale canone immanente al nostro ordinamento, la presenza di atti di rilevanza pubblicistica all'interno di rapporti di lavoro di natura privatistica.

Tra tutti viene annoverato l'art. 63 del d.lgs. 165/01 che ha devoluto al giudice ordinario le controversie in tema di rapporti di lavoro nel pubblico

conta l'ambito di rilevanza dell'atto falso, in *Dir. giust.*, 2005, 24, 30; GALDIERI, *Non integra falso ideologico in atto pubblico l'omessa marcatura della pausa sul cartellino - Riconosciuta la natura privatistica degli atti relativi alla prestazione lavorativa*, in *Guida dir.*, 2006, 25, 92.

⁽⁹⁾ Cfr. Cass., sez. V, 12 aprile 2005, Piano del Balzo, in *Dir. giust.*, 2005, 24, 32 la quale in materia di falso ideologico in atto pubblico, considera tale ogni scritto redatto dal pubblico impiegato o dal pubblico ufficiale per uno scopo inerente alle loro funzioni, anche quando si tratti di atti di corrispondenza, interna o esterna: ciò che rileva, infatti, è la provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni ed il contributo da esso fornito ad un procedimento della p.a.

impiego “ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti”.

In ragione di questa disposizione normativa, il Tribunale del Riesame ritiene, dunque, di dover rigettare l'istanza di riesame avanzata dal difensore dell'indagato, confermando la misura cautelare in essere. E, a conclusione delle proprie argomentazioni, afferma che “non è di per sé impossibile concludere, attesa la previsione normativa in parola, che il provvedimento denominato delibera dirigenziale di spesa altro non sia che un atto amministrativo presupposto sotteso alla deliberazione della busta paga e che, quindi, la sua natura pubblicistica permette di ritenere integrato il delitto di falso in atto pubblico per induzione in errore”.

Il Collegio, infine, sgombrando il campo da qualunque dubbio, si spinge ad affermare con forza che la deliberazione generale di spesa avrebbe sicuramente natura pubblicistica, tenuto conto che, tale atto, pur destinato a produrre effetti sul rapporto di servizio del dipendente, è tale da incidere anche sulle finanze dell'Ente, rientrando, pertanto, nelle procedure di contabilità dell'Azienda Ospedaliera che, in quanto tali, sono procedure di diritto pubblico e gli atti che in sequenza compongono quelle procedure sono atti amministrativi.

Il Tribunale, quindi, ritiene di doversi scostare in modo netto dalla pronuncia a sezioni unite della Suprema Corte, affermando la configurabilità, nel caso di specie, del delitto di falso in atto pubblico per induzione in errore in forza del ritenuto carattere pubblicistico della deliberazione dirigenziale di spesa.

Il ragionamento del Collegio, tuttavia, articolato nei termini che precedono, finisce per avvitarci su sé stesso, prigioniero di una contraddizione di fondo che irrimediabilmente ne frustra la tenuta logica.

Da un lato, infatti, si dà correttamente atto che, ai fini della configurabilità del falso per induzione, l'atto adottato a seguito della induzione stessa non deve afferire al rapporto di lavoro in quanto di matrice privatistica, dall'altro, poi, finisce per considerare atto pubblico esulante lo schema privatistico, la deliberazione dell'ente, determinativa del compenso del dipendente. Il Tribunale delle libertà non si avvede che, invece, quell'atto, per la finalità che persegue, è direttamente correlato proprio al rapporto di lavoro, attenendo alla commisurazione del corrispettivo a prescindere dalla sua eventuale e comunque lata qualifica pubblicistica.

Posta allora la incontrovertibile connessione tra quella deliberazione ed il corrispettivo, ponendosi la prima come antecedente fattuale necessario rispetto al secondo, ciò risulta preclusivo di ogni considerazione ulteriore tesa ad accreditare la deliberazione stessa come atto prescindente lo schema privatistico.

Anche ammessa la condivisibilità in astratto dell'assunto posto a sostegno della motivazione dell'ordinanza in parola, esso andrebbe comunque riportato al rapporto cui la deliberazione di spesa stessa inerisce.

E' allora evidente che, la delibera dirigenziale di spesa, essendo strumentale alla determinazione del corrispettivo ed attenendo di conseguen-

za al rapporto di lavoro di matrice privatistica, non può, solo per questo, porsi come dato fondante la ipotesi del falso in atto pubblico per induzione a seguito di illecite prospettazione del dipendente e ciò a prescindere dal se quel documento conservi o meno, ad altri fini, connotazioni di matrice pubblicistica.

Se, peraltro, la delibera dirigenziale di spesa si pone come strumentale alla determinazione del compenso, ed in ciò esaurisce quindi il suo ruolo, appare di difficile individuazione la asserita matrice pubblicistica paventata dal Collegio. Tanto più che, proprio stando all'*iter* procedimentale così come ricostruito dal Tribunale del Riesame, la delibera dirigenziale di spesa non riveste contenuto attestativo, dichiarativo o di volontà dell'ente, bensì quasi come una sorta di presa d'atto.

In sintesi, l'Ente, preso atto dei dati forniti dall'orologio marcatempo, su di essi determina l'orario lavorativo sia per quanto attiene ai corrispettivi, che ad eventuali ore lavorative in meno rispetto al numero minimo, da recuperarsi successivamente ad opera del dipendente.

Né significativi spunti *a contrario* appaiono inferibili, come invece vuole il Tribunale del Riesame, dal contenuto della disposizione di cui all'art. 63 Dlgs. n° 165/01.

A ben vedere, infatti, la normativa posta ad avallo della tesi sostenuta dall'ordinanza in commento, non offre argomenti in tal senso.

Anzi, attraverso di essa il legislatore si è invece premurato di evidenziare esattamente l'opposto. Attribuendo al giudice ordinario le controversie in tema di pubblico impiego altro non ha fatto che ribadire come, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, gli eventuali atti amministrativi presupposti perdono la propria connotazione allorquando essi sono inseriti nello schema privatistico.

Di conseguenza, le deliberazioni adottate dall'Ente, a prescindere dalla loro qualificazione, non integrano il delitto di falso per induzione, inerendo comunque al rapporto di matrice privatistica (10).

A sostegno di tali brevi notazioni ci si limita solo a far rilevare come la suprema Corte, investita della questione relativa alla fattispecie in esame, ha accolto la tesi difensiva, annullando l'ordinanza del Tribunale del Riesame.

Solo all'esito dell'attenta lettura della motivazione della pronuncia, potremo riuscire a valutare correttamente la tesi esegetica del Collegio.

LAURA FILIPPUCCI

(10) A fini di completezza espositiva sul tema v. anche CANTAGALLI, *Falso ideologico del privato in atto pubblico ed indebita percezione di erogazioni dal Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia mediante l'esposizione di dati e notizie falsi: concorso apparente di norme o concorso formale di reati ?*, in *Cass. pen.*, 2003, 5, 501.

G.U.P. TRIBUNALE DI ORVIETO – 20 giugno 2006 – *Est.* Tafuro – M.S. ed altri.

Concorso di persone nel reato – Contributo causale del concorrente – Sussistenza – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – Presupposti (c.p. artt. 110, 116, 582, 583, 605, 628 c.p.).

Colui che si sia limitato a svolgere la funzione di mero autista dei partecipanti ad una rapina, accompagnandoli sul posto, attendendoli e fuggendo con gli stessi, risponde, oltre che di concorso in rapina pluriaggravata, dei reati che gli altri partecipanti abbiano posto in essere anche quando siano consistiti nel compimento di atti di gratuita violenza (1).

(*Omissis*). 1. Con richiesta in data 11.04.2006, la Procura della Repubblica in sede, in persona del dr. Calogero Ferretti, instava per il rinvio a giudizio, ex artt. 405, 416 e 417 c.p.p., di M. S., T. S., D. I., T. M. R., N. F. e M. G. M. dinanzi al Tribunale di Orvieto, in sede collegiale, per rispondere tutti A) di concorso di persona in rapina pluriaggravata (artt. 628, commi 1 e 3 nn. 1 e 2, 61 nn. 4,5 e 7 e 110 c.p.), per essersi impossessati, agendo in concorso tra di loro, i primi tre quali autori materiali del fatto, il quarto, per aver trasportato i complici prima e dopo la rapina, assumendo il ruolo di palo durante la consumazione della stessa, il quinto e la sesta, agendo come basisti, per aver fornito loro informazioni determinanti per la riuscita della rapina, prestando attività comunque agevolatrice (partecipazione ad attività ricognitiva del luogo e fornitura di schede telefoniche, calzamaglie, nastro adesivo e cacciavite), in danno dei coniugi M. G. e C. L. e del figlio M. A., della somma di 50/60.000,00 €, di orologi in oro e di altri preziosi, che sottraevano dall'abitazione dei predetti, agendo in numero di più persone, nottetempo e con il volto travisato ed adoperando sevizie ed agendo con crudeltà verso le stesse; B) di concorso di persona in sequestro di persona aggravato (artt. 605, 61 nn. 2,4 e 5 110 e 112 nr. 1 c.p.), per aver privato, agendo in concorso tra di loro, M. G., C. L. e M. A. della libertà personale, legandoli alle sedie ed imbavagliandoli con nastri adesivi, al fine di consumare il reato di rapina ed assicurarne il prodotto durante la fuga, adoperando sevizie ed agendo con crudeltà verso le persone; C) di lesioni pluriaggravate (arti 582, 583 nn. 1 e 2, 585, 1° comma in relazione agli artt. 576 n. 1 e 61 n. 2 ed agli artt. 577 n. 4 e 61 n. 4 e 585, 1° e 2° comma, 61 n.,5 e 110 e 112 n. 1 c.p.), per aver cagionato a M. G., C. L. e M. A. lesioni personali al fine di consumare il reato di rapina aggravata, facendo, tra l'altro, uso di un cacciavite per colpire alla testa M. G.). In Montegabbione il 03.04.2005. Con la recidiva specifica, reiterata ed infraquinquennale per il primo.

2. In sede di udienza preliminare, che si protrae per due sole udienze, D. I., T. M. R. e M. G. M. chiedevano, per il tramite dei loro legali, di essere giudicati con il rito abbreviato puro, rito che veniva ammesso trattandosi di un diritto degli imputati.

A causa della sopravvenuta incompatibilità a decidere, veniva effettuato lo stralcio per le restanti posizioni processuali di M. S., T. S. e N. F., per le quali veniva designato, quale giudice competente a decidere, la collega dr.ssa Maria Pia Di Stefano, con udienza fissata per il 26.09.2006.

All'esito le parti rassegnavano le proprie conclusioni come trascritte in epigrafe.

3. Il contesto documentale e probatorio depone per la dichiarazione della responsabilità penale di D. I., T. M. R. e di M. G. M. per tutti i reati contestati, compreso il sequestro di persona da ritenere non assorbito nel reato di rapina, e come chiesto dalla difesa dei prevenuti, e ciò per i seguenti motivi in fatto ed in diritto:

3a. preliminarmente deve procedersi alla ricostruzione della dinamica della rapina, sulla base delle indagini di servizio effettuate dai C.C. del N.O.R. di Orvieto e Terni; dei riscontri tecnici effettuati dal reparto Investigazioni Scientifiche di Roma; dei testimoni presenti all'accadimento dei fatti e delle ammissioni, solo parziali, dei prevenuti, anche se intervenute in sede di spontanee dichiarazioni e non anche di interrogatori di garanzia.

La rapina accade il 03.04.2005, h. 03,30 circa, allorché un gruppo di tre persone, travisate con calzamaglia nera, entra, forzando con un cacciavite una finestra posta nel seminterrato, nella villa della famiglia M., sita in Montegabbione, via xxxx. Entrati, i tre si portano, salendo le scale, al 2° piano, dove rovistano la camera di M. E., non presente; aggrediscono, nel sonno, M. A., con pugni e calci e lo trascinano, per i capelli, sino alla camera dei genitori, indi si avventano sui coniugi M. G. e C. L., ponendo in essere un cruento pestaggio soprattutto nei confronti di M. G., che colpiscono alla testa con il manico di un cacciavite lungo circa 30 cm. Legano, di poi, i tre alle sedie, con le mani dietro la schiena, utilizzando cinture da pantaloni, indumenti vari e nastro adesivo. La rapina frutta danaro oscillante tra i 50.000,00 € ed i 60.000,00 €, orologi d'oro e gioielli vari, rinvenuti in parte addosso alle parti lese ed in parte nei cassetti delle camere, mentre non veniva rinvenuta, pur richiesta, la cassaforte, contenente, in quel momento, somme considerevoli. Alla fine spengono la luce e si danno alla fuga, approfittando di un complice all'esterno ed alla guida di una macchina, disfacendosi, nel percorso di ritorno, delle calzamaglie e dei guanti adoperati (elementi questi raccolti dai C.C. a distanza di circa 1 Km. dalla villa, repertati e trasmessi al R.I.S. di Roma, per, poi, fungere da parametro rispetto al D.N.A. degli indagati).

3b. In sede di indagini, si acquisiva la notizia che talune persone avevano notato, nei pressi dell'abitazione della famiglia M. e tra le h. 02,00 e le h. 02,40 del 3 aprile, una Volkswagen Golf, vecchio tipo, targata AN che era da ricondurre alla Volkswagen Golf, tg xxxx, intestata a B. V., nato a Dolesti il 22.09.1974 e residente a Foligno, di cui si chiedevano di acquisire i tabulati telefonici relativi alla utenza telefonica xxxxx, a lui intestata, con decorrenza dal gennaio 2005.

Sempre in detta sede, fonte confidenziale riferiva che la rapina era stata perpetrata da un gruppo di tre uomini, di origine rumena, coadiuvati sul posto da un loro connazionale, tale F., e da un cittadino albanese, di nome L., che erano stati entrambi alle dipendenze della famiglia M. come tagliaboschi e, come tali, a conoscenza delle loro abitudini. In particolare la fonte riferiva che il 02.04, il F. era stato visto, in compagnia di due uomini e di una ragazza, effettuare un sopralluogo nei pressi della famiglia M. e che di questi tre era certa l'identità della donna, individuata in M. G. M., e l'identità di uno degli uomini, S., fratello della donna, mentre il F. veniva identificato in N. F. ed il L. in N. E.. In relazione a dette notizie, si richiedeva il servizio di intercettazione telefonica sulle utenze cellulari e fisse di M. G. M. e di N. F.

Seguiva un primo riscontro, di grandissima rilevanza, effettuato dal R.I.S. di Roma, sezione Biologia, che, grazie ad un mozzicone di sigaretta, marca multifilter, fumato dalla M. ed opportunamente repertato dai C.C., consentiva di accertare una elevata affinità genetica tra il profilo genetico della donna ed il profilo maschile ignoto di cui al reperto nr. 8 (i tre passamontagna recuperati nella vicinanza della Villa M., aveva portato a tre diversi reperti contraddistinti dai nr. 7,8,e 9, vedasi folii106, 109 e110), tanto da rendere verosimile la circostanza che trattavasi di fratelli naturali. Cfr. accertamento del R.I.S. a fogli 134, 137e 138.

Di qui un primo risultato dell'indagine, che portava a M. G. M., N. F., detto F., e N. E., detto L.: la prima, pur non partecipando materialmente all'azione delittuosa, aveva avuto un ruolo importante nell'organizzazione della stessa, volta a garantire l'impunità degli autori del reato; il secondo era stato il basista dell'operazione, fornendo informazioni sulla villa e sulle abitudini dei suoi occupanti; il terzo, infine, legato sentimentalmente alla M., ne aveva coordinato le azioni.

A fronte della richiesta dei C.C., finalizzata all'ottenimento di una misura cautelare nei confronti dei predetti, la Procura della Repubblica in sede richiedeva ed otteneva la misura della custodia cautelare in carcere nei soli confronti di M. G. M. e di M. S., fratello della donna e risultato, di poi, latitante.

M. G. M. rendeva una doppia deposizione dei fatti, di cui la prima in sede di spontanee dichiarazioni ai C.C. in sede di arresto, mentre la seconda in sede di interrogatorio di garanzia. In sede di spontanee dichia-

razioni(?), riferiva che a commettere la rapina in danno della famiglia M. erano stati in cinque, e cioè il fratello M. S., un amico dello stesso di nome S., un comune amico di nome F., abitante in Montegabbione, Frazione Faiolo, e due rumeni venuti da Roma e chiamati da S. e che ad entrare in casa dovevano essere il S., il M. S. ed uno dei rumeni venuti da Roma, e precisamente quello che non guidava mentre l'altro sarebbe rimasto in macchina ad aspettare. (Cfr. folio 38, fascicolo contro noti). A ciò aggiungeva, ed in sede di interrogatorio di garanzia, che il S. era da identificare in T. S., che riconosceva in foto unitamente al fratello M. S., e che uno dei rumeni che veniva da Roma e che era rimasto alla guida della macchina, era da identificare in T. M. R., che riconosceva in fotografia specificando di aver offerto supporto logistico alla banda, accompagnandoli in zona per effettuare un primo sopralluogo ed ospitando a casa, la sera prima del fatto, il fratello e l'amico S., il tutto in cambio della somma di 2000,00 €, promessa anche a lei.

3c. A seguito delle dichiarazioni rese da M. G. M. e del controllo incrociato del traffico telefonico intercorso, tra l'altro, tra M. S. e T. M. R., si identificavano altri tre del gruppo e cioè N. F. (che aveva agito come basista, fornendo le indicazioni sulla famiglia M. utili per la rapina), T. S. (amico di S. e che aveva partecipato all'irruzione nell'abitazione) e T. M. R. (che aveva assolto alle funzioni di palo, rimanendo in macchina e garantendo la fuga ai suoi complici), per i quali veniva richiesta e disposta la misura della custodia cautelare in carcere, misura che veniva eseguita nei confronti del solo T., risultando gli altri due latitanti.

Anche per il T. una doppia versione dei fatti, di cui la prima resa ai militari nel corso della esecuzione della misura, mentre la seconda in sede di interrogarlo di garanzia. In sede di esecuzione della misura, il prevenuto ammetteva di aver partecipato alla rapina, anche se come autista della Volkswagen Golf, tg xxx, di proprietà del padre T. I., unitamente ai due S. (M. S. e T. S.) e ad un amico di Roma, anch'egli rumeno, tale D. I., del quale forniva le caratteristiche psicosomatiche, ricevendo, in cambio della sua partecipazione, la somma di 5000/6000,00 €. In particolare ricorda che la sera antecedente la rapina, lo stesso, in compagnia del D., aveva raggiunto i due S. a Città della Pieve, dove, presa anche la ragazza, si erano recati in un paese vicino, dove avevano trovato un connazionale e cominciato a parlare della rapina in danno della famiglia M., che si diceva possedere ingenti somme di danaro; indi, riaccompagnata la ragazza a Città della Pieve, avevano portato a termine il colpo nelle prime ore del giorno. Diversamente da dette ammissioni, in sede di interrogatorio di garanzia, protestava la sua innocenza, spiegando di essere stato minacciato per accompagnare il gruppo a casa M. e per venirlo a riprendere, ricevendo, in cambio, 4500,00 € a titolo di spese.

3d. Sulla scorta, da ultimo, di quanto raccontato dal T., i C.C. di Terni procedevano al fermo di P.G. di D. I., indicato dai T. come il quarto elemento del gruppo, provvedendo in detto contesto a repertare un mozzicone di sigaretta, marca Malboro, fumata dal D., sulla base del quale il R.I.S. accertava una perfetta compatibilità tra il profilo genetico, del D. ed il profilo genetico maschile ottenuto dal reperto nr. 9 (Cfr. folli 371,372 e 373), in guisa da concludere che le tracce biologiche rinvenute sul collant da donna nr. 9 erano da riferire, al di là di ogni ragionevole dubbio, a D. I.. Su detti elementi probatori, la Procura richiedeva ed otteneva l'adozione, anche per il D., della custodia cautelare in carcere.

In sede di interrogatorio di garanzia, il prevenuto ammetteva gli addebiti, spiegando di aver accompagnato il T. in Città della Pieve, dovendosi limitare, almeno inizialmente, a far compagnia allo stesso in macchina, rimanendo fuori della villa. Aggiungeva che la sera che precedette il fatto, fu effettuato un sopralluogo sul posto da parte del gruppo d'azione, composto dallo stesso, da M. S., T. S., T. M. R. e M. G. M., allo scopo di incontrare N. F., il basista che ebbe a fornire indicazioni sulla composizione dell'abitazione, sulla dislocazione dei locali e sull'esistenza della cassaforte, e che, accortosi al momento del fatto, della presenza in casa, oltre che dei coniugi M., anche del figlio A., fu costretto anche lui ad entrare in casa insieme ai M. S. e T. S.. Entrati in casa, lui ed il M. S. si occuparono di A., che fu colpito con pugni e calci dal M. S. stesso, mentre il T. S. si occupò prima dell'appartamento dei coniugi M. e poi dei coniugi stessi, colpendo, più volte, M. G. con un cacciavite alla testa. Il frutto della rapina, indicato in 45.000,00 €, fu diviso in un albergo di Firenze tra il M. S. ed il T. S., che presero 15.000,00 € ciascuno, mentre il residuo di 15.000,00 € diviso tra lui ed il T. M. R., dopo di aver lasciato 500,00 € ciascuno al M. S. per il "disturbo" della sorella.

Da rilevare che l'interrogatorio del D., ed in particolare la trascrizione dello stesso, è di particolare pregnanza per la posizione di M. G. M., spiegandone il ruolo nella intera operazione.

Da ultimo il quadro può completarsi con le informazioni rese dalla parte offesa M. G.: dei tre malviventi, ve ne era uno che parlava bene l'italiano (D.), che dava ordini agli altri due e che dava pugni e calci, come gli altri, colpendo con maggiore ferocia. Lui, la moglie ed il figlio vennero, dopo la rapina, legati alle sedie ed imbavagliati con del nastro adesivo, per assicurarsi l'allontanamento indisturbato, ed a fronte della invocazione di A., che li supplicava di non infierire sullo stesso, in quanto operato di tumore ed ancora convalescente, uno di tre (T. S.) ebbe una reazione molto adirata e lo colpì violentemente alla testa con il manico di un grosso cacciavite, procurandogli un grosso ematoma alla testa che lo fece svenire.

4. In detto contesto, e venendo alle posizioni da giudicare, non è dato dubitare, ad avviso di questo giudice, della responsabilità penale di D. I., T. M. R. e M. G. M. in ordine a tutti i reati loro contestati, anche se le posizioni sono da differenziare in ordine alla pena, avuto riferimento al ruolo avuto dagli stessi nella dinamica dei fatti.

Quanto al D., lo stesso è sostanzialmente confesso, avendo spiegato, in sede di interrogatorio di garanzia, la dinamica dei fatti così come ebbero a svolgersi, anche se è in parte reticente sul ruolo avuto nella rapina stessa e sul pestaggio provocato alla famiglia M. (ricordiamo che a dire di G. M. era lui, che parlava bene l'italiano, che dava ordini agli altri due e che partecipò al pestaggio della famiglia, unitamente agli altri due, ma con maggiore ferocia), il tutto nel conforto dei riscontri effettuati dal R.I.S., che, muovendo da un mozzicone di sigaretta "marlboro light" fumata dal prevenuto, aveva modo di accertare la perfetta compatibilità tra il profilo genetico del D. ed il profilo genetico maschile del reperto n. 9, in guisa da individuare nel D. uno dei tre che era entrato in casa, travisato dal passamontagna. Cfr. folli 371, 372 e 373.

Da ricordare che ad entrare in casa furono adunque, oltre al D., anche M. S. e T. S.

Stessa cosa è da dirsi per T. M. R., amico del D., che accompagnò i tre sul posto con la sua autovettura e che li attese fuori, portandoli, a rapina avvenuta, a Firenze, dove venne effettuata la divisione del bottino.

Naturalmente c'è da dire che la decisione di consumare la rapina non è sua, quanto piuttosto di M. S. e di T. S.; e che il suo ruolo di autista se lo chiama a rispondere di quanto i tre ebbero a commettere all'interno (rapina pluriaggravata, sequestro di persona e lesioni aggravate), certamente lo esonera, anche se dal punto di vista solo morale, dalle violenze anche gratuite che i tre ebbero a porre in essere nei confronti della famiglia M. In questo senso deve essere letto il tentativo di scaricarsi di parte della responsabilità, dicendo, in sede di interrogatorio di garanzia, di essere stato minacciato e, come tale, costretto ad accompagnarli, minacce che appaiono inveritiere se si considera che di queste non si parla né in sede di annotazione di polizia giudiziaria (cfr. folio 340) né ne parla l'amico D. La verità è che lo stesso fu contattato dal M. S. e dal T. S. per la rapina proprio perché munito di autovettura e, come tale, non rifiutò né prima né poi il suo apporto, prendendo parte, all'esito, anche alla spartizione del bottino, anche se in compagnia del D.

Più problematica appare la posizione di M. G. M., che deve essere comunque chiamata a rispondere di quanto contestatole sulla base dell'apporto, comunque operativo, che ebbe a fornire alla buona riuscita dell'impresa.

Sappiamo che certamente non è sua l'idea della rapina, tanto che il fratello la rimproverò per non avergli segnalato la presenza, in zona,

di quella famiglia, che, a dire del N., aveva molto danaro in cassaforte.

Acconsente, però, ad accompagnare il fratello e l'amico S. a Montegabbione per un sopralluogo sul posto, contribuendo, unitamente a N. F., a spiegare le abitudini della famiglia M., che conosceva per il tramite del fidanzato L, e partecipando alle modalità operative della rapina stessa. In quest'ottica fu lei che, ritornata a Città della Pieve, ebbe a fornire ai tre le calze da donna, che gli stessi usarono per travestirsi, ed il cacciavite e lo scotch, che dovevano servire per forzare l'apertura di dietro della casa M. e per legare i componenti della famiglia stessa, e questo dopo aver consentito il pernottato, a casa sua, del fratello e dell'amico S., dopo che in loro s'era già fatta strada l'idea della rapina. Il quadro è completato dalla sua partecipazione anche alla spartizione del bottino, lasciando a il D. e il T. 500,00 € ciascuno nelle mani del S. e siccome destinate alla sorella G. M.

Questo in fatto.

In diritto, non è in discussione la compartecipazione alla rapina ed ai suoi sviluppi (sequestro di persona e lesioni) oltre che del D., in quanto facente parte del gruppo che entrò in casa, anche del T., come autista dell'operazione, e di M. G. M., in considerazione dell'apporto comunque fornito all'organizzazione della rapina, anche se di questo deve tenersi conto in sede di irrogazione della pena. (*Omissis*).

(1) La vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale di Orvieto, concernente una rapina sfociata nella realizzazione dei reati di lesioni personali e di sequestro di persona a danno delle vittime della stessa, vede il convergere dell'azione di più soggetti delineando i paradigmi delle diverse tipologie di concorrenti nel reato.

Alla tipologia per eccellenza di esecutori materiali, ovvero a coloro che realizzano la condotta tipica descritta dalla norma incriminatrice, si affiancano il basista e l'agevolatore, risultando infine il quadro completato dalla figura del cosiddetto "palo" il quale, secondo l'immagine di reminiscenza manualistica, attende i rapinatori in macchina fuori della casa delle vittime pronto a fuggire non appena i complici avranno terminato l'azione delittuosa.

Se il primo modello di esecutore materiale risulta di agevole inquadramento, più complessa si rivela la verifica della tipicità del contributo del mero agevolatore, ovvero di colui che non realizzi materialmente il fatto tipico limitandosi a porre in essere una condotta accessoria a quella degli esecutori materiali. Tale indagine è questione avvertita come «problematica» anche dal giudice del merito il quale tuttavia, sebbene metta in luce come nella specie fosse stato offerto un sostegno alla realizzazione dei fatti contestati, non si addentra nell'indagine sulla efficienza causale dello stesso.

Invero la disciplina codicistica ispirata – come parrebbe emergere dai lavori preparatori del codice - alla teoria condizionalistica postula un accertamento causale che sembrerebbe seguire i dettami degli artt. 40 e 41 c.p. (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, Roma, 1929, 165). Si tratta di assunto d'altronde messo in risalto e confermato recentemente dalle sezioni unite della Corte di cassazione ad avviso delle quali il contributo penalmente rilevante è soltanto quello che abbia esplicato una efficacia eziologia (Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732).

Tuttavia, come è noto, una spiegazione della tipicità concorsuale che si risolva nella applicazione degli schemi della *condicio sine qua non* risulterebbe troppo angusta implicando l'atipicità di tutti quei contributi eziologicamente indifferenti. Ecco allora il tentativo di ricostruire i margini della tipicità impiegando altri schemi e, nella esigenza di non tradire l'indicazione codicistica, di tradurre quelli che *prima facie* si palesano quali contributi materiali in altrettanti contributi morali. Si tratta di una conversione che sembra rispondere all'opportunità di una più facile applicazione del criterio condizionalistico data l'impossibilità di ricorrere a spiegazioni nomologiche dei nessi psichici ed il soccorrere in luogo di queste di meno afferrabili massime d'esperienza (nel senso della possibilità di spiegare anche la causalità psichica ricorrendo a leggi scientifiche STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazioni causali nel diritto penale*, Milano, 1975, 102 ss. Di contro sostiene l'abbandono del criterio condizionalistico e l'impiego di giudizi di tipo prognostico: ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 416 ss. In questo senso in giurisprudenza: Cass., sez. V, 18 novembre 2003, B. in *Cass. pen.*, 2004, 1973; Cass., sez. I, 17 febbraio 1999, Doronzo, *ivi*, 2000, 1588). Sulla necessità di ricorrere, nello spiegare la causalità psichica a massime d'esperienza: CERQUETTI, *Gli elementi descrittivi della fattispecie penale*, Perugia, 2002, 38 ss.). Qualora il contributo apparentemente atipico, nel caso di specie consistito nella condotta di colei che fornisce vitto ed alloggio ai rapinatori, oltre ad informazioni logistiche, non risulti condizionalistico *strictu sensu*, occorrerà verificare che esso si traduca o meno in un apporto di tipo morale. In ogni caso sebbene gli strumenti di accertamento non possano che assumere fattezze diverse dato il confrontarsi con una realtà non materialmente percepibile, l'indagine in ordine alla presenza di un contributo penalmente rilevante dovrà rispondere alla logica condizionalistica (nel senso che "in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di

precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà": Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, P.G. in proc. A. ed altro, in *Cass. pen.* 2004, 811 ss).

La sentenza in epigrafe lascia adito anche ad un'altra considerazione; la mancata partecipazione alla esecuzione materiale dei reati da parte di taluni concorrenti impone all'interprete di verificare con particolare attenzione la presenza in capo agli stessi di un dolo concorsuale che copra l'intera dinamica dei fatti. Quest'ultimo potrebbe ad esempio difettare nel fatto di colui che si limiti a svolgere la funzione c.d. di "palo", tanto è vero che l'immagine di tale concorrente che non partecipa attivamente all'esecuzione della condotta tipica, trovandosi anche dal punto di vista spaziale lontano dal luogo in cui questa si realizza, viene generalmente assunta a paradigma della tipologia concorsuale del c.d. concorrente anomalo, ovvero di colui che offra il proprio contributo alla realizzazione di un fatto che si rivelerà difforme rispetto a quello oggetto del preventivo accordo.

Quand'anche l'esito dell'accertamento appaia scontato (a riguardo il giudicante si limita ad affermare che il ruolo di autista chiama l'imputato a rispondere di quanto gli altri concorrenti ebbero a commettere all'interno dalla casa esonerandolo soltanto dal punto di vista morale dalle violenze anche gratuite perpetrate nei confronti delle persone ivi presenti) la differenziazione tra i due modelli di concorrente nel reato che emergono dagli artt. 110 e 116 c.p. imporrebbe comunque di motivare in ordine alla sussistenza del dolo, anche nella sua forma più lieve, rispetto ai reati materialmente realizzati dagli altri concorrenti.

Questa puntualizzazione non è soltanto volta a cogliere le diverse sfumature dei vari apporti concorsuali nell'ottica di una gradazione della pena, tenuto conto che il legislatore ha previsto un trattamento più blando per coloro che vollero un reato meno grave. Invero la delineazione dei profili della figura del c.d. concorrente anomalo è anch'essa attività attinente alla individuazione della tipicità concorsuale avendo - come noto - la Corte costituzionale, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, ristretto la portata dell'art. 116 c.p. con l'effetto che, fermo restando un accertamento della tipicità oggettiva sempre ispirato al canone condizionalistico, qui ancor più evidente dato l'impiego della formula "se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione", il giudice è chiamato alla verifica di un particolare nesso psichico, ovvero che "il reato diverso più grave commesso dal concorrente debba potersi rappresentare alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi dei fatti umani, come lo sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto" (Corte cost., 13 maggio 1965, in *Riv. pen.*, 1965, II, 598; sull'argomento inoltre: INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 cod. pen.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1978, 1489; DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per*

fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 175).

Pertanto qualora non si dovesse riscontrare una effettiva rappresentazione, anche in termini meramente probabilistici, dell'intera dinamica dei fatti da parte di coloro che non eseguano materialmente gli stessi, il richiamo all'art. 116 c.p. potrebbe addirittura condurre ad una esclusione della tipicità concorsuale nell'ipotesi in cui non si ravvisi nemmeno un nesso psichico di diversa natura che legghi uno dei concorrenti con il fatto realizzato dagli altri.

MARIA CHIARA BISACCI

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 2 luglio 2007 – *Est.* Matteini – S.

Misure di sicurezza patrimoniali – Confisca – Bene sottoposto a sequestro preventivo – Bene costituente prezzo di reato – Sussistenza del reato – Confiscabilità del bene (c.p., art. 240).

In tema di corruzione, la somma percepita dal pubblico ufficiale costituisce “prezzo del reato” quando sia stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell'azione illecita. Di conseguenza, per quanto riguarda il bene costituente “prezzo del reato”, già sottoposto a sequestro preventivo, costituisce presupposto per la confisca dello stesso l'accertamento dell'esistenza del reato nei suoi elementi soggettivi ed oggettivi in quanto trattasi comunque di un bene strettamente collegato al reato, e che ha determinato o istigato l'autore alla commissione dello stesso. (Fattispecie nella quale è stata rigettata l'istanza di dissequestro di somme di denaro costituenti prezzo del reato di corruzione, in quanto ritenute beni confiscabili) (1).

(*Omissis*) Oggetto dell'istanza avanzata dall'Avv.to Andrea Fares, nelle qualità sopra indicate, sono i conti correnti n.15775.03 in essere presso l'Ag. n.70 di Roma della Banca di Roma a nome di S.R. e F.L., n.

5953.03 in essere presso l'Ag. n. 91 di Roma della Banca di Roma a nome di S. R., e n. 6530 in essere presso l'Ag. n.70 di Roma della Banca di Roma a nome di S.R. e F.L.; in particolare quelli tra i vari conti correnti intestati alla famiglia S. in Italia, già sottoposti a sequestro preventivo dal G.I.P. presso il Tribunale di Milano, e residuati al vaglio dei diversi giudici che si sono occupati nel tempo delle istanze di dissequestro e dei ricorsi al Tribunale del riesame da parte della difesa dello stesso S.

Si tratta pertanto di beni in riferimento ai quali in più occasioni è stato ritenuto il rapporto di pertinenzialità con le ipotesi criminose contestate all'indagato tanto da consentire il mantenimento del sequestro preventivo sul presupposto della possibilità di far conseguire a questo la confisca.

Dall'esame degli atti emerge chiaramente che ci si trova in presenza di una ipotesi di confisca ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 1, c.p. dal momento che gli accrediti sui conti correnti in oggetto altro non erano che il frutto di fittizie operazioni di borsa destinate a coprire i trasferimenti in Italia di somme depositate sui conti correnti esteri riferibili allo S. e costituenti il prezzo della corruzione contestata al predetto.

Al riguardo occorre ricordare che per "prezzo del reato" deve intendersi il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare taluno a commettere il reato (Cass., sez. un., 3.7.1996, Chabruì); da ciò deriva che in tema di corruzione la somma percepita dal pubblico ufficiale costituisce "prezzo del reato" ogni qualvolta sia stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell'azione illecita (vedi, al riguardo, Cass., sez. VI, 9 maggio 2001, n. 24143; Cass., 2 luglio 1998, Radaelli), situazione corrispondente a quella che si ritrova nella fattispecie in esame.

Chiarito tale aspetto attinente alla qualificazione giuridica dei beni attualmente sottoposti a sequestro, è necessario verificare quale è in concreto la portata del disposto di cui all'art. 323 c.p.p. nella parte in cui stabilisce che "con la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ancorché soggetta ad impugnazione, il giudice ordina che le cose sequestrate siano restituite a chi ne abbia diritto quando non deve essere disposta la confisca a norma dell'art. 240 del codice penale", tenuto conto del possibile sbocco del presente procedimento quale prospettato dalla difesa nell'istanza in oggetto in considerazione della ritenuta estinzione del reato per prescrizione.

Sotto tale aspetto è bene precisare che tale conclusione è solo prospettata dalla difesa ma in concreto a questo Ufficio non è ancora pervenuta alcuna richiesta da parte del P.M. a seguito della trasmissione degli atti alla Procura della Repubblica di Perugia sulla base della pronuncia della Corte di Cassazione del 30 novembre 2006 che annullava senza rinvio la sentenza della Corte di Appello di Milano del 2.12.2005, con la conseguenza che il relativo procedimento si trova ancora nella fase delle indagini preliminari.

In riferimento a tale fase e tenuto conto della qualificazione giuridica dei beni sottoposti a sequestro non vi sono sicuramente gli estremi per giungere ad un dissequestro degli stessi.

La prospettiva di chiusura del presente procedimento con un decreto di archiviazione per estinzione del reato per prescrizione, sulla base degli atti esaminati, risulta comunque essere concreta e da ciò deriva l'opportunità di verificare, sulla base della normativa vigente, quali sono le conseguenze della pronuncia di tale decreto sul sequestro preventivo in oggetto ed in relazione ad una possibile statuizione in ordine alla confisca dei beni già sottoposti a detta misura cautelare.

In primo luogo occorre precisare che l'espressione "è sempre ordinata la confisca" utilizzata nel comma 2 dell'art. 240 c.p. sta ad indicare una chiara situazione di obbligatorietà che si contrappone alla dizione "il giudice può ordinare la confisca" che, invece, si trova nel comma 1 del citato art. 240 c.p., con la conseguenza che al giudice viene preclusa una qualsiasi valutazione discrezionale nel disporre la confisca, quale misura di sicurezza patrimoniale, quando ci si trova in presenza di cose che costituiscono il prezzo del reato o di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato.

È evidente che la confisca obbligatoria cade su cose di per sé stesse caratterizzate da profili di pericolosità e ciò indipendentemente da una pronuncia di condanna in quanto è sufficiente che un reato sia stato materialmente commesso.

Questo principio è sancito dal disposto di cui all'art. 236 c.p. il quale al comma 2, tra varie statuizioni, prevede espressamente che alla confisca non si applica l'art. 210 c.p., da ciò segue che l'estinzione del reato non impedisce l'applicazione di detta misura, in particolare quando si tratta di confisca obbligatoria stante le caratteristiche proprie dei beni sui quali verte, come sopra evidenziato.

Ma il citato art. 240, comma 2, c.p. fa una ulteriore distinzione in relazione a dette caratteristiche tanto che per quanto attiene le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce di per sé reato prevede espressamente che deve procedersi alla confisca "anche se non è pronunciata condanna" con ciò ampliando l'obbligatorietà della confisca in presenza di qualsiasi formula di assoluzione e/o proscioglimento nel merito che possa incidere sulla sussistenza stessa del reato.

Diversa è la situazione per quanto riguarda il "prezzo del reato" per la cui confisca occorre evidentemente che sia accertata comunque l'esistenza del reato nei suoi elementi soggettivi ed oggettivi in quanto trattasi comunque di un bene strettamente collegato al reato per essere stato dato per determinare o istigare taluno alla commissione dello stesso.

In questa seconda ipotesi l'intervenuta estinzione del reato, in quanto

comunque sussistente e riferibile all'imputato, non può far venire meno l'obbligatorietà della confisca perché significherebbe lasciare nella disponibilità del reo proprio quel bene che lo ha determinato a delinquere con evidenti ripercussioni negative sotto il profilo della stessa pericolosità sociale.

Né può essere richiamata per giungere ad una diversa conclusione la sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite 25 marzo 1993 n. 5 in quanto detta sentenza, tra l'altro risalente nel tempo, ha avuto ad oggetto l'esame della confisca di cui all'art. 722 c.p. quale ipotesi particolare di confisca, esame che ha condizionato il suo pronunciamento per quanto attiene la previsione della condanna quale condizione per procedere all'applicazione di detta misura di sicurezza.

A tale proposito, infatti, deve osservarsi che l'art. 722 c.p. prevede espressamente la condanna al fine di applicare la confisca, condizione questa che non si ritrova nel disposto di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p. e che non può essere sottintesa perché dove la legge l'ha voluta indicare lo ha fatto in maniera esplicita come si rinviene nel comma 1 dello stesso articolo.

Recentemente la Corte di Cassazione è tornata sull'argomento con la sentenza della sez. I n. 5262 del 25.9.2000 la quale ha statuito che il provvedimento di confisca, disposto contestualmente ad un decreto di archiviazione per estinzione del reato, di una somma di denaro sequestrata come prezzo del reato è legittimo stante la non estensibilità alle misure di sicurezza patrimoniali, a norma dell'art. 236 comma 2 c.p., del disposto dell'art. 210 c.p. che preclude l'applicazione di quelle personali in caso di estinzione del reato (*Omissis*).

(1) Fugaci osservazioni in tema di confisca: in particolare, del «prezzo» del reato, del giudizio prognostico sulla confiscabilità dei beni già sequestrati e della irrilevanza della prescrizione dell'illecito penale ai fini della confiscabilità dei beni delittuosi.

1. Con l'ordinanza in commento il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale del capoluogo umbro ha rigettato l'istanza di dissequestro di alcuni conti correnti intestati all'imputato ed alla moglie di questi, istanza motivata dalla difesa «*in considerazione della ritenuta estinzione del reato per prescrizione*» e non accolta dal giudicante a conclusione di un ragionamento che, come vedremo, si snoda attraverso un complesso percorso logico.

Volendo anticipare quanto più diffusamente si dirà nel prosieguo, può ritenersi che la lettura del provvedimento in epigrafe induca a soffermarsi

(principalmente) su due questioni (ed altrettanti, pertanto, saranno i punti nodali del presente lavoro): da un lato stanno il tema della obbligatorietà dell'applicazione della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p. ed il tema della pertinenzialità⁽¹⁾ delle cose al reato quale presupposto per la confisca medesima; dall'altro lato, l'incidenza delle cause di estinzione del reato sul vincolo cautelare e, ai fini del mantenimento del detto vincolo, la deliberazione – sotto forma di giudizio prognostico – circa la confiscabilità delle cose già sequestrate.

La parte motiva del provvedimento (mirabilmente non apodittica ancorché non completamente esauriente su alcune singole specifiche questioni) offre l'occasione per riflettere attentamente sulle anzidette tematiche e per svolgere – prima ancora – alcune più generali considerazioni in tema di confisca penale.

Storicamente la confisca dei beni precede la confisca delle cose “attinenti” al reato: in prospettiva “darwiniana” si può anzi affermare che questa sia “figlia” di quella, costituendone – per molteplici ragioni e sotto numerosi profili – il prodotto evolutivamente migliorato⁽²⁾.

La confisca dei beni, infatti, appartiene ad epoche nelle quali si riteneva consequenziale alla commissione di un reato l'irrogazione, in funzione tipicamente (ed esclusivamente) repressiva, di una sanzione ulteriore rispetto a quella detentiva e consistente nella appropriazione al patrimonio collettivo di tutti i beni del reo.

Chiaramente incompatibili con il carattere personale della sanzione penale nostrana e forse (positivisticamente)⁽³⁾ giustificabili in quei soli ordinamenti giuridici che ammettono forme (anche occulte) di cd. *Taterschuld*, così come anche in quelli che ammettono che le conseguenze dell'agire dell'uno si ripercuotano sul gruppo familiare o che tendano anche solo a punire in

⁽¹⁾ Preferendosi, potrebbe dirsi “rapporto di pertinenzialità” (ed infatti, posta la detta equazione, d'ora in poi le due espressioni saranno impiegate indifferentemente).

⁽²⁾ E' sottointeso che non è qui possibile neppure tentare una ricostruzione, anche solo sommaria, dell'evoluzione storica dell'istituto. Per una analisi dell'evoluzione dell'istituto durante il periodo compreso tra la data di emanazione del codice vigente e la chiusura dei lavori della Commissione «Nordio» per la riforma del codice penale, si veda, l'interessante e dettagliato lavoro di NUNZIATA, *La confisca penale: dal codice Rocco al progetto della «commissione Nordio»*, in *Cass. pen.*, 2006, 3, 1216 ss..

⁽³⁾ Dal punto di vista giuspolitico deve ritenersi incompatibile con i più elementari principi di civiltà giuridica e, quindi, ormai del tutto bandita (salvo quanto accade in ordinamenti che, pur espressione di evolutissime civiltà e culture, confondono ancora la responsabilità penale per il fatto con la responsabilità penale per l'essere o per il modo di essere) ogni forma di confisca (o, più in generale, di sanzione penale) tendente a colpire, nel suo patrimonio tutto indistinto, il soggetto per un suo modo di essere, per una sua qualità, per una sua colpa “esistenziale” e non per uno specifico fatto.

maniere “educativa” il reato politico⁽⁴⁾, una misura di sicurezza che presenti tali caratteri non può invece – per Costituzione vigente – trovare diritto di cittadinanza nel nostro attuale sistema positivo.

L’approdo alla confisca (solo) delle cose che presentano un certo nesso, un certo legame con il reato ha costituito invece il passo verso la punizione del reo per il *singolo* fatto, per quel fatto *considerato nella sua asseità e nella sua autonomia* (pur se *illuminato* – cioè *spiegato* nelle sue cause, nella sua dinamica e nella sua dimensione ultraoggettiva ed ultramateriale – da una analisi sulla personalità del reo)⁽⁵⁾. Ferma la opinabilità della funzione e dello scopo perseguiti attraverso la confisca delle cose collegate al reato (o, in passato, appartenenti al reo), è a tutt’oggi possibile «affermare, con accettabile approssimazione, che il provvedimento ablativo dei beni del condannato costituisce una tenace costante del fenomeno punitivo»⁽⁶⁾.

2. La confisca⁽⁷⁾, che trova la sua essenziale disciplina negli artt. 236

⁽⁴⁾ Non a caso la confisca dei beni è sempre stata collegata con la punizione *in primis* dei reati politici: sul punto, cfr., *amplius*, ALESSANDRI, *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 9.

⁽⁵⁾ Analisi sulla personalità del reo imposta, oltre che da precise direttive costituzionali nonché criminologiche, anche dall’art. 133 del nostro codice penale.

⁽⁶⁾ Così, testualmente, ALESSANDRI, *op. loc. cit.* Si ritiene che di tale strumento l’ordinamento punitivo (non solo penale, ma – come dimostra la legislazione vigente – anche amministrativo – che infatti pure conosce una “sua” confisca) non possa fare a meno per la principale ragione che esso rende vano (anzi doppiamente controproducente) l’anelito criminale verso troppo facili forme di accumulazione della ricchezza nelle sue molteplici forme: il reo, in certe ipotesi addirittura senza una sentenza di condanna, constaterà l’inutilità del proprio agire (oltre che le conseguenze della illiceità penale che comporta la irrogazione di una pena in senso stretto).

⁽⁷⁾ In dottrina, per una analisi della più generale questione dei rapporti tra estinzione del reato e confisca, vedasi MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2002, 5, 1702 ss; per una analisi generale dell’istituto, cfr., su tutti, TRAPANI, *Confisca*, in *Enc. dir.*, IV, Roma, 1991, IV, 1; nonché ALESSANDRI, *op. loc. cit.* Sulla confisca cd. per equivalente (ed in particolare sull’adeguamento della giurisprudenza di legittimità all’orientamento della Corte di Strasburgo e sulla confiscabilità dei beni dietro accertamento del reato di cui all’art. 640 c.p.), si veda CORATELLA, *Confisca per equivalente, sì alla linea Ue*, in *Dir. giust.*, 2006, 2, 48 ss.; sulla confisca per accertato delitto di usura, si veda, poi, SPINA, *Gli strumenti di contrasto di carattere patrimoniale del delitto di usura alla luce della L. 7 marzo 1996, n. 108*, in *Giur. merito*, 1998, 6, 1123 ss., nonché FLICK, *Antiriciclaggio e confisca dei beni mafiosi – dalla lotta alla criminalità alla difesa della democrazia mafiosa*, in *Riv. guardia fin.*, 1997, 5, 65 (con magistrali riferimenti anche alla disciplina della confisca dei beni mafiosi). Per una panoramica comparatistica del tema, DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello «spazio giudiziario europeo»: problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, II, 263, in cui l’analisi è condotta in una prospettiva tesa alla disamina delle questioni operative

e 240 c.p.⁽⁸⁾, risulta essere, allo stato attuale della legislazione italiana, «l'unica misura di sicurezza reale⁽⁹⁾ contemplata dal nostro ordinamento»⁽¹⁰⁾

che caratterizzano i diversi modelli nazionali, anche sul piano dei presupposti da provare ai fini della applicazione.

⁽⁸⁾ Doveroso sottolineare il carattere generale della disciplina posta dagli artt. 236 e 240 c.p.: le dette disposizioni costituiscono il centro del sistema normativo che regolamento i vari tipi di confisca, e ciò sebbene il nostro ordinamento sia “costellato” da variopinti generi di confisca per ciascuno dei quali l'italico legislatore ha deciso di predisporre una regolamentazione (totalmente o parzialmente) sganciata da quella codicistica. Degna di menzione apposita, se non altro in ragione della specialità del regime che la connota e che partecipa di quella tendenza legislativa a contrastare la criminalità organizzata (mafiosa e non) attraverso una deroga alle corrispondenti discipline codicistiche di settore, è la confisca prevista dall'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356): da solo capace di dare atto della netta diversità di disciplina è certamente il dato della applicabilità di detta misura di sicurezza a prescindere dalla raggiunta prova del nesso cd. di pertinenzialità tra cosa e reato, operando in luogo dell'accertamento di detto rapporto una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale (peraltro superabile). La decodificazione del diritto penale non giustifica da sola la collocazione *extra codicem* della cd. confisca antimafia: causa ne è piuttosto la emergenzialità della normativa in discorso, il cui effetto, tra gli altri, è quello di provocare la genesi di un cd. “doppio binario penale sostanziale”, (a riprova – pur non occorrendo – che la nota metafora “ferroviaria” ha ormai superato l'ambito strettamente processualpenalistico).

⁽⁹⁾ Sul punto si dirà nel testo più avanti: qui valga solo accennare alla necessità di far discendere la natura reale della misura di sicurezza in esame da due considerazioni: da un lato, il suo dispiegare gli effetti direttamente sulle *res* confiscate; e, dall'altro lato, il suo operare come si dirà più diffusamente nel prosieguo del presente lavoro. L'istituto, nella sua realtà, tende dunque ad azzerare, attraverso la traslazione coattiva della titolarità dei diritti relativi alle cose di cui all'art. 240 c.p., il margine di rischio insito nella persistente disponibilità al reo di quei beni che a vario titolo siano stati coinvolti nella vicenda criminosa: qui emerge il carattere eminentemente reale della confisca come misura di sicurezza patrimoniale che risulta manifestamente finalizzata ad interrompere la relazione del bene con l'autore del fatto di reato sottraendolo alla disponibilità dello stesso.

⁽¹⁰⁾ Così, GAROFOLI, *op. cit.*, 815, secondo cui, peraltro, la confisca «prescinde dal requisito della pericolosità sociale dell'autore», laddove «presupposto dell'istituto è la pericolosità oggettiva della cosa». L'assunto è condivisibile solo a condizione che la confiscabilità della cosa (salvo le ipotesi in cui le cose rivelino una pericolosità intrinseca) in ragione della pericolosità che di riflesso potrebbero produrre sul reo. E ciò – salvo le intuibili eccezioni – sull'inconfutabile ed assorbente postulato che non esistano cose pericolose in sé, ma solo cose suscettibili di essere ritenute tali perché utilizzabili pericolosamente (cosa ben diversa). La più autorevole dottrina afferma infatti che «il concetto di ... “pericolosità” non costituisce un carattere della cosa in sé ma deriva dalla relazione con la persona che la detiene o con l'uso che della stessa ne faccia il possessore; a tale impostazione fanno eccezione solo quelle limitate ipotesi in cui le cose vengono individuate

e consiste nella espropriazione ⁽¹¹⁾ a favore dello Stato ⁽¹²⁾ delle co-

come «obbiettivamente criminose» (così, testualmente, LATTANZI – LUPO, in *Codice Penale – Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2005, 1705).

⁽¹¹⁾ L'utilizzo del termine «espropriazione» non deve indurre in errore: il lemma non implica, come di primo acchito potrebbe intendersi, un modo di acquisto a titolo originario. La giurisprudenza più recente ha infatti avuto modo di puntualizzare che il trasferimento della proprietà è originario in quanto basato su di un titolo autoritativo (sempre che, convenendo con autorevole dottrina, non si voglia risolvere tale affermazione sulla originarietà del titolo in una «petizione di principio»: cfr., sul punto, AJELLO, *La confisca antimafia ed il principio emptio non tollit locatum*, in *Foro it.*, 2002, 292, in cui l'A. propende per la soluzione che riconosce natura derivativa all'acquisto), senza che peraltro possa comportare l'acquisizione di un diritto dal contenuto diverso e più ampio di quello del precedente titolare: la tesi prevalente ritiene, pertanto, che ci si trova al cospetto di una ipotesi di acquisto a titolo derivativo (per la natura originaria dell'acquisto, vedi, tuttavia, Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, G., in *Foro it.*, 1998, 462, sia pur se relativa ad una fattispecie del tutto peculiare), sicché alla compravendita delle cose confiscate sono ritenute applicabili alla confisca le disposizioni del codice civile che regolano l'evizione totale (in dottrina R. GAROFOLI, *op. loc. cit.*). Del tutto peregrino appare, anche alla luce di quanto sinora brevemente detto, l'accostamento – evidentemente forzato, quindi – dell'istituto in esame all'espropriazione per pubblica utilità del diritto amministrativo: benché (peraltro non del tutto) identico sia l'effetto ablativo derivante dal ricorso alla espropriazione ovvero alla confisca penale, finalità e presupposti dei due istituti appaiono evidentemente irriducibili e, pertanto, ultronea non poteva non apparire la questione di legittimità costituzionale sollevata per mancata corresponsione dell'indennizzo previsto dall'art. 42 della nostra *Grundnorm* nei casi di *ablatio* operata nell'interesse generale: anzi, può forse ritenersi irridente una questione di costituzionalità così posta, siccome finalizzata ad ottenere la pronuncia di illegittimità di una disposizione finalizzata (non a surrogare la proprietà di un bene con una somma di denaro in chiave di quasi-scambio, ma teleologicamente orientata, al contrario) a privare un soggetto, per fini puramente sanzionatori, della disponibilità di certe *res*. Felicemente calzante, peraltro, è stato ritenuto il parallelo instaurato tra confisca *ex art. 240 c.p.* e confisca amministrativa: tanto è che si è addirittura giunti, nelle posizioni più avanzate, ad azzardare che margini di distinguibilità dei due istituti residuerebbero solo ove si abbia riguardo a criteri puramente formali (così, in dottrina, su tutti, GRASSO, in ROMANO – GRASSO – PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, artt. 150 – 240, *sub art. 240*, Milano, 1994, 1154 ss.).

⁽¹²⁾ La specificazione che l'effetto della *translatio dominii* si verifichi in favore dello Stato non sembra superflua: è bene infatti precisare che il nostro ordinamento prevede che il medesimo effetto si produca, in taluni casi, a favore di altro ente pubblico: *exempli gratia*, il Comune nel cui territorio è sito il terreno abusivamente lottizzato e non lo Stato acquista (ai sensi dell'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) la proprietà dei beni confiscati, in tale fattispecie così «configurandosi una espropriazione a favore dell'autorità comunale in luogo di quella a favore dello Stato» (Cass., sez. III, 16 novembre 2004, n. 49397, in *Cass. pen.*, 2006, 2586). Invero, però, l'istituto disciplinato dal succitato provvedimento presidenziale appare avere,

se ⁽¹³⁾ che presentino un “rapporto di pertinenzialità” (*id est*, un legame preindividuato dal legislatore) con il reato⁽¹⁴⁾, rapporto il cui vario atteggiarsi normativo è, in base alla seconda delle citate disposizioni⁽¹⁵⁾, elemento giustificatore (o meno) della discrezionalità con cui il giudice può disporre della applicazione della misura medesima.

come precisato, natura di sanzione amministrativa: simile soluzione ricostruttiva risulta implicitamente corroborata da Cass., sez. III, 7 luglio 2004 n. 38728, in *Dir. Giust.*, 2004, 45, 45 ss., secondo cui alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati non è applicabile la disciplina ricavabile dall'art. 240 c.p. – norma che, in materia di confisca penale, è invece norma portante –. Che l'effetto traslativo si produca in favore dello Stato (o eventualmente, come visto, in favore di altro soggetto) è affermazione alla quale deve farsi seguire una complementare precisazione: in alcune ipotesi, non marginali attualmente (anche in considerazione della “voracità” della confisca antimafia) accade che il bene confiscato, ancorché acquisito al pubblico patrimonio, sia tuttavia (pre)destinato dal punto di vista del suo utilizzo. Appare insomma non indifferente precisare che, in certe ipotesi, la *translatio dominii* non implica libera disponibilità del bene, il quale – per comando legislativo – sarà quindi impiegato per certi scopi.

⁽¹³⁾ Sull'ampiezza della categoria delle cose confiscabili si veda MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, 1982, 383 ss., secondo cui sarebbe possibile anche la confisca degli animali: sia sul punto concesso di dissentire dall'autorevole insegnamento, se non altro in quanto oggi – stante la attuale diversa temperie culturale – certi vincoli (anche processualciviltistici) sugli essere viventi non sono umanamente ammissibili: «la tutela diretta dell'animale nel suo “diritto alla non sofferenza” (stante la sua capacità di sofferenza cosciente) [...] eleva la dignità umana, perché la riduzione dell'immensa crudeltà umana verso gli animali (allevamento, trasporto, mattazione, vivisezione, ecc.), attenuando la crudeltà complessiva del mondo, se non rende l'animale più uomo, rende l'uomo meno animale e migliore la Terra» (così, testualmente, MANTOVANI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Padova, 2001, 199).

⁽¹⁴⁾ Sebbene il rapporto di pertinenzialità sia concetto univoco ed unico riferibile alle diverse ipotesi di confisca, la dottrina (cfr., ad esempio, MOLINARI, *Rinnovato interesse per la confisca*, in *Cass. pen.*, 2002, 1865 ss.) più recente ritiene di poter attualmente riscontrare nel diritto positivo elementi legittimanti una visione pluralistica della confisca, in cui a disposizioni “di principio” comuni, si affiancherebbero altre disposizioni specificamente introdotte a tipizzare questa o quella forma di confisca. Così, con occhio rivolto alla confisca antimafia è stato affermato che la nascita «di una pluralità di sistemi in larga misura autonomi costituisce il punto d'arrivo di un'evoluzione normativa» destinata a precludere «alla ... criminalità organizzata fasce di ricchezza» notevoli (FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997, p.83 ss.). Su queste basi potrebbe allora ammettersi che – almeno in alcuni casi – sia riscontrabile una differenza quantomeno in punto di scopo: così ad esempio, è stato posto l'accento sulla pregnanza delle finalità general-preventiva e sanzionatoria che caratterizzerebbe le confische «speciali» (e già il lessico induce, invero, a ritenere superata una concezione unitaria della figura, pure se ancora ad oggi accomunate da un minimo comun denominatore: effetto ablatorio, provvedimento irrogatorio, etc.).

Salvo quanto più diffusamente si dirà appresso, deve da subito precisarsi che la confisca possiede una sua idoneità a prevenire la commissione di nuovi reati e, come tale, ha oggi carattere meramente cautelare e non punitivo⁽¹⁶⁾, anche se i suoi effetti ablativi, al pari della pena, si risolvono in una sanzione patrimoniale⁽¹⁷⁾.

La *ratio* dell'istituto in esame è infatti da individuare nella volontà di azzerare la pericolosità derivante dalla disponibilità di quelle cose che, individuate dall'art. 240 c.p., presentano con il reato un legame che, ove non debitamente eliso (appunto a mezzo della confisca), manterrebbe «viva l'idea e l'attrattiva»⁽¹⁸⁾ della compiuta attività criminosa alla cui ripetizione l'ordinamento vuole preventivamente reagire proprio mediante l'esproprio di quegli stessi beni. L'istituto tende dunque a resettare, attraverso la traslazione coattiva della titolarità dei diritti relativi alle cose di cui all'art. 240 c.p., il margine di rischio insito nella persistente disponibilità al reo di quei beni che a vario titolo siano stati coinvolti nella vicenda criminosa: qui emerge il carattere eminentemente reale della confisca come misura di sicurezza patrimoniale che risulta manifestamente finalizzata ad interrompere la relazione del bene con l'autore del fatto di reato (od anche – in certi casi – con il fatto in sé) sottraendolo alla disponibilità dello stesso (o eliminando ogni collegamento con la fattispecie concreta).

A tal proposito si impone tuttavia una fondamentale precisazione: la pericolosità (intesa oggettivamente) concerne le cose nella sola ipotesi di cui

⁽¹⁵⁾ E sul quale, come accennato, si dirà più ampiamente nel prosieguo.

⁽¹⁶⁾ La finalità punitiva della confisca emerge invece nettamente in alcune ipotesi di confisca collocate al di fuori del codice: così, esemplificativamente, non è revocabile in dubbio che la cd. confisca antimafia (per un altro profilo della quale, v. *supra*, nota 5) presenti una finalità punitiva più accentuata rispetto ad altre forme di confisca. Non sembra poi così peregrina la affermazione che tende a ravvisare nella confisca antimafia una sanzione penale che va ad operare, congiuntamente a quella detentiva applicabile al condannato per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., su di un piano però distinto da questa, ovverosia il piano della lotta "patrimoniale" ai fenomeni di criminalità organizzata mafiosa. Una conferma in tal senso la si potrebbe ricavare dalla constatata diversità del reato testé menzionato rispetto ad altri illeciti penali, per contrastare i quali la sanzione penale rivela minormente la propria insufficienza: nel caso dell'associazione mafiosa, invece, l'applicazione di una sanzione patrimoniale massimamente afflittiva, comunque aggiuntiva rispetto a quella che colpisce l'affiliato, si rende necessaria proprio in vista dell'esigenza di depauperare il sodalizio criminale delle proprie risorse economico-finanziarie. Sui limiti della confisca antimafia sì come concretamente applicata, talvolta, dalla giurisprudenza, si veda MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem* – Nota a Cassazione penale, SS.UU., 3 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, 12, 3096.

⁽¹⁷⁾ In ragione della sua imponente afflittività extracorporale, è stata addirittura accostata alla morte civile ed alla pena di morte.

⁽¹⁸⁾ *Cfr.*, *amplius*, Relazione ministeriale al progetto di codice penale, V, 1, 245.

al n. 2) del comma 2 dell'art. 240⁽¹⁹⁾, mentre la giurisprudenza di legittimità prevalente ha costantemente ribadito che nelle ipotesi di cui all'art. 240, commi 1 e 2, n. 2) la pericolosità va misurata soggettivamente, ritenendola sussistente ogniqualvolta la persistenza del rapporto tra la *res* ed il soggetto sia idonea ad influenzare il comportamento futuro del reo.

Si è pertanto voluto affermare che la confisca – almeno nelle ipotesi in cui la pericolosità sia da intendere soggettivamente – agisce su di un «fronte avanzato» rispetto alla vera pericolosità sociale che riguarda il reo come soggetto in sè, laddove detta misura interverrebbe in un momento precedente al fine di evitare che la pericolosità della *res* si *comunichi* al soggetto⁽²⁰⁾.

Tale considerazione schiarisce ulteriormente il dibattito intorno alla qualificazione (*rectius*: qualificabilità) della confisca come misura di prevenzione *post delictum*, poiché lascia intendere che la detta misura di sicurezza in ogni caso è funzionale ad operare sul piano della pericolosità (anche del soggetto – e intesa nella sua dimensione ancora solo potenziale).

Pur difatti convenendosi con chi ha osservato che «è curioso», nonostante i molteplici profili di interesse che l'istituto in esame certamente presenta, che «la confisca, a differenza delle altre pene, appaia segnata – salvo rare eccezioni – da un destino “scientifico” piuttosto oscuro, di basso profilo»⁽²¹⁾, è certo che dottrina e giurisprudenza oggi siano concordi nell'affermare che essa presenta certamente natura di misura di sicurezza.

La tesi opposta, la quale – muovendo dall'art. 236 c.p., che esclude dalla disciplina del nostro istituto la disposizione dell'art. 202 c.p. – cerca conforto nella circostanza che ad essa non si applicano alcune altre disposizioni propriamente inerenti alle altre misure di sicurezza, non convince in quanto non considera il fondamentale dato della logica (*latu sensu*) sanzionatorio-specialpreventiva della confisca. Inoltre, la tesi che qui si ritiene di non poter condividere muove – non può non essere questo il presupposto – da una definizione di misura di prevenzione *post delictum* eccessivamente ristretta, che ritiene gli strumenti di prevenzione di nuovi reati ad opera del già reo funzionali esclusivamente alla neutralizzazione di qualsiasi profilo di pericolosità *personale*, senza prendere in considerazione alcuna l'ipotesi in cui la pericolosità medesima sia riverbero della indubbia pericolosità di certe cose e sia pertanto necessario intervenire su queste ultime per neutralizzare, a sua volta, ogni forma di pericolosità riflessa⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Si tratta della cd. pericolosità *reale* ovvero, in termini equivalenti, della cd. pericolosità *oggettiva*.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 990 ss.

⁽²¹⁾ ALESSANDRI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²²⁾ Fermo quanto già ad oggi autorevolmente osservato sulla riconducibilità della confisca tra le misure di prevenzione *post delictum*, e sulla premessa che neanche prescindendo dalle disposizioni positive è dato rinvenire definizione che perimetri il relativo concetto in maniera tale da escluderne quegli strumenti operanti non direttamente sul piano della persona ma indirettamente efficaci sul

Ancorché atipicamente svincolata dal pregnante presupposto della pericolosità sociale del reo – presupposto, questo, che dal punto di vista costituzionale, non presenta peraltro alcun carattere di necessità con riferimento alla categoria delle misure di sicurezza⁽²³⁾ –, la *ratio* della riconduzione dell'istituto in esame nella categoria delle misure di sicurezza risiede nella «pericolosità della cosa», poiché «dalla cosa la pericolosità può passare per induzione al soggetto»⁽²⁴⁾.

Anche a volerne prescindere, il dato positivo (sorretto dalle motivazioni di cui alla Relazione ministeriale che accompagnò la redazione del codice vigente) è incontrastabile: e ad esso si aggiungono varie considerazioni di non irrilevante valenza sistematica svolte dalla dottrina prevalente ed accolte dalla giurisprudenza⁽²⁵⁾.

A tal proposito valga del resto osservare che la confisca delle cose individuate dall'art. 240 c.p. (obbligatoria o facoltativa che sia) è finalizzata ad estinguerne ogni eventuale (rischio di) pericolosità riflessa (*sul* reo, quindi *del* reo), sicché – proprio in ragione di tale esigenza – la pericolosità delle cose confiscate è carattere che, una volta legalmente ravvisato (e quindi giudizialmente accertato), permane anche qualora il prevenuto sia destinatario di un provvedimento che inibisce gli effetti della sentenza di condanna (ad esempio, una dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice): che la confisca sia misura di sicurezza e, più nel particolare, misura di sicurezza tendente, nella sua realtà, a privare un soggetto di certe cose (siccome presuntivamente reputate pericolose ex art. 240 c.p.) è confermato dalla persistenza di tale loro pericolosità (*id est*, del presupposto della loro confiscabilità) anche indipendentemente dalla immanenza ordinamentale

piano real-patrimoniale, si potrebbe forse risolvere il problema anche ritenendo che la confisca, diversamente da ogni altra misura di sicurezza personale, realizza la propria funzione preventiva operando sul piano della pericolosità personale indiretta – o riflessa –, in contrapposizione alla pericolosità personale per così dire diretta (quale caratteristica del reo a prescindere da ogni legame con certe cose): quanto detto equivale ad affermare, in buona sostanza, che la misura di sicurezza in esame si caratterizza (ed in ciò si diversificherebbe, diciamo, dalle altre misure di sicurezza) per una aprioristica (e legalmente tipizzata) individuazione della fonte della pericolosità del reo, fonte che in tutti gli altri casi è sconosciuta (ed in certo senso irrilevante, se non ai fini della ricostruzione della criminogenesi specifica e/o delle generiche potenzialità criminose del reo medesimo), trattandosi di indagare ed accertare la sola pericolosità e non i relativi fattori causali.

⁽²³⁾ La precisazione è d'obbligo ove la si relazioni ai dubbi, emersi anche in un recentissimo passato, sulla appartenenza della confisca al *genus* delle misure di sicurezza.

⁽²⁴⁾ Cfr., *amplius*, MANTOVANI, *op. cit.*, 895 ss.

⁽²⁵⁾ Per una rassegna delle (principali) argomentazioni che militano a favore della riconduzione della confisca tra le misure di sicurezza, il rinvio è ancora una volta ad ALESSANDRI, *op. loc. ult. cit.*

della qualificazione del fatto commesso come reato. Sulla premessa, dunque, che «non tutte le regole generali dettate in tema di misure di sicurezza personali valgono per la confisca» e che «in particolare, non si applica la disposizione dell'art. 207 c.p.c relativa alla revoca», è stato osservato che «la confisca si presenta, di conseguenza, come provvedimento irrevocabile, avente carattere istantaneo e permanente»⁽²⁶⁾. La confisca, quindi, è misura che può ben dirsi perpetua⁽²⁷⁾ e su tali conclusioni concorda anche la giurisprudenza: le Sezioni Unite della Cassazione⁽²⁸⁾, infatti, «hanno sancito l'irretrattabilità della confisca in caso di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice e di conseguente revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p.»⁽²⁹⁾.

3. Ciò detto in generale sulla natura della confisca, deve anche evidenziarsi che – nel sistema del codice penale – la confisca non sempre è strumento di prevenzione della cui applicazione l'organo giudicante può disporre discrezionalmente, in quanto in alcune ipotesi la applicazione di questa misura è obbligatoria.

Più precisamente, il codice contempla due diverse forme di confisca la cui disciplina diverge sotto distinti profili: a creare i presupposti per un vero e proprio dualismo interno al nostro istituto il diverso atteggiarsi del cosiddetto rapporto di pertinenzialità (cui, sia pure solo *en passant*, ora si accenna).

Il legislatore, all'art. 240 c.p., fornisce le coordinate necessarie a definire tale nesso, e da un punto di vista empirico-naturalistico e da un punto di vista normativo.

In una prima prospettiva, innanzitutto, è agevole affermare che il detto legame involge sempre cose intimamente collegate – in termini materiali – con l'attività criminosa, perché impiegate per la commissione del fatto di reato, perché anche solo destinate a tal fine, perché costituentine il prodotto od il profitto, o infine perché *pretium criminis* o la cui fabbricazione, detenzione o alienazione od il cui uso o porto abbia autonoma rilevanza penale: è evidente che, in tutti i predetti casi, ogni singola *res* presenta una fortissima caratterizzazione criminale (in alcuni casi ormai acquisita, divenuta intrinseca e, infatti, determinante la loro obbligatoria confisca). Ove al legame che “stringe” il reo alle dette cose si guardi in prospettiva puramente empirica, non sembra revocabile in dubbio che esso è (in ognuno dei predetti casi) caratterizzato da una unitarietà che traspare dalla definizione dello

⁽²⁶⁾ GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale – Parte generale*, Milano, 2005, 826.

⁽²⁷⁾ Ritene si tratti di caratteristica naturale dell'istituto, conforme alla *ratio* dell'istituto MASSA, *Confisca (dir. e proc. penale)*, in *Enc. dir.*, IV, Roma, 1991, 989 ss.; dissente, invece, da questa opinione ALESSANDRI, *op. loc. cit.*.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, G., in *Foro it.*, 1998, II, 462 ss..

⁽²⁹⁾ GAROFOLI, *op. loc. ult. cit.*

stesso come legame tra un fatto penalmente significativo ed un bene che nella fattispecie criminosa ha avuto un suo specifico ruolo, ma che – al di là delle variabili – è sempre uguale, in tutti i casi, a sé medesimo.

In chiave normativa, invece, appare fondamentale distinguere almeno due ipotesi di “pertinenzialità” in ragione della diversa intensità del nesso in discorso, intensità al cui variare il legislatore ha fatto (non a caso) corrispondere una differenziazione del trattamento delle *res confiscandae*: l’organo del giudizio di prevenzione sarà infatti chiamato a disporre obbligatoriamente la confisca solo di quelle cose che presentino un più immediato e grave collegamento con il fatto storico di reato e a verificare, d’altro canto ed in altre ipotesi, la sussistenza dei presupposti per la applicazione della confisca delle cose indicate dal disposto del primo comma dell’art. 240 c.p.

Proprio la diversità del detto rapporto di pertinenzialità – diversità (s’è detto) ontologicamente apprezzabile, e dunque (solo poi) giuridicamente valutabile – è infatti il discrimine sul quale si basa la *summa divisio* tra confisca obbligatoria e confisca facoltativa⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ La regola vuole che la confisca sia facoltativa (cfr., in tal senso, GAROFOLI, *op. loc. cit.*; FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Bologna, 2002, 816). Si consideri anche, però, che «il legislatore si è gradualmente discostato da questo modello originario negli anni successivi all’entrata in vigore del codice Rocco. La legislazione speciale, infatti, si è caratterizzata per l’ampio ricorso alla confisca obbligatoria del profitto del reato, nonché per l’utilizzazione della confisca in chiave punitiva piuttosto che preventiva. Esemplificativa in tal senso è la disciplina della confisca prevista per i reati di contrabbando dall’art. 301 del d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43 che prevede l’obbligatorietà della confisca anche delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto [...]». In chiave punitiva appaiono anche le disposizioni dell’art. 85, d.p.r. 309/90 in materia di sostanze stupefacenti, che prevede la confisca delle sostanze come pena accessoria, e dell’art. 12-*sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale prevede che nei casi di condanna o di applicazione della pena concordata per alcuni gravi reati (associazione mafiosa, usura, estorsione, riciclaggio, ecc.) è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui risulta essere titolare o avere la disponibilità, anche per interposta persona, a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica». In realtà, tale confusione sistematica (conseguenza diffusa del caos legislativo e del mai sufficientemente compianto abbandono del legiferare tecnico) e tale “deriva tipologica” (effetto inevitabile del proliferare di istituti affini, parzialmente confinanti o addirittura in reciproca sovrapposizione per struttura e disciplina, ed eziologicamente collegato alle difficoltà di sistemazione giuridica di certe figure) indurrebbero a meditare sulla possibilità di mantenere la qualifica di misura di sicurezza con riferimento ad ipotesi, quali quelle elencate ma non solo, in cui latita (nel senso letterale del termine) quell’esigenza che invece è alla base delle disposizioni di cui gli artt. 240 c.p. ss, lasciando il posto a prevalenti finalità punitive e sanzionatorie in senso più stretto (si veda, a tal proposito, DELLO IACOVO, “*L’istituto della confisca tra finalità preventiva e sistema repressivo*”, in *Dir. form.*, 2, 1999, 107).

Come agevolmente si ricava dalla mera lettura della disposizione di cui alla norma testé citata, il legislatore ha infatti ritenuto opportuno che, in alcuni casi (senza dubbio eccezionali), alla confisca “debba” farsi luogo, privando di qualsiasi potere valutativo-discrezionale in merito l’organo del giudizio⁽³¹⁾: è questo il significato della disposizione *de qua* nella parte in cui si legge che «è sempre ordinata la confisca [...] delle cose che costituiscono il prezzo del reato [ovvero] delle cose la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione o l’alienazione delle quali costituisce reato».

La contrapposizione, giuspositivisticamente fondata, tra confisca obbligatoria e confisca facoltativa rende di evidente necessità il riconoscimento dell’urgenza dell’introduzione nel nostro ordinamento giuridico, almeno in relazione a quelle ipotesi nelle quali il cd. “rapporto di pertinenzialità” sia marcatamente forte e sulla scorta di quanto accade in altri ordinamenti, la figura della *confisca* cd. *per equivalente*⁽³²⁾, la quale presenta, in chiave specialpreventiva, il pregio di permettere una più efficace neutralizzazione del rischio di commissione di nuovi reati ove non sia materialmente possibile procedere alla diretta ed immediata confisca delle *res ex crimine*⁽³³⁾. Ma v’è

⁽³¹⁾ Due considerazioni: innanzitutto è bene intendersi sull’affermazione, di cui nel testo, secondo cui all’organo del giudizio non spetterebbe alcun potere discrezionale-valutativo, poiché è pur sempre necessaria quella ineliminabile attività di qualificazione della fattispecie concreta che, specialmente nei casi *border-line* (in cui sia cioè meno agevole qualificare la *res* come «prodotto» piuttosto che non come «profitto» del reato) risulta particolarmente delicata. Altra osservazione: nei casi di confisca cd. facoltativa, previsti dall’art. 240, comma 1, c.p., l’esercizio di detto potere da parte del Giudice è comunque motivando, sicché deve essere adeguatamente giustificata la scelta di disporre o non disporre la applicazione di detta misura. Nel caso di confisca obbligatoria, invece, grava sul titolare del potere giurisdizionale l’obbligo di evidenziare il presupposto legale in mancanza del quale la confisca è inapplicabile.

⁽³²⁾ La confisca per equivalente, od anche definita “per valore”, è attualmente prevista dal nostro ordinamento solo ed esclusivamente in relazione ad alcune ipotesi di reato, quali, ad esempio, la confisca prevista dall’art. 644, comma 6, c.p. (introdotto con legge n. 108 del 1996) in relazione al delitto di usura che può avere ad oggetto «somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari». Altro esempio di norma legittimante la cd. confisca di valore è quella posta dall’art. 322-ter del codice penale, così come introdotto dall’art. 3, L. 29 settembre 2000, n. 300: è ivi prevista infatti la confiscabilità dei beni costituenti profitto o prezzo o del loro equivalente derivanti da delitti contro la pubblica amministrazione per cui sia pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena. Per una analisi dei profili di attualità (e di imperfezione) dell’istituto come configurato nel nostro sistema giuridico e come migliorabile alla luce dell’esperienza dei vari ordinamenti europei, cfr. CORATELLA, *op. loc. cit.*

⁽³³⁾ Si pensi, a tal proposito, a tutti quei casi in cui la confisca dei beni originariamente coinvolti nella dinamica criminosa non siano più parte – realmente od apparentemente – del patrimonio del reo per i più vari motivi (occultamento,

di più: la confisca per equivalente costituisce contemporaneamente, in prospettiva generalpreventiva, un fattore inibitorio della tendenza al crimine distinto rispetto alla sanzione penale in senso stretto. A tal proposito, si potrebbe forse ritenere che la sanzione penale operi quale minaccia prima e diretta nei confronti del consociato che, intendendo violare il precetto penale, si accinga alla commissione del fatto di reato; mentre la misura di sicurezza della confisca agisca nel senso di indurre l'agente a non intraprendere o ad abbandonare la strada intrapresa a fronte del rischio della neutralizzazione economico-utilitaristica dei risultati di quell'agire. In questa prospettiva sembra che la confisca rafforzi l'efficacia dissuasiva già ineliminabilmente propria della sanzione penale in senso stretto.

4. E veniamo, ora, a dire del ragionamento giuridico seguito, nel caso di specie, dall'organo giudicante per pervenire al rigetto della predetta istanza di dissequestro. Il percorso logico del Giudice per le indagini preliminari perugino si snoda attraverso due punti fondamentali: in primo luogo, la qualificazione dei beni sequestrati in via preventiva come «prezzo del reato» ai sensi e per gli effetti dell'art. 240, comma 2, n. 1), c.p.; e, in un secondo momento, la constatazione dell'irrilevanza, ai fini della applicazione della misura della confisca, dell'eventuale provvedimento che, dichiarando estinto il reato per intervenuta prescrizione, concluda il procedimento penale *de quo ex* art. 323 c.p.p. con l'assoluzione del condannato.

La ricostruzione dell'*iter* logico seguito dal giudice per pervenire alla redazione del provvedimento che si commenta impone di procedere alla ricognizione del concetto di «prezzo del reato» e, in secondo luogo, di verificare – come si vedrà – quale sia l'incidenza di una causa di estinzione del reato (nella specie la eventuale prescrizione) sulla persistenza del vincolo cautelare reale in vista della confisca.

Quanto alla prima delle dette questioni, è doveroso premettere che la definizione della sfera applicativa del concetto di «prezzo del reato» non può essere in alcun caso quella più elementare ed ovvia, che tenga cioè presente il dato del collegamento tra prezzo e pagamento della cosa compravenduta⁽³⁴⁾; al contrario, la esatta definizione dell'ambito di espansione dell'espressione legislativa *de qua* deve essere realizzata sulla base di una sua interpretazione conforme alle esigenze penalistiche e, soprattutto, di quelle preventive che conformano la disciplina dell'istituto preventivo.

Tale delicata operazione ermeneutica deve peraltro svolgersi anche tenendo presente che la eccessiva dilatazione del delineando concetto potrebbe

consumo, cessione) e neppure sia possibile individuare i beni che costituiscano il relativo risultato di uno scambio.

⁽³⁴⁾ Detto altrimenti, una concezione sinallagmatica (o, *latiore*, mutualistica) del termine implicherebbe una seria e sconveniente frustrazione delle esigenze di tutela specialpreventive sottese alla disposizione in discorso.

provocare rischi di sovrapposizione con altre nozioni (le quali, puranche se rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 240 c.p., potrebbero provocare l'effetto collaterale di determinare il trapasso – sia praticamente sia sistematicamente non indifferente – dal regime di obbligatorietà della confisca a quello di facoltatività di applicazione della detta misura di sicurezza).

In merito al cosiddetto nesso di pertinanzialità, poi, giova ai fini sistematici (e, pertanto, anche ai fini della esatta lettura e comprensione del percorso argomentativo del giudice del provvedimento in esame) indagarne alcuni aspetti.

Da ultimo, quindi in merito ai rapporti tra le cause di estinzione del reato e la confisca, valga osservare che dire causa di estinzione del reato non equivale a dire causa di estinzione della confisca⁽³⁵⁾.

Come logicamente necessario e corretto, il Giudicante muove dalla constatazione della esistenza di un rapporto tra i beni già sequestrati ed il reato per il quale si procede a carico del cautelato: i beni sequestrati «sono beni – si legge nell'ordinanza in commento – in riferimento ai quali in più occasioni è stato ritenuto il rapporto di pertinenzialità con le ipotesi criminose contestate all'indagato, tanto da consentire il mantenimento del sequestro preventivo sul presupposto della possibilità di far conseguire a questo la confisca». Sui conti correnti sequestrati – argomenta il giudice – sarebbero stati infatti eseguiti «accrediti [che] altro non erano che il frutto di fittizie operazioni di borsa destinate a coprire i trasferimenti in Italia di somme e [...] costituenti il prezzo della corruzione contestata» all'indagato: non il richiamo ai precedenti giudiziari, quanto la circostanza che sui conti correnti dell'imputato siano state accreditate certe somme apparentemente sorrette da un titolo lecito costituisce l'argomentazione decisiva ai fini dell'accertamento della sussistenza della loro pertinenza al reato.

Ecco dunque ritenuto dal Giudice essere accertato – su queste basi – il requisito richiesto dalla disposizione dell'art. 240, comma 2, n. 1), c.p., operazione qualificatoria cui correttamente il Giudice fa seguire l'affermazione che il denaro versato sul conto corrente dell'indagato costituisce «prezzo» del reato.

Numerose sono infatti le sentenze con le quali la Suprema Corte di Cassazione afferma e ribadisce questo assunto: da ultimo, si veda la sentenza⁽³⁶⁾ con la quale la S.C. ha precisato che «... la somma percepita dal

⁽³⁵⁾ In merito, si rinvia a quanto sopra osservato in tema e, in particolare, sulla necessità di concepire – come fanno la giurisprudenza e la dottrina prevalenti – la misura della confisca come misura perpetua, capace all'occorrenza di «sopravvivere» anche all'eventuale sopravvenienza normativa che abroghi il reato presupposto (ovvero anche a fenomeni simili: ad esempio la dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice).

⁽³⁶⁾ Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 6, 67 in materia di corruzione di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio.

pubblico ufficiale costituisce prezzo del reato ogni qualvolta sia stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell'azione illecita e, in quanto tale, è assoggettata a confisca obbligatoria *ex art. 240, comma 2, n. 1, c.p.*».

Le conseguenze di una simile ricostruzione interpretativa, ossia della riconduzione del rapporto di pertinenzialità nell'ambito dell'ipotesi prevista *sub 1)* del comma 2 dell'*art. 240 c.p.*, è gravida di importanti conseguenze.

Si osserva infatti che, così qualificate, le *res ex crimine* non possono non essere sottoposte alla misura della «confisca».

Detto altrimenti: la qualificazione dei beni sequestrati come «prezzo del reato» esclude l'esercizio di qualsivoglia potere valutativo da parte del Giudice in ordine all'*an* della confisca, così residuando al Giudice la sola possibilità di disporre la misura di sicurezza in esame.

Ancora: poiché il rito speciale del patteggiamento ammette la confisca obbligatoria, ma non riconosce la confisca facoltativa, la riconduzione di una fattispecie all'una piuttosto che all'altra categoria, incide anche sul piano delle commistioni tra normativa penale sostanziale e regolamentazione del processo.

Ma dall'applicazione del regime proprio della confisca obbligatoria scaturisce un'ulteriore implicazione: infatti, un'altra pronuncia della Suprema Corte⁽³⁷⁾, in materia – questa volta – di confisca facoltativa –, aveva statuito che nel caso di confisca *ex art. 240, comma 1, c.p.*, il giudice è tenuto a motivare l'esercizio del suo potere discrezionale: argomentando *a contrario*, agevole appare la deduzione secondo cui, versandosi in ipotesi di confisca obbligatoria, l'esercizio del medesimo potere non è motivato⁽³⁸⁾, verosimilmente potendosi ritenere sufficiente l'esposizione delle ragioni (non per le quali la confisca è stata disposta, ma) per cui è stato ritenuto integrato il nesso di pertinenzialità nella sua meno sfumata versione.

Con formula laconica ed al contempo perentoria, l'*art. 240* stabilisce infatti che, trattandosi di «prezzo del reato», «è sempre ordinata la confisca», salvo – a norma del successivo capoverso – «se la cosa appartiene a persona estranea al reato»⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Si tratta di Cass., sez. V, 12 giugno 1980, F. in *CED Cass.*, rv. 147106.

⁽³⁸⁾ Se in linea di massima l'affermazione risulta corretta, è altrettanto vero che rivela la sua gracilità giuridica ove ci si spinga al punto di più precisamente definire cosa significhi, concretamente, escludere che il Giudice, ricorrendo l'ipotesi della confisca obbligatoria, non sia gravato dall'obbligo motivazionale. Più che l'integrale esclusione dell'obbligo suddetto, sembrerebbe plausibile configurare un obbligo a contenuto attenuato, ma comunque operante: se non altro in ragione dell'esigenza di conoscere l'*iter* logico che ha condotto il giudicante ad operare la sussunzione della fattispecie concreta sotto il disposto dell'*art. 240, comma 2, c.p.*, così permettendo alla motivazione, pur essenziale, di assolvere congruamente alla sua duplice funzione endoprocessuale ed extraprocessuale. Si veda, pure, *supra*, nota n. 33.

⁽³⁹⁾ Per ragioni attinenti all'economia del presente lavoro non è affatto possibile

Sul punto, il G.I.P. perugino, a corroborare la propria opzione ermeneutica di qualificazione come prezzo del reato dei «conti correnti in riferimento ai quali più volte è stato ritenuto il nesso di pertinenzialità con il reato»⁽⁴⁰⁾, richiama una pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte⁽⁴¹⁾, in cui è dato testualmente leggere che «il prodotto rappresenta il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il profitto, a sua volta, è costitutivo dal lucro, e cioè dal vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato; il prezzo, infine, rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato»⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾. La Corte di Cassazione, invero, così affermando, non fa altro che

neppure semplicemente lambire il pur interessantissimo tema del pregiudizio che in ogni forma di confisca può al terzo (di buona fede) derivare ove sia disposta appunto la confisca di un bene che gli appartenga. La ricchezza e la complessità di detta fenomenologia impongono una disamina separata, anche e soprattutto perché il tema implica la trattazione non solo del tema della tutela del terzo di buona fede, quant'anche l'analisi della problematica afferente alla non tutelabilità ed alle difficoltà di scoperta del cosiddetto "prestanome", la cui attività di intermediazione indubbiamente affievolisce l'efficacia di questo tipo di strumenti di lotta penale. Sul punto, non esemplificativo è il rinvio a GIALANELLA, *Il punto su misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi: nuovi passi della «lunga marcia» verso un orizzonte di riforma* in *Crit. dir.*, 2002, 41.

⁽⁴⁰⁾ Il riferimento alla circostanza che anche in altre occasioni sia stato accertato la sussistenza di un legame tra le cose delle quali è richiesto il dissequestro ed il reato deve ritenersi puramente svolto *ad abundantiam*: non è infatti elemento comprovante, né tantomeno indefettibile ai fini del giudizio relativo alla sussistenza di un legame tra quei beni ed il fatto di reato ascritto all'imputato; esso tuttavia ha una sua ineliminabile portata "pseudoprobatoria", quale (valente?) surrogato (*imperio rationis tantum*) della più genuina prova (autorevole l'insegnamento secondo cui «i precedenti giudiziari servono a vari fini ma non provano niente»: CORDERO, *Procedura Penale*, Padova, 2006, 805).

⁽⁴¹⁾ Si tratta di Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, M., in *Cass. pen.*, 1997, 970, che concerne la problematica della obbligatorietà della confisca delle somme di denaro ricavate dalla vendita di sostanze stupefacenti. Per un approfondimento di questa sentenza, nei suoi profili e sostanziali e processuali, si veda CARCANO, *Quando le Sezioni unite non vogliono decidere. Una complessa motivazione per una decisione non risolutiva riescono a fare chiarezza – Nota a Cass. SS. UU. n. 9149/1996*, in *Cass. pen.*, 1997, 4, 972.

⁽⁴²⁾ Si rinvia, a tal proposito, ancora al MANZINI, *op. cit.*, 391, secondo la cui concezione «prezzo» è la cosa (denaro od altre utilità) data o promessa per determinare o istigare il soggetto al reato stesso. Cosa diversa è invece il «prodotto» del reato, inteso quale cosa materiale ... creata mediante l'attività delittuosa. E concetto ancora differente è il «profitto»: trattasi del lucro, del vantaggio economico che si trae, direttamente o indirettamente, dal reato, compresi quindi i beni di scambio e quelli costituenti il reimpiego del profitto inizialmente conseguito.

⁽⁴³⁾ Sebbene apparentemente "sedimentato" e "consolidato", la giurisprudenza di

procedere ad una sintetica ricostruzione del concetto di «prezzo del reato» come magistralmente perimetrato da molteplici pronunzie di legittimità precedenti e come rafforzato dalla speculazione dottrinale⁽⁴⁴⁾: sebbene vi sia stata nel più prossimo passato qualche incertezza in ordine alla qualificazione di alcuni beni come «prezzo» piuttosto che come «profitto» del reato, la categorizzazione suddetta non è affatto in discussione.

Stando alla più consolidata giurisprudenza (cui l'ordinanza in commento può dirsi conforme), alla qualificazione dei beni oggetto dell'ordinanza come «prezzo» e non come «profitto» del reato seguirebbe (*rectius*: segue) un'ulteriore conseguenza. Secondo prevalente e costante giurisprudenza⁽⁴⁵⁾, infatti, la deroga che l'art. 236 c.p. apporta all'art. 210, comma 1, c.p. concernerebbe le sole ipotesi di confisca obbligatoria⁽⁴⁶⁾ (quelle cioè interessanti le cose di cui al capoverso dell'art. 240 c.p.): detto altrimenti, qualora alla applicazione della confisca obbligatoria segua la estinzione del reato non verrebbe comunque meno la già disposta confisca, laddove tale effetto si verificherebbe – al contrario – nell'ipotesi in cui fosse a suo tempo stata disposta la confisca delle cose di cui al primo comma dell'art. 240 del codice penale.

legittimità – sulla scorta dell'*input* fornito in tal senso da talune innovatrici correnti dottrinali – in più di un'occasione (si veda, sul punto, Cass., sez. III, 9 luglio 1993, L., in *Cass. pen.*, 1994, p. 152; Cass., sez. III, 28 ottobre 1992, n. 2543, R., *ivi*, 1994, 1588) ha voluto “tentare la carta” della dilatazione del concetto di prezzo proprio al fine di sottrarre al regime di confiscabilità *res ex crimine* che, in prospettiva generalpreventiva, sarebbe stato meglio ricondurre nell'ambito dei beni costituenti oggetto di confisca obbligatoria. Per ovvie e naturali ragioni attinenti all'economia del presente lavoro, si può solo accennare a detto problema che meriterebbe peraltro più attenta analisi. In particolare si segnala che la suddetta lettura “ampliativa” del concetto di «prezzo» era stata formulata al precipuo condivisibile fine di evitare che somme sequestrate quale corrispettivo della vendita di alcune partite di droga fossero restituite al reo cui era stata applicata la pena ex art. 444 c.p.p.: si era quindi ritenuto che, nel caso di specie, il significato del termine «prezzo» dovesse essere ricondotto «al suo significato tecnico ed inestensibile, a livello giuridico, di corrispettivo per l'acquisto di un'utilità» riscontrabile «in tutti i rapporti fondati su reciproche contropartite per lo scambio, come la vendita o la permuta ricorrenti nelle pratiche di spaccio». L'orientamento giurisprudenziale in parola – già recessivo o, comunque, non certamente univoco: pronuncia difforme, in quello stesso tornio di tempo, era stata rappresentata da Cass., sez. VI, 14 dicembre 1990, S., in *Riv. pen.*, 1992, 392 – non ha però trovato successive conferme nella giurisprudenza di legittimità.

⁽⁴⁴⁾ Si veda, *supra*, nota n. 20.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, conformi sono Cass., sez. VI, 10 febbraio 2000, R., in *Cass. pen.*, 2001, 1789; Cass., sez. VI, 15 aprile 1993, *ivi*, 1993, 10, 97; Cass., sez. VI, 22 aprile 1992, F., *ivi*, 1993, 906.

⁽⁴⁶⁾ Questo orientamento della giurisprudenza di legittimità trova espressione in numerose sentenze della Suprema Corte: si veda, *ex pluribus*, Cass., sez. VI, 12 aprile 1989, in *CED Cass.*, rv. 181435.

Tale tesi cercherebbe fondamento nella circostanza che la confisca facoltativa ha ad oggetto beni che possono essere lecitamente detenuti, cosicché nessun pericolo sociale può derivare dal loro semplice possesso od uso quando questi non siano nella disponibilità del reo (beni cioè pericolosi in quanto posti nella disponibilità del reo, e non oggettivamente pericolosi).

La limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 236 c.p. alle sole ipotesi di confisca obbligatoria non può completamente persuadere l'interprete: il quale può subito rilevare lo stridente contrasto che, optando per simile opzione ermeneutica, deriva dalla mera lettura dell'art. 236 c.p.

Rubricato infatti «*Specie: regole generali*» (la qualificazione di certe regole come «*generali*» è, da sola, assai eloquente), la disposizione dell'art. 236 del nostro codice penale non contiene elemento alcuno che lasci intravedere la fondatezza del costruito fatto proprio dalla predetta giurisprudenza della Corte di cassazione. Anche il dato extratestuale, quale ricavabile dalla Relazione Ministeriale al progetto di codice penale⁽⁴⁷⁾, depone inoltre in senso sfavorevole alla suddetta impostazione.

In questa prospettiva appare opportuno richiamare quella giurisprudenza⁽⁴⁸⁾ che – rilevata la portata generale della regola posta dall'art. 236 c.p. nella parte in cui esclude l'applicazione della norma dell'art. 210 (quindi senza distinzioni di sorta tra diverse tipologie di confisca; e rilevata altresì la previsione di cui al n. 2) del secondo comma dell'art. 240 (che costituirebbe altrimenti oggetto di vera e propria *interpretatio abrogans*) – ritiene che l'eccettuazione al principio di inapplicabilità delle misure di sicurezza nel caso di estinzione del reato riguardi *tutti* i casi di confisca, ma che, nel caso in cui si tratti di cose confiscate facoltativamente pur in seguito a pronunzia che abbia dichiarato l'estinzione del reato, il Giudice debba motivare per dare contezza della scelta di non creare le basi per ripristinare quel legame tra quei beni e la persona del securtato che la misura di sicurezza *ex art. 240* aveva inteso dissolvere⁽⁴⁹⁾.

Il discorso meriterebbe di essere approfondito, in quanto – anche a voler accogliere la tesi fatta propria da quella giurisprudenza che qui si critica – sarebbe forse opportuno distinguere tra quelle ipotesi in cui intervengano *certe* cause di estinzione del reato (ad esempio la prescrizione) ovvero *altri equipollenti* (negli effetti) *fattori*.

Tali considerazioni introducono, nel presente lavoro, il problema rela-

⁽⁴⁷⁾ Vedi *supra* nota n. 10.

⁽⁴⁸⁾ Cass., sez III, 23 novembre 1982, in *CED Cass.*, rv. 162475.

⁽⁴⁹⁾ Trattandosi di cose per le quali la pericolosità sarebbe – alla luce di quanto detto sopra – qualificabile (solo) come soggettiva (sono i beni indicati nell'elenco di cui al primo comma dell'art. 240 c.p.), la necessità di una più puntuale motivazione sarà giustificata *anche* (non *solo*!) dalla necessità di illustrare le ragioni che avranno indotto l'organo del giudizio a ravvisare gli estremi per la confisca delle cose anche a prescindere da una sentenza di condanna: il giudice, infatti, dovrà spiegare (e ren-

tivo al rapporto generato dall'interferenza tra cause di estinzione del reato (in particolare, nel caso di specie, della prescrizione) e l'applicazione della misura di sicurezza della confisca, problema del quale prendiamo pertanto ad occuparci.

Valga, a proposito, evidenziare che proprio il delicato tema dei rapporti tra la predetta causa di estinzione del reato e la "persistenza" – ciò nonostante – della misura di sicurezza della confisca, lascia emergere possibili profili di censurabilità dell'ordinanza in esame.

5. L'art. 240 del nostro codice penale pone anche la regola⁽⁵⁰⁾ secondo cui, in certi casi, deve farsi luogo all'applicazione della confisca «anche se non è stata pronunciata condanna». Con locuzione criptica quanto basta per legittimare i più disparati dubbi, il codice definisce i rapporti tra l'estinzione del reato e l'istituto confiscatorio⁽⁵¹⁾.

Qui non interessa, per ovvie ragioni di "continenza", esaminare le conseguenze derivanti dal verificarsi di una delle cause di estinzione del reato astrattamente previste dal codice penale sulla già disposta confisca: sarebbe certo interessante pure solo fugacemente lambire il detto più generale tema e, magari e più nel particolare, quello dell'incidenza della morte del reo sul provvedimento di confisca dei beni, cogliendo l'occasione per evidenziare una delle più appariscenti implicazioni del principio del contraddittorio al processo penale: secondo certa giurisprudenza della massima Magistratura nazionale⁽⁵²⁾, infatti, il provvedimento conclusivo di un procedimento penale all'esito del quale sia stata dichiarata l'estinzione del reato per intervenuta morte del reo implica che il provvedimento con il quale fosse precedentemente stata disposta la confisca delle *res ex delicto* sia da considerare affetto da «inesistenza giuridica». La confisca – motiva il

dere comprensibile) sia le ragioni che stanno alla base della decisione di ordinare la confisca delle cose, sia quelle che lo hanno indotto a disporre tale misura nonostante la mancata pronunzia di una sentenza di condanna.

⁽⁵⁰⁾ Si veda la seconda parte della disposizione di cui al comma 2, *sub* n. 2).

⁽⁵¹⁾ La confisca, invero, è – giuridicamente – una sorta di "vaso di Pandora": fuor di metafora, infatti, è lecito affermare che i profili di problematicità dell'istituto in esame sono molteplici. Si pensi, ad esempio, alla nebulosa questione della tassabilità del profitto illecito: a dire il vero, l'art. 14 della L. 24 dicembre 19993, n. 537 fa rientrare nelle categorie di reddito di cui al T.U.I.R. anche i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo ove non già sottoposti a sequestro o confisca penale (oltremodo interessante in tema è BERSANI, *La tassabilità dei proventi da attività illecite: presupposti, criteri distintivi ed esistenza di obblighi di dichiarazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, III, 983, contenente penetrante analisi del rilevante problema della partecipazione – o meno – del "prezzo del reato" confiscato alla "capacità contributiva" del sicurtato).

⁽⁵²⁾ Il riferimento è a Cass., sez. VI, 19 aprile 1990, n. 3654, in *Giust. pen.*, 1990, III, 472.

Supremo Collegio – presuppone un procedimento regolarmente instaurato e la verifica in contraddittorio dell'esistenza del reato. Non è tuttavia questa la *sedes materiae* congeniale ad una diffusa trattazione dell'argomento.

Tornando ad occuparci dei rapporti tra prescrizione e confisca, un dato immediatamente deve essere segnalato all'attenzione del lettore: a norma dell'art. 240, comma 2, n. 2), c.p. la confisca del «prezzo del reato», diversamente da quanto accade per le cose di cui al precedente n. 1), presuppone una sentenza di condanna, laddove invece non presenta tale natura la sentenza che dichiara l'assoluzione dell'imputato per maturata decorrenza dei termini prescrizionali.

In dottrina è assolutamente fermo l'insegnamento secondo cui la sentenza di condanna è indefettibile presupposto dell'applicazione della misura di sicurezza in parola: la confisca non può essere ordinata se il reato cui pertengono le *res confiscandae* è estinto. Ne deriva che la eccezione al principio che richiede un provvedimento di condanna per l'applicazione della misura di sicurezza suddetta riguarderebbe le sole cose di cui all'art. 240, comma 2, n. 2, c.p.⁽⁵³⁾, il principio dell'art. 210 c.p. (derogato – s'è detto – dall'art. 236 c.p.) non subisce che una deroga puntuale e limitata alla sola ipotesi prevista dal n. 2) del capoverso dell'art. 240.

La giurisprudenza di legittimità condivide gli assunti dottrinali e le conclusioni che ne discendono: emblematica a tal proposito la sentenza con la quale gli Ermellini hanno precisato che in assenza del presupposto di una sentenza di condanna non può essere disposta la confisca dei beni⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ In verità anche la assolutezza di tale affermazione è revocabile in dubbio: in dottrina ci si è infatti posto il problema relativo alle conseguenze derivanti dalla estinzione del reato per amnistia. In questa specifica ipotesi, infatti, si rischierebbe di procedere con l'applicazione della misura della confisca anche a prescindere da quell'accertamento di un reato nei suoi elementi costitutivi che risulta, invece, operazione logicamente necessaria, pure ove poi non dovesse essere disposta la condanna dell'imputato. Si è allora voluto distinguere, condividendo l'impostazione "empirica" data al problema dalla giurisprudenza e salvo individuare una diversa giustificazione, tra l'ipotesi in cui le cose individuate dall'art. 240, comma 2, n. 2), c.p. siano suscettibili di essere qualificate come «assolutamente criminose», essendone *assolutamente* vietata «la fabbricazione, l'uso», etc.; e l'ipotesi in cui di quelle medesime cose sia *relativamente* vietata «la fabbricazione, l'uso», etc., essendo impedito dall'intervenuta causa di estinzione del reato il compiuto accertamento circa la mancanza o l'uso indebito dell'autorizzazione alla fabbricazione, all'uso, etc. Intervenuta l'amnistia, solo le prime sarebbero confiscabili, sulla base del rilievo dottrinale secondo cui vi sarebbe la necessità di evitare che la restituzione delle *res* rappresenti la premessa ideale dell'automatica commissione di un nuovo reato, che sarebbe integrato dal ristabilito possesso delle cose.

⁽⁵⁴⁾ Trattasi di Cass., sez. II, 2 ottobre 1995, in *CED Cass.*, rv. 205605 che nell'affermare il principio di cui nel testo, ha annullato una sentenza dichiarativa dell'intervenuta prescrizione del reato di ricettazione nella parte in cui aveva ordinato la confisca dei beni – nella specie reperti archeologici – disponendone la restituzione al legittimo proprietario.

Giustamente preoccupato da esigenze specialpreventive, il giudice per le Indagini Preliminari di Perugia sembra orientarsi verso soluzioni meno "benevolenti" di quelle prospettate dalla dottrina e condivise dalla giurisprudenza di legittimità.

Nel provvedimento in epigrafe, è pertanto dato leggere che «l'intervenuta estinzione del reato, in quanto comunque sussistente e riferibile all'imputato, non può far venire meno l'obbligatorietà della confisca perché significherebbe lasciare nella disponibilità del reo proprio quel bene che lo ha determinato a delinquere con evidenti ripercussioni negative sotto il profilo della stessa pericolosità sociale»: ecco dunque comparire il riferimento alla rappresentata necessità di interpretare rettamente l'espressione con la quale il legislatore codicistico sgancia la applicazione della misura di sicurezza della confisca dal presupposto dell'intervenuta condanna del reo («anche se non è stata pronunciata condanna»).

A sostegno dell'impostazione accolta, il giudicante richiama del resto una recente pronuncia del Giudice di nomofilachia⁽⁵⁵⁾ con la quale si è affermato che «il provvedimento di confisca, disposto contestualmente ad un decreto di archiviazione per estinzione del reato, di una somma di denaro sequestrata come prezzo del reato, è legittimo, stante la non estensibilità alle misure di sicurezza patrimoniali ... del disposto dell'art. 210 c.p. che preclude l'applicazione di quelle personali in caso di estinzione del reato».

Anche a prescindere dal richiamo al precedente giurisprudenziale di legittimità, la decisione del giudice perugino è nel suo complesso condivisibile perché condivisibili appaiono due assunti su cui il costruito decisorio è complessivamente eretto.

Innanzitutto si conviene con il provvedimento in esame quando rileva che l'espressione «è sempre ordinata la confisca» di cui all'art. 240, cpv. impone di procedere a confisca «... quando ci si trova in presenza di cose che costituiscono il prezzo del reato ...», in quanto la misura servirebbe a colpire – prosegue il gip – «cose di per sé stesse caratterizzate da profili di pericolosità e ciò indipendentemente da una pronuncia di condanna», giacché «è sufficiente che un reato sia stato materialmente commesso». E, nel caso di specie, non v'è dubbio che le cose già sequestrate e per le quali è stata avanzata istanza di dissequestro presentino una tale natura, oltre che un preciso collegamento con un fatto di reato che permette di evincerne uno specifico profilo di pericolosità.

In secondo luogo appare calzante il richiamo che, a sostegno dell'impostazione predetta, il giudicante opera in ordine al combinato disposto degli artt. 210 e 236, comma 2, c.p., in forza del quale – si legge nell'ordinanza – «... l'estinzione del reato non impedisce l'applicazione di detta misura, in particolare quando si tratta di confisca obbligatoria».

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. I, 25 settembre 2000, n. 5262, in *Cass. pen.*, 2001, 1543.

6. In conclusione, si può sinteticamente rilevare che, in considerazione – da un lato – della circostanza che la natura dei beni sequestrati è, nel caso di specie ⁽⁵⁶⁾, tale da imporne la qualificazione come «prezzo del reato»; e dall'altro – della circostanza che ove pure il reato contestato agli indagati medesimi fosse dichiarato estinto per intervenuta prescrizione, ciò non inciderebbe sull'obbligo, per il giudice, di disporre *ex art. 240, comma 2, n. 1)*, c.p. la confisca dei conti correnti sui quali sono stati effettuati accrediti fittizi dissimulanti le somme versate a fini di corruttela, il giudice per le Indagini Preliminari di Perugia, non poteva non disporre il rigetto dell'istanza di dissequestro avanzata dalla difesa dell'imputato.

CASIMIRO ANTONO NIGRO

⁽⁵⁶⁾ Proprio in ragione del “rapporto di pertinenzialità” esistente con il reato ascritto agli indagati nel procedimento in cui l'atto in esame si inserisce

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA - 11 agosto 2006, n. 419 - *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI
– Monticelli Unipersonale, Manrico Italia s.r.l. (avv.ti La Spina e Pellicano) c. Comune di Perugia (avv. Cartasegna).

Edilizia ed Urbanistica – Condono edilizio – Limiti volumetrici – Ri-strutturazione edilizia – Inapplicabilità.

Edilizia ed Urbanistica – Condono edilizio – Ampliamento di autonoma struttura abitativa – Calcolo del volume.

Edilizia ed Urbanistica – Condono edilizio – Aree vincolate – Potere di qualificare l'abuso – Irrilevanza di ulteriori valutazioni.

La condonabilità delle opere realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo e non conformi alle previsioni urbanistiche è prevista, in generale, dall'art. 20, comma 1, lettera a), della l.r. 21/2004 entro stretti limiti volumetrici, mentre detti limiti, ai sensi della successiva lettera c), non si applicano alle opere abusive riconducibili alla tipologia n. 3, vale a dire alle opere di "ristrutturazione edilizia come definite dall'art. 3, comma 1, lettera d), della l.r. 1/2004" (1).

In base all'art. 27, comma 4, l.r. 21/2004, nell'ipotesi in cui "ogni unità immobiliare si configuri come autonoma struttura abitativa", l'ampliamento condonabile andrebbe calcolato sulla singola unità (2).

Il potere del Comune di qualificare l'abuso ai fini del condono non è vincolato da valutazioni espresse dall'Amministrazione statale contitolare di poteri di tutela paesaggistica (3).

(*Omissis*) 1. Viene impugnato il diniego (parziale) di condono ai sensi della legge 326/2003, opposto dal Comune di Perugia (dopo la comunicazione prot. 90638 in data 18 maggio 2005, ai sensi dell'articolo 10 bis della legge 241/1990 e la risposta della società istante in data 30 maggio 2005) con ordinanza n. 51 in data 23 settembre 2005.

Il condono riguarda la realizzazione, in zona San Giovanni del Pantano, vocabolo Monticelli (area sottoposta a vincolo paesaggistico e classificata dallo strumento urbanistico come zona APET "ambiti di

promozione economico-turistico”), di interventi edilizi in difformità dalla concessione edilizia n. 254/2002, che prevedeva la ristrutturazione di un complesso immobiliare costituito da un fabbricato principale e da due annessi, denominati A e B (di quest’ultimo era prevista la conservazione).

Le difformità consistono nella costruzione di un corpo di fabbrica in aderenza al fabbricato principale, di una piscina e nella modifica interna al manufatto A (opere condonate con provvedimento n. 17 in data 7 luglio 2005); e nella demolizione del manufatto B e nella costruzione, su diversa area di sedime, di un nuovo edificio, opere che il Comune ha ritenuto configurabili come “nuova costruzione” e pertanto non condonabili ai sensi dell’articolo 21, lettera d), della l.r. 21/2004.

2. La società proprietaria dell’immobile (unitamente alla società dante causa) prospettano avverso il diniego parziale articolate censure, appresso esaminate.

Resiste, controdeducendo puntualmente, il Comune di Perugia.

2.1. Le ricorrenti sostengono anzitutto che le opere sono riconducibili alla tipologia della “ristrutturazione edilizia” e come tali sono condonabili ai sensi dell’articolo 20, comma 1, lettera c), della l.r. 21/2004.

La tesi non è condivisibile.

L’articolo 21, comma 1, lettera d), della l.r. 21/2004, stabilisce che non è condonabile “la realizzazione di nuovi edifici, salvo quanto previsto dall’articolo 20, comma 1, lettera b)”.

La condonabilità delle opere realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo e non conformi alle previsioni urbanistiche è prevista, in generale, dall’articolo 20, comma 1, lettera a), della l.r. 21/2004 entro stretti limiti volumetrici, mentre detti limiti, ai sensi della successiva lettera c), non si applicano alle opere abusive riconducibili alla tipologia n. 3, vale a dire alle “opere di ristrutturazione edilizia come definite dall’articolo 3, comma 1, lettera d), della l.r. 1/2004” (come anche alle meno impattanti opere di restauro e risanamento conservativo o di manutenzione straordinaria),.

Ma per la citata lettera d) dell’articolo 3 della l.r. 1/2004, sono “«interventi di ristrutturazione edilizia», gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare a un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono la sostituzione degli elementi costitutivi dell’edificio, l’eliminazione, la modifica e l’inserimento di nuovi elementi e impianti, la modifica o realizzazione di aperture anche esterne, nonché la modifica del numero delle unità immobiliari e delle superfici utili interne. Nell’ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria, sagoma e area di sedime preesi-

stenti, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per gli interventi di prevenzione sismica e per l'installazione di impianti tecnologici".

Va sottolineato che, secondo quanto precisato dal Comune (con riferimento al progetto ed alla documentazione depositata) e non confutato dalle risultanze processuali, il manufatto (annesso) B aveva le dimensioni di m 6 x 4 ed un'altezza di m 2,65, era distribuito su di un unico piano ed era prospiciente al fabbricato principale; mentre risulta realizzato un immobile di due piani (uno interrato e l'altro fuori terra), dalle dimensioni, rispettivamente, di m 9,50 x 10,40 e m 12 x 8,15, per un'altezza di m 2,70, su un'area diversa limitrofa alla (realizzanda) piscina.

È pertanto evidente che l'intervento realizzato, comportante demolizione e ricostruzione di edificio di forma e dimensioni e su area di sedime diverse da quelle preesistenti, va qualificato, ai sensi dell'articolo 3, lettera e), della l.r. 1/2004, tra gli «interventi di nuova costruzione», quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti. Sono comunque da considerarsi tali: 1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento planivolumetrico di quelli esistenti, fermo restando, per gli interventi pertinentziali, quanto previsto al numero 6); (...)"

2.2. Le ricorrenti sostengono poi che la valutazione della domanda di condono avrebbe dovuto riferirsi al complesso edilizio nella sua unità inscindibile, anziché considerare separatamente i manufatti.

L'articolo 23, comma 1, della l.r. 21/2004 considera "la domanda relativa alla definizione dell'illecito edilizio ... riferita a singole unità immobiliari", con ciò stabilendo ad un tempo il criterio di compilazione delle domande e quello di valutazione delle stesse.

Correttamente, quindi, il Comune, considerando il manufatto B, ha negato parzialmente il condono.

Peraltro, diversamente opinando (nel senso prospettato dalle ricorrenti), la non condonabilità del manufatto B avrebbe dovuto condurre ad un diniego complessivo di condono (con evidente pregiudizio dell'interesse delle ricorrenti).

2.3. Ulteriore censura fa leva sulla autonoma condonabilità delle opere in questione alla luce dell'articolo 20, comma 1, lettera b), della l.r. 21/2004, secondo cui sono condonabili le opere "conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici".

A parte ogni considerazione relativa al rispetto dei limiti volumetrici previsti dalla lettera b), va sottolineato che detta conformità urbanistica non risulta.

L'articolo 21 bis delle N.T.A. del Nuovo P.R.G. del Comune di Perugia, invocata dalle ricorrenti, assoggetta a concessione edilizia (diretta) i

solli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente, ma impone la previa approvazione di uno strumento attuativo (“...l’attivazione di dette previsioni è subordinata all’approvazione di un piano attuativo di tutte le APET ...”) per la realizzazione di nuove opere, ipotesi che, come esposto, si verifica nel caso in esame.

E non appare controverso che uno strumento attuativo che preveda le opere contestate non sia mai stato approvato (il Comune ha precisato che, in realtà, una proposta in tal senso presentata da società proprietaria delle aree limitrofe, era stata archiviata, per omessa evasione della richiesta di integrazione documentale, in data 19 dicembre 2003).

2.4. Né può ritenersi, con le ricorrenti, che le opere sarebbero condonabili, sempre in base all’articolo 21 bis delle N.T.A., citato, in quanto manufatto posto al servizio del fabbricato principale, classificato come bene di interesse tipologico ai sensi dell’articolo 6 della l.r. 53/1974.

La disposizione prevede infatti che, nelle more della predisposizione del piano attuativo, sono ammessi sui beni individuati sparsi gli interventi di cui all’articolo 44 delle stesse N.T.A., ma detti ultimi interventi consistono nella “costruzione di annessi al servizio di edifici principali che ne sono sprovvisti ... nel limite di mc 60”.

Ora, se si considera che in prossimità dell’edificio principale esistevano due manufatti (A e B), e che il manufatto ricostruito sviluppa una cubatura di oltre mc 500, appare evidente come non sussistano le condizioni per applicare la disposizione invocata.

2.5. Inapplicabile appare anche l’invocato articolo 44, penultimo comma, delle N.T.A., secondo cui “... relativamente agli annessi presenti nell’area di pertinenza dell’edificio principale oggetto di tutela è ammessa la ristrutturazione urbanistica di cui alla lett. e) dell’art. 31 l. 457/1978 anche con cambio di destinazione d’uso ... limitatamente ad una volumetria complessiva di mc 600”.

Ora, se anche non può considerarsi ostativo (come sostiene la difesa del Comune) la mancanza di un progetto di ristrutturazione urbanistica, posto che l’articolo 31, lettera e) definisce una tipologia edilizia per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, a prescindere dalla connotazione progettuale che ne viene data, resta il fatto che, alla luce di quanto sopra esposto, la volumetria dei due annessi adiacenti all’edificio principale interessati dall’intervento effettuato (come da quello assentito) supera abbondantemente il limite di 600 mc.

2.6. Se poi si considera la natura dell’abuso, risulta evidente anche l’inapplicabilità dell’articolo 20, comma 1, lettera b), là dove prevede la condonabilità, entro i limiti volumetrici previsti dall’articolo 32, comma 25 del d.l. 269/2003, degli “ampliamenti di edifici esistenti”.

Giova ripetere che l’annesso B è stato demolito e ricostruito con diversa forma, dimensioni e su diverso sedime, per cui è impossibile

configurare le opere abusive come ampliamento di detto edificio.

2.7. Le ricorrenti sostengono anche che l'opera costituirebbe una "unità immobiliare pertinenziale" all'edificio principale, come tale condonabile ai sensi dell'articolo 27, comma 4, della l.r. 21/2004.

In realtà, la disposizione riguarda "L'ampliamento di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 20" e prevede come debba calcolarsi detto ampliamento in presenza di più unità immobiliari, anche pertinentziali, insistenti all'interno dell'area del medesimo proprietario.

Perciò, esclusa la configurabilità di un "ampliamento", anche detta disposizione non può applicarsi.

In ogni caso, secondo l'articolo 27, comma 4, nell'ipotesi in cui "ogni unità immobiliare si configuri come autonoma struttura abitativa", l'ampliamento condonabile andrebbe calcolato (non una sola volta, con riferimento alla sommatoria di tutte le superfici di tutte le unità immobiliari interessate, bensì) sulla singola unità. E detta ipotesi sembra ricorrere nel caso in esame, posto che la società proprietaria ha chiesto il cambio di destinazione d'uso a immobile residenziale per il manufatto (ex) annesso B.

2.8. La circostanza che la Soprintendenza, nel valutare la compatibilità paesaggistica dell'intervento (con nota prot. 10165/05 in data 2 agosto 2005), abbia considerato l'abuso come "ristrutturazione e/o manutenzione", non inficia il diniego impugnato.

Il potere del Comune di qualificare l'abuso ai fini del condono non è vincolato da valutazioni espresse dall'Amministrazione statale contitolare di poteri di tutela paesaggistica (a parte il rilievo che la Soprintendenza, con ogni probabilità, si è limitata a valutare la sostanziale valenza paesaggistica della trasformazione del territorio vincolato, recependo la configurazione che veniva prospettata nella domanda di condono).

L'esito di dette valutazioni di compatibilità paesaggistica, effettuate ai sensi e per gli effetti di cui alla legge 308/2004, peraltro, non può condizionare l'autonoma e parallela valutazione di condonabilità sotto il profilo urbanistico-edilizio, ai sensi della legge 326/2003 e della l.r. 21/2004.

2.9. Infine, le ricorrenti deducono la violazione degli articoli 9 e 12 della legge 47/1985 (ora, 33 e 34 del T.U. di cui al d.lgs. 380/2001), e degli articoli 6, 7 e 8, della l.r. 21/2004, in quanto non sarebbe stato considerato che la demolizione dell'annesso costituisce un pregiudizio per la parte dell'immobile conforme (scale di collegamento, piscina, etc.), e che sussistevano i presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria, in luogo di quella demolitoria.

Al riguardo, va osservato che, esclusa la configurabilità di una "ristrutturazione edilizia" ed affermata invece quella di una "nuova costruzione", all'abuso realizzato in area vincolata, ai sensi dell'articolo

6 citato, non poteva che essere applicata la sanzione ripristinatoria.

Senza considerare che la natura stessa dell'abuso, per quanto esposto, impedisce di distinguere una parte conforme da una difforme.

3. In conclusione, il ricorso dev'essere respinto, in quanto infondato.

Si ravvisano tuttavia giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

(1-3). Con la sentenza in rassegna il Tribunale amministrativo umbro, dovendosi pronunciare su un diniego parziale di condono edilizio emesso dal Comune di Perugia nei confronti dei ricorrenti, ha compiuto, ai fini del *decisum*, una accurata operazione di qualificazione giuridica per chiarire se le opere in questione rientrassero nella nozione di "ristrutturazione edilizia" o in quella di "nuova opera".

Nel nostro ordinamento la nozione di "ristrutturazione edilizia" è stata introdotta, per la prima volta, dall'art. 31, comma 1, lett. d), della legge n. 457/78 con il quale venivano considerati interventi di ristrutturazione edilizia quelli "rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente". La norma richiamata prosegue indicando, a titolo esemplificativo, alcuni interventi specifici di ristrutturazione ed in particolare quelli che comportano "il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modificazione o l'inserimento di nuovi impianti". Già la giurisprudenza, formatasi prima dell'entrata in vigore del Testo unico in materia di edilizia del 2001, aveva ampliato, in via interpretativa, la portata della norma, di per sé abbastanza generale, affermando che il concetto di "ristrutturazione edilizia" comprende anche la demolizione seguita dalla fedele ricostruzione del manufatto, purché tale ricostruzione assicuri la piena conformità di sagoma, di volume e di superficie tra il vecchio ed il nuovo manufatto, e venga, comunque effettuata in un tempo ragionevolmente prossimo a quello della demolizione (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2000, n. 1906, *Riv. giur. ed.*, 2000, I, 650). Pertanto venivano considerati interventi di ristrutturazione edilizia anche quelli di ricostruzione di un edificio a seguito di demolizione, purché la ricostruzione, che deve avvenire dopo la demolizione senza dilazione di tempo, sia fedele, e cioè senza variazione di sagoma, volume e di superficie. Questo principio è stato ulteriormente sviluppato, in senso restrittivo, dal Consiglio di Stato il quale ha affermato che il nuovo edificio deve essere assolutamente identico nelle linee fondamentali a quello demolito, con conseguente impossibilità di realizzare nuovi volumi (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 1999, n. 197, *Appalti, urb., ed.*, 2000, 343). Tale assidua e delicata

opera interpretativa della giurisprudenza, come è stato osservato da una dottrina che si condivide (DAMONTE, in *La Nuova disciplina Edilizia*, a cura di FANTIGROSSI - PISCITELLI 2003, 157) mantiene ancora oggi una indubbia rilevanza, utile a consentire agli operatori del diritto di stabilire, in maniera quanto più precisa possibile, l'estensione della normativa, la quale negli ultimi anni ha registrato una importante evoluzione.

Innanzitutto il legislatore con d.P.R. n. 380/2001 (Testo unico in materia di edilizia) ha recepito la nozione di ristrutturazione edilizia offerta dall'art. 31, l. n. 457/78, ampliandone il suo contenuto. Infatti l'art. 3, lett. d), d.P.R. n. 380/2001 oltre a riportare quanto previsto dalle già vigenti disposizioni, ha canonizzato i principi giurisprudenziali in precedenza richiamati, disponendo che *"nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica"*. Pertanto la norma in esame qualifica espressamente come intervento di ristrutturazione la ricostruzione a seguito di demolizione purché essa sia fedele, vale a dire sia corrispondente al manufatto preesistente quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche materiali.

L'impianto offerto dall'art. 3, lett. d), d.P.R. n. 380/01 ha subito una sensibile modifica a seguito dell'introduzione dell'art. 1, comma 6, lett. b), l. n. 443/01 (legge obiettivo). Tale norma ha sancito l'assoggettamento degli interventi di ristrutturazione edilizia alla D.I.A. e, pur confermando quanto previsto dalla normativa pregressa in tema di ristrutturazione edilizia a seguito di demolizione e fedele ricostruzione, ha escluso che il nuovo organismo dovesse necessariamente occupare la medesima area di sedime del precedente e che dovesse avere le medesime caratteristiche dei materiali. Il successivo comma 14, del medesimo art. 1, poi, delegava il governo ad emanare, entro il 31 dicembre 2002, un decreto legislativo volto a modificare il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia alla luce delle novità apportate dall'art. 1, dal comma 6 al comma 14, l. n. 443/01. Pertanto il d.lgs. n. 301/02 ha modificato l'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 380/01 con il quale viene stabilito che un'opera deve essere qualificata come ristrutturazione edilizia anche a seguito di demolizione e fedele ricostruzione, purché il manufatto ricostruito riproduca la stessa volumetria e sagoma dell'edificio preesistente, potendo esso essere eretto anche su una diversa area di sedime e con caratteristiche materiali diverse rispetto al corpo demolito.

L'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 380/01 dispone altresì che le Regioni esercitano in materia edilizia la potestà legislativa concorrente nel rispetto dei principi fondamentali introdotti dal d.P.R. n. 380/01. La regione Umbria ha provveduto al riguardo con l'approvazione delle l.r. n. 1/2004, la quale, all'art. 3, lett. d), definisce gli interventi di ristrutturazione edilizia. La norma sostanzialmente si appropria della definizione già offerta dalla normativa

nazionale, con alcune differenziazioni che meritano approfondimento. In particolare la legge umbra non parla di “fedele ricostruzione”, bensì solo di “ricostruzione”, anche se stabilisce che essa deve avvenire con la stessa volumetria, sagoma ed area di sedime. Da una prima lettura, quindi, sembrerebbe che, malgrado la legge umbra n. 1/04 non parli di fedele ricostruzione, tuttavia essa indichi quei criteri (stessa volumetria, sagoma ed anche area di sedime, a differenza della normativa nazionale) che rendono una ricostruzione senz’altro corrispondente al corpo preesistente. Ma l’aspetto che più interessa l’interprete è dato dal fatto che la l.r. menzionata, al fine di poter qualificare un intervento di ricostruzione a seguito di demolizione come ristrutturazione edilizia, richiede che l’edificio ricostruito abbia lo stesso volume e la stessa sagoma del corpo demolito e che la ricostruzione avvenga nella stessa area di sedime. Con tale disposizione, dunque, il legislatore umbro ha optato per una soluzione restrittiva, pienamente legittima in quanto la potestà legislativa regionale, nel disciplinare in via concorrente una determinata materia, può introdurre disposizioni più restrittive rispetto a quelle offerte dalla “legislazione dei principi”.

Alla luce del *corpus* normativo vigente appare del tutto condivisibile la posizione assunta dal Collegio umbro in riferimento al caso giudicato. In punto di fatto è stato accertato che l’opera ricostruita nel caso di specie non ha né il volume, né la sagoma, né la stessa area di sedime dell’originario annesso. Pertanto, bene ha fatto l’organo giudicante a qualificare l’intervento come “nuova costruzione”, anziché “come ristrutturazione edilizia”. Infatti l’art. 3, comma 1, lett. e), d.P.R. n. 380/01 e l’art. 3, comma 1, lett. e), l.r. Umbria n. 1/04, prima di indicare a titolo esemplificativo alcuni interventi specifici rientrati nella categoria, definiscono gli interventi di nuova costruzione in via residuale e cioè come quegli interventi di trasformazione edilizia ed urbanistica che “non rientrano nelle categorie definite alle lettere precedenti”.

La qualificazione giuridica attribuita agli interventi in oggetto è essenziale ai fini del *decisum* in quanto la normativa vigente in materia di condono edilizio prevede regimi differenziati per le “ristrutturazioni edilizie” rispetto ai “nuovi interventi”.

Nello specifico, lo strumento del condono edilizio, per sua natura, è un istituto temporaneo ed eccezionale rispetto al permesso di costruire in sanatoria e produce l’effetto di sanare abusi edilizi pregressi a fronte della corresponsione di una oblazione. Tale “rimedio” *una tantum* è stato, da ultimo, introdotto (o meglio reintrodotta!) dall’art. 32, d.l. n. 269/03, convertito in l. n. 326/03, norma che viene rubricata, probabilmente in modo un po’ infelice, “misure per la riqualificazione urbanistica”.

Tale norma è stata oggetto di forti critiche, anche di natura giuridica. In particolare si registra un intervento della Corte costituzionale che con le sentenze n. 196 e 198 e con l’ordinanza n. 197, tutte emesse il 24 giugno del 2004 (FORLENZA, *Le possibili restrizioni imposte a livello locale rischiano di far saltare le previsioni dell’introito* (nota a Corte cost. 28 giugno 2004, n.

196 e Corte cost., 28 giugno 2004, n. 198), in *Guida al diritto*, 2004, fasc. 7, 752- 754; MEZZACAPO, *Sulle eventuali ingerenze parola alla Consulta* (nota a Corte cost. 28 giugno 2004, n. 196 e Corte cost., 28 giugno 2004, n. 198), *ivi*, fasc. 27, 99- 101; DE PRETIS, *Condono edilizio e Regioni: la Corte mantiene le sue promesse*, in *Le Regioni*, 2006, 832-839) si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da otto regioni e da tre giudici sul condono edilizio rinnovato dall'art. 32, d.l. n. 269/03, convertito in l. n. 326/2003, e sulle questioni prospettate dal Governo contro alcune Regioni che avevano stabilito che nel rispettivo territorio non si desse attuazione alla normativa nazionale. A fronte della riapertura dei termini del primo condono introdotto con l. n. 47/85, venne prospettata l'assenza della contigenza e della necessità dell'intervento, e quindi della sua irragionevolezza in violazione dell'art. 3 Cost. La Corte al riguardo, però, ha respinto siffatta censura ritenendo come congrua la giustificazione resa dal legislatore di far richiamo, in modo forse eccessivamente pedissequo, alla persistente e grave situazione di abusivismo edilizio.

L'art 32, d.l. n. 269/03, poi, non ha chiarito se la materia dei condoni edilizi rientrasse nella locuzione di "governo del territorio", e quindi tra le materie di legislazione concorrente, oppure tra le misure di "tutela dell'ambiente", e pertanto riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale. Su questo aspetto, pertanto, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, la quale, nelle sentenze sopra richiamate, ha affrontato compiutamente la questione del riparto di competenze legislativa tra Stato e Regioni. Sul punto i Giudici costituzionali affermano che la materia dei condoni inerisce alla locuzione "governo del territorio", tanto da diventare, in virtù del disposto del nuovo art. 117, comma 3, Cost., materia di legislazione concorrente, con la conseguenza che "solo alcuni limitati contenuti di principio di questa legislazione possono ritenersi sottratti alla disponibilità dei legislatori regionali". A tale proposito viene rilevata la parziale illegittimità del provvedimento normativo impugnato nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità le condizioni e le modalità per l'ammissione a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio di cui all'Allegato 1, il titolo abilitativo in sanatoria di cui al comma 1 dell'art. 32, il limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili; la determinazione delle volumetrie massime condonabili. Al di fuori di queste ipotesi è possibile riconoscere al legislatore regionale un ruolo rilevante di articolazione e specificazione delle disposizioni dettate dal legislatore nazionale in tema di condono, con l'opportuna sottolineatura che le regioni possono limitare l'operatività del condono ma non possono, di riflesso, mai estenderla (MUSOLINI, *Il legislatore regionale può limitare ma non ampliare l'operatività del condono oltre i limiti stabiliti dal legislatore statale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1673). Ovviamente, pare quasi retorico sottolinearlo, il potere legislativo delle Regioni in materia di condoni si esplica sul versante amministrativo, giammai su quello penale. In definitiva la Corte costituzionale non è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.

32, d.l. n. 269/03, convertito con la l. n. 326/03, ma, come ha riconosciuto una autorevole dottrina, le pronunce inducono a ritenere che sarebbe necessario riscrivere l'intero testo legislativo alla luce dei principi enucleati dal "giudice delle leggi" [PEZZELLA V., *Condono Edilizio: non è illegittimo ma in pratica è tutto da rifare. Nuovi e discutibili termini. Norme di dettaglio alle regioni, in Condono Edilizio. Le novità dopo le Sentenze della Corte Costituzionale, Supplemento a D&G Diritto e Giustizia, 2004, fasc. 30, pagg. II-XXI*; MORBIDELLI G., *Il Condono Edilizio secondo la Corte Costituzionale: non è del tutto incostituzionale, ma è tutto (o quasi) da riscrivere*, in *www.giustamm.it*].

La Regione Umbria è intervenuta in materia mediante l'approvazione della l.r. n. 21/04 con la quale, al titolo II, viene disciplinato il condono edilizio.

L'art. 20 della legge citata provvede ad individuare gli interventi condonabili. Per quanto riguarda le opere costruite in assenza o in difformità del titolo abilitativo e non conformi alle prescrizioni urbanistiche la sanatoria è ammessa per 30 metri quadrati di superficie per unità immobiliare; fino a 60 metri quadrati per unità immobiliari destinate ad attività produttive o a servizi; fino a 100 metri quadrati per unità immobiliari destinate ad attività produttive e servizi ricadenti nelle zone D, E ed F di cui al d.m. n. 1444/1968. Pertanto il legislatore umbro ha introdotto limiti molto ristretti ai fini della condonabilità delle opere contrastanti con le previsioni urbanistiche vigenti. Contrariamente, per tutte le opere eseguite in assenza o difformità del titolo abilitativo richiesto, ma conformi alle prescrizioni urbanistiche vigenti, è ammessa la condonabilità nei limiti stabiliti dal comma 25 del d.l. n. 269/03, e cioè per gli interventi che non abbiano comportato ampliamento del manufatto superiore al 30 per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento superiore a 750 metri cubi. La norma, a cui la legge umbra ha fatto richiamo, continua stabilendo che le suddette disposizioni trovano altresì applicazione alle opere abusive realizzate nel termine di cui sopra relative a nuove costruzioni residenziali non superiori a 750 metri cubi per singola richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria. Tali limiti dimensionali non trovano applicazione relativamente agli interventi di chiusura di superfici di logge e portici e di realizzazione di locali interrati o seminterrati purché per questi ultimi l'altezza media ponderale delle pareti emergenti dal terreno non superi un metro lineare. Secondo la normativa umbra sono, poi, condonabili gli interventi, realizzati in assenza o in difformità di titolo abilitativo, di ristrutturazione edilizia come definiti dall'art. 3, comma 1, lettera d), l. r. n. 1/04, le opere di restauro e di risanamento conservativo come definite dall'art. 3, comma 1, lettera c), della l. r. n. 1/04 realizzate anche nelle zone A e le opere di manutenzione straordinaria come definite dall'art. 3, comma 1, lettera b) della l. r. n. 1/04, opere o modalità non valutabili in termini di superficie o di volume. Pertanto stando alla normativa regionale le opere di ristrutturazione edilizia sono condonabili nei limiti massimi stabiliti dalla normativa nazionale, ed in

particolare dal già citato comma 25 dell'art. 32, d.l. n. 269/03. Al contrario, il successivo art. 21, tra gli interventi non ammessi in sanatoria, alla lettera d), troviamo gli interventi di nuovi edifici, salvo che nei limiti tassativamente indicati dall'art. 20, comma 1, l.r. n. 21/2004. Pertanto, avendo il Collegio umbro qualificato gli interventi in oggetto come "nuova opera" e non come "ristrutturazione edilizia", legittimo appare, alla luce dei fatti provati in giudizio, il parziale diniego di condono emanato dal Comune di Perugia.

Peraltro infondata appare anche la censura avanzata dai ricorrenti circa l'asserita conformità degli interventi non ammessi a condono con le norme urbanistiche e le prescrizioni degli strumenti urbanistici. Infatti dalla lettura delle Norme Tecniche di Attuazione del Prg vigente si evince che prima del rilascio del titolo abilitativo per gli interventi sul patrimonio edilizio nelle zone APET (ambiti di promozione e economica e turistica) esistente è necessaria la preventiva approvazione di un piano attuativo. A tal proposito la l. 5 agosto 1978, n. 457 ha disciplinato gli interventi di recupero sul patrimonio edilizio esistente, introducendo un nuovo strumento urbanistico denominato piano di recupero. Lo strumento di pianificazione urbanistica individua pertanto le zone di recupero e all'interno delle stesse delimita le aree per le quali il rilascio del titolo abilitativi richiesto è subordinato all'approvazione del piano di recupero. A fronte di ciò il piano di recupero, sia esso di iniziativa pubblica che privata, deve contenere la disciplina specifica e necessaria per gli interventi di recupero progettati. Come ha rilevato giustamente il Tar dell'Umbria nella sentenza in rassegna, nel caso di specie manca il presupposto dell'approvazione di uno strumento attuativo gli interventi eseguiti non sono conformi alle prescrizioni urbanistiche e pertanto, le opere non sono condonabili ai sensi dell'art. 20, comma 1, lett. b), l.r. n. 21/04.

Altresì infondato è ritenere che l'opera non condonata costituirebbe una unità immobiliare pertinenziale rispetto all'edificio principale e per questo condonabile ai sensi dell'art. 27, comma 4, l. r. n. 21/2004. La norma in questione dispone che *"l'ampliamento di cui alla lettera a) del comma 1, dell'art. 20 per gli edifici costituiti da più unità immobiliari dello stesso avente titolo, o da più unità immobiliari pertinenziali insistenti all'interno del lotto o dell'area, sempre dello stesso avente titolo, è ammesso una sola volta ed è riferito alla sommatoria delle superfici di tutte le unità immobiliari interessate, salvo che ogni unità immobiliare si configuri come autonoma struttura abitativa, produttiva o a servizi"*. Il Collegio rileva, in primo luogo, che nel caso di specie, non ricorre nessun ampliamento, posto che tale ultima nozione fa riferimento ad interventi edilizi rivolti ad incrementare la superficie o il volume di organismi preesistenti. Il venir meno di questo presupposto, di per sé, già basta per escludere l'applicabilità dell'art. 27, comma 4, della l.r. n. 21/2004. Inoltre, nei fatti, i ricorrenti avevano chiesto il mutamento della destinazione d'uso ad immobile residenziale per il manufatto ex annesso B e, a parere del Collegio giudicante, questa circostanza di per se è idonea a rendere ogni unità immobiliare come autonoma struttura

abitativa, tanto da farne conseguire, per altro verso, l'inapplicabilità della norma in questione.

Da ultimo nel ricorso introduttivo veniva rilevato che la Soprintendenza, nel valutare la compatibilità paesaggistica dell'intervento, aveva qualificato lo stesso come "ristrutturazione e/o manutenzione". Anche in tale circostanza appare corretta l'interpretazione dell'organo giudicante il quale, ha affermato, che solo il Comune ha il poter di qualificare l'abuso ai fini del condono, non essendo pertanto vincolato ad eventuali e diverse valutazioni espresse dall'amministrazione statale contitolare di poter di tutela paesaggistica. Infatti dal momento che il potere di rilasciare titoli in sanatoria è stato attribuito ai Comuni dall'art. 32, d.l. n. 269/03, convertito con l. n. 326/03, spetterà allo stesso ente locale, in via esclusiva, qualificare gli interventi abusivi al fine del rilascio o meno del titolo richiesto. Per altro verso si potrebbe aggiungere che l'amministrazione statale non è stata chiamata a rilasciare il permesso in sanatoria bensì a valutare la compatibilità degli interventi realizzati in relazione ai beni protetti dal vincolo.

ANDREA PENSI

I

T.A.R. UMBRIA – 14 settembre 2006, n. 441 – Pres. LIGNANI – Est. UNGARI – Edward Jan De Vries e Sheila Ester De Vries (avv.ti Campagnola e Pazzaglia) c. Comune di Città di Castello (avv. Pedetta) e nei confronti del geom. Costanzo Radicchi, nonché di Paolo Piccini e Paola Biagioni (avv. Busiri e Frenguelli).

Giurisdizione e competenza – Giurisdizione amministrativa – Fattispecie – Strada vicinale – Ordinanza di ripristino – Sussistenza.

Beni pubblici – Strade vicinali – Ordinanza di ripristino – Potere di autotutela possessoria – Fattispecie – Sussistenza.

Beni pubblici – Strade vicinali – Cessazione della destinazione ad uso pubblico – Fattispecie – Disuso prolungato ed inerzia della P.A. – Insufficienza.

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti autoritativi

che dispongono il ripristino del pubblico transito su di una strada vicinale (1).

L'iscrizione nell'elenco delle strade vicinali soggette a pubblico transito giustifica l'emanazione dei provvedimenti sindacali di ripristino dell'uso pubblico della strada, quale esercizio di tutela possessoria iuris publici, quando siano state realizzate opere che impediscano la sua utilizzazione da parte della collettività (2).

Il disuso di una strada vicinale da parte della collettività e l'inerzia della p.a. nella cura della stessa e/o nell'intervento riguardo ad occupazioni o usi, da parte dei privati, incompatibili con la destinazione iuris publici, non costituiscono elementi sufficienti a comprovare inequivocabilmente la cessazione della destinazione del bene – anche solo potenziale – all'uso pubblico (3).

(*Omissis*). Il Comune richiama il tradizionale orientamento giurisprudenziale tendente a negare la giurisdizione del giudice amministrativo qualora, come nel caso in esame, l'esercizio dei poteri di autotutela dell'uso pubblico della strada presupponga l'iscrizione nell'apposito elenco comunale, e per contestarne il presupposto occorra quindi esperire (dinanzi al giudice ordinario) l'*actio negatoria servitutis*. Richiama anche il diverso, consolidato orientamento di questo Tribunale (cfr. sentt. 4 luglio 2003, n. 569; 21 giugno 2003, n. 507; 22 novembre 2002, n. 845; 21 settembre 2004, n. 545), basato sulla sopravvenienza della giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ad opera dell'articolo 34 del d.lgs. 80/1998, ed afferma che una simile conclusione non è più sostenibile alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di detta disposizione, proprio là dove estende la giurisdizione esclusiva all'intera materia urbanistica.

Va però osservato che la pronuncia di incostituzionalità, e la conseguente riscrittura della disposizione operata dalla Corte, hanno riguardato l'art. 34, comma 1, del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall'art. 7, lettera b, della legge 205/2000, "nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia".

Pertanto, conformemente alle più recenti sentenze di questo Tribunale (cfr. sentt. 13 gennaio 2006, n. 7 e 23 gennaio 2006, n. 14), va ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti autoritativi, ai sensi degli articoli 378 della legge 2248/1865, allegato F, e 15 del d.l.lgt.

1446/1918, che dispongono il ripristino del pubblico transito su di una strada vicinale.

Nel merito, occorre ripartire da quanto stabilito dalla sentenza n. 57/2005.

Con essa, accertata l'esistenza di una strada vicinale a suo tempo soggetta ad uso pubblico, da tempo in disuso ma tuttora suscettibile di una utilizzazione pedonale o cicloturistica, e l'interruzione del suo tracciato ad opera dei ricorrenti, il Tribunale ha ritenuto che non vi fossero ragioni per omettere la fase partecipativa, al fine di "individuare la soluzione" (vale a dire, le modalità di ripristino della strada di Casalsole, compreso un eventuale tratto alternativo a quello originario) "in grado di soddisfare al contempo l'interesse pubblico e quello di tutti i soggetti privati coinvolti".

Con la nota di osservazioni presentata in data 2 maggio 2005, a seguito della comunicazione di avvio del procedimento, i ricorrenti, a ben vedere, non hanno prospettato elementi che concretizzassero un apporto collaborativo nella ricerca della predetta soluzione. Infatti, con detta nota, oltre ad eccepire la brevità dei termini concessi per la partecipazione (eccezione che, alla luce del contenzioso pregresso, che ha portato ad approfondire gli aspetti della questione, non appare fondata):

- hanno ribadito che l'interruzione della strada non era a loro imputabile, ma tale circostanza era già oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza n. 57/2005;

- hanno affermato che il provvedimento di polizia demaniale presupponeva la definizione del procedimento di riqualificazione dell'area e cancellazione del tracciato catastale avviato su loro richiesta in data 22 settembre 2003, ma tale rapporto di pregiudizialità procedimentale non è sancito da alcuna norma; né, in tal senso, possono trarsi spunti analogici dal rapporto esistente tra procedimenti sanzionatori edilizi e procedimento di accertamento di conformità (sanatoria) delle opere realizzate *sine titulo*, posto che in materia di riqualificazione territoriale e declassificazione delle strade soggette ad uso pubblico l'Amministrazione, diversamente che nei procedimenti edilizi, esercita un'ampia discrezionalità;

- hanno altresì rappresentato che l'adozione del provvedimento di ripristino della viabilità era condizionata alla previa definizione del relativo interesse pubblico, con riferimento alle caratteristiche dell'uso della strada; nonché, alla considerazione dei titoli edilizi già rilasciati nella zona e degli interventi di ristrutturazione urbanistica in corso di adozione (su iniziativa dei controinteressati) nell'area adiacente.

Con riferimento a questi ultimi aspetti, va sottolineato che le caratteristiche del tracciato da riaprire al pubblico transito erano già state individuate negli atti acquisiti al giudizio conclusosi con la sentenza n. 57/2005, e recepite nella pronuncia. Infatti, nella relazione depositata

dal Comune (in esecuzione dell'ordinanza n. 11/2004) con la nota prot. 14052 in data 19 maggio 2004, nuovamente versata in atti, può leggersi, con riferimento alla strada vicinale interrotta, che *“tale percorso, pur non risultando il migliore dal punto di vista della percorribilità veicolare (tratti ad elevata pendenza, larghezza contenuta) costituirebbe senz'altro un itinerario suggestivo dal punto di vista paesaggistico-ambientale specialmente per una percorribilità pedonale nonché con cicli, motocicli, cavalli, ecc.”*. E nella sentenza, come già sopra riportato al punto 1., è stato affermato che *“... sembra di poter concludere che il ripristino della percorribilità del tratto di strada in questione potrebbe senz'altro tornare utile per scopi di passeggiate e turismo (che prescindono dal transito con le autovetture), mentre per reinserirlo nella viabilità ordinaria occorrerebbe fare lavori di entità non modesta, a fronte di un'utilità assai relativa, stante l'esistenza di accessi alternativi”*.

Le trasformazioni previste o programmate da interventi edilizi o urbanistici, invece, sono elementi che, certamente, il Comune era (ed è) tenuto a considerare, nell'esercizio dell'attività di vigilanza e tutela del proprio territorio, e conseguentemente costituiscono parametro per ogni eventuale valutazione della correttezza della soluzione (che sarà stata) individuata per la viabilità della zona; ma è altrettanto evidente che detti elementi non potevano permettere ai ricorrenti di ritardare o condizionare la prospettazione di un'ipotesi di soluzione.

In altri termini, non poteva essere il piano attuativo proposto, sulla base della situazione dei luoghi conforme ai provvedimenti vigenti, dai controinteressati (per la ricostruzione e cambio di destinazione d'uso di un fabbricato rurale, con traslazione in allontanamento dall'edificio dei ricorrenti, e la realizzazione di un parcheggio pertinenziale, secondo quanto è possibile desumere dalla documentazione versata in atti), a condizionare il ripristino della percorribilità della strada di Casalsole; al contrario, la modificazione prevista dal piano attuativo *in itinere* poteva (doveva) essere considerata dai ricorrenti nel formulare la propria proposta di tracciato alternativo.

Con la sentenza n. 57/2005 è stata ribadita la doverosità del ripristino della percorribilità della strada vicinale di uso pubblico, tutte le volte che possa ancora risultare utile per il pubblico transito.

D'altra parte, chi ha interrotto il tracciato di una strada vicinale di uso pubblico, qualora ciò sia avvenuto in un contesto connotato dal prolungato disuso del tracciato e dall'aver confidato in buona fede nella non utilizzazione della strada, può, al massimo, pretendere che vengano prese in considerazione le proprie proposte di un tracciato alternativo atto a garantire (oltre ad un'adeguata difesa del proprio interesse alla modifica del tracciato originario, anche) le perduranti esigenze di pubblico transito.

Ed è evidente che, essendo privato (o, comunque, individuale) l'interesse che sollecita la modifica del tracciato, i relativi oneri devono ricadere sul titolare dell'interesse. Vale a dire, l'alternativa proposta non può comportare un sacrificio di terzi (per lo meno, se di essi non è stata acquisita la disponibilità), come nel caso di un tracciato che si sviluppi su sedime di proprietà altrui.

Questi i limiti della tutela accordata ai ricorrenti sulla base di quanto disposto dalla sentenza n. 57/2005.

Per quanto esposto, può convenirsi con il Comune che i ricorrenti, mediante la nota in data 2 maggio 2005, non abbiano introdotto alcun "elemento di novità" che, permettendo di individuare una soluzione alternativa (giuridicamente praticabile, secondo quanto anzidetto) al ripristino del tracciato originario, impedisse l'adozione del provvedimento impugnato.

I ricorrenti, oltre alle censure incentrate sulla omessa istruttoria e sul difetto di motivazione in ordine alle loro osservazioni, censure che trovano confutazione in quanto precisato al precedente punto 8, contestano la ripristinabilità del tracciato originario, con riferimento a quanto disposto da diversi provvedimenti (che assumono di aver conosciuto in seguito).

E prospettano anche ipotesi di tracciati alternativi (Ipotesi n. 1, n. 2 e n. 3, della Tavola 5 dell'elaborato tecnico depositato in data 30 agosto 2005).

Ma neanche dette censure appaiono tali da inficiare il provvedimento impugnato.

Per ciò che concerne lo spostamento del tracciato della strada vicinale di Casalsole per una lunghezza di circa 150 m, "autorizzato" con deliberazione consiliare n. 170/1975, su richiesta degli odierni controinteressati, su terreni di loro proprietà, risulta che *"i lavori di realizzazione del tratto alternativo (...) non sono stati eseguiti. Non risulta in atti, pertanto, il certificato di regolare esecuzione dei lavori da parte dell'Ufficio Tecnico"* (cfr. relazione istruttoria, cit.).

Peraltro, la deliberazione era univoca nello stabilire che *"il tratto di strada da dimettere cesserà di essere gravato di uso pubblico nel momento in cui tale uso potrà essere esercitato sul nuovo tratto di strada"*.

Quindi, la mancata esecuzione dello spostamento del tracciato, fa permanere la servitù di uso pubblico sul tracciato originario.

D'altra parte, l'attuazione della modificazione non può avvenire ora coattivamente ad opera del Comune, in quanto lo spostamento non era stato disposto autoritativamente nell'interesse pubblico, bensì autorizzato nell'interesse ed a spese dei controinteressati, all'epoca proprietari dell'intera area, cosicché il venir meno del loro interesse rende inattuale la previsione.

Né è stato documentato che l'utilizzazione pubblica del tracciato alternativo sia comunque avvenuta nei fatti, mentre dall'istruttoria (cfr. nota 30 marzo 2006, cit.) risulta che *"i percorsi indicati come ipotesi 1 e 2 insistono su un appezzamento di terreno agricolo collinare sistemato "a gradoni" di non recente formazione. In sostanza sono tante strisce di terra poste su livelli differenti. Tale appezzamento di terreno, attualmente incolto e ricoperto di vegetazione spontanea, sicuramente è in questo stato da molto tempo (da quando è stata interrotta la coltivazione). Ciò che nelle foto prodotte dai ricorrenti può apparire come un "viale" costeggiato da alberi e arbusti non è altro che un campo di forma lunga e stretta (terrazzamento), ricoperto di vegetazione spontanea (terreno saldo)"*; detta descrizione trova conferma nella documentazione prodotta dalle parti.

La deliberazione consiliare n. 41/1999, rappresenta un "atto di indirizzio" assunto dal Comune di fronte alle numerose richieste di spostamento dei tracciati e di mera soppressione di tratti di strade vicinali, nel senso di approvare le prime *"... giustificando tale atto con l'aumento dei margini di sicurezza e del miglioramento della viabilità degli insediamenti residenziali visto che spesso le strade vicinali passano radenti alle case rurali e tali disagi sono causati dal transito veicolare. Si è quindi consentito e intendiamo continuare a consentire, per queste motivazioni, l'allontanamento del tracciato stradale declassificando il tratto di strada che lambisce le abitazioni ed autorizzando la realizzazione di un tracciato alternativo con riclassificazione del nuovo tracciato a "strada vicinale" con i costi a totale carico del richiedente"*, e di respingere le seconde.

Pertanto, come sottolinea il Comune (cfr. la relazione istruttoria, cit.), è possibile invocare l'applicazione di detta deliberazione *"nella misura in cui venga proposta la realizzazione di un tratto alternativo che per caratteristiche tipologiche (larghezza, lunghezza, pendenza, idonei raccordi con la viabilità "non declassata") garantisca una sostanziale analoga percorribilità del tratto dimesso"* (*rectius*: una percorribilità sostanzialmente analoga a quella garantita dal tratto dimesso).

Le proposte dei ricorrenti in data 10 maggio 2002, denegata dal Comune, e 22 settembre 2003, che sarebbe rimasta inevasa, non presentavano i predetti requisiti, quanto meno per il fatto di collocare il tracciato su un sedime di proprietà altrui; lo stesso può dirsi per le ipotesi n. 1 e n. 2, indicate nella Tavola 5, sopra citata.

Si possono dunque tirare le fila del discorso.

Il provvedimento impugnato si sottrae alle censure dedotte.

Nessuna censura può muoversi al comportamento del Comune, posto che l'esser costretti a "trascorrere le proprie vacanze tra avvocati e tecnici" (ciò di cui i ricorrenti vorrebbero essere risarciti), discende dal comportamento dei ricorrenti stessi.

Conseguentemente, il ricorso dev'essere respinto.

Non di meno, il Collegio ritiene di aggiungere che, ipotizzando che la situazione descritta dagli atti sia rimasta immutata (e salvi gli effetti dei diversi provvedimenti di natura edilizia, che sono stati depositati dal Comune), i ricorrenti potrebbero ancora prospettare utilmente al Comune, in applicazione della deliberazione n. 41/1999, un tracciato alternativo che presenti i requisiti sopra ricordati.

In questa prospettiva, il tracciato individuato come Ipotesi n. 3 nella Tavola n. 5, predetta, ove interamente collocato all'interno della proprietà dei ricorrenti, potrebbe rappresentare quella soluzione indicata dalla sentenza n. 57/2005 (*Omissis*).

II

T.A.R. UMBRIA – 24 febbraio 2005, n. 57 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI – Edward Jan De Vries e Sheila Ester De Vries (avv.ti Campagnola e Pazzaglia) c. Comune di Città di Castello (avv. Pedetta) e nei confronti del geom. Costanzo Radicchi, nonché di Paolo Piccini e Paola Biagioni (avv. Busiri e Frenguelli).

(*Omissis*). **1.** Il Corpo Forestale dello Stato, con relazione di servizio prot. 1062 in data 23 luglio 2003, rilevava la presenza di un dislivello che interrompeva la strada vicinale “di Casalsole”, al vocabolo “Balducci” (o “Palazzetto”), in agro del Comune di Città di Castello, in corrispondenza del piazzale-giardino antistante al fabbricato rurale di proprietà dei ricorrenti (foglio 172, part.lle 15 e 323).

Conseguentemente, con ordinanza n. 99 in data 23 luglio 2003, il Sindaco, in dichiarato esercizio dei poteri di cui all'art. 54 del d.lgs. 267/2000, ha imposto loro il ripristino della pendenza naturale, per garantire la percorribilità della pubblica viabilità.

2. I ricorrenti impugnano l'ordinanza e la relazione sottostante, deducendo censure così sintetizzabili:

- violazione dell'art. 7 della legge 241/1990 per omessa comunicazione di avvio procedimentale;

- violazione dell'art. 54 del d.lgs. 267/2000, eccesso di potere per difetto di istruttoria, insufficienza e contraddittorietà della motivazione per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto; al riguardo, sostengono che la strada vicinale non esiste più da almeno cinquant'anni - un tratto segnato sulle mappe catastali è occupato dal fabbricato e dalle sue pertinenze; quello successivo, si è ormai trasformato in un canale naturale di scolo delle acque piovane che recapita in un lago artificiale, ad eccezione del tratto iniziale, che dalla strada vicinale “delle Greppe” porta al fabbricato dei ricorrenti e serve a garantire l'accesso ad un fondo intercluso, ma che, non avendo uno sbocco utile, non sopporta alcun uso pubblico;

- sviamento di potere, perché in realtà il provvedimento è volto ad imporre la realizzazione *ex novo* di una strada sulla loro proprietà.

3. Per il Sindaco di Città di Castello (e per il Corpo Forestale dello Stato) si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato, controdeducendo puntualmente.

Sono intervenuti *ad opponendum* due proprietari di terreni confinanti.

4. Con ordinanza n. 11 in data 9 aprile 2004, è stata disposta l'acquisizione di copia del registro comunale delle strade vicinali, di documentati chiarimenti in ordine ai collegamenti che verrebbero assicurati dal ripristino del tracciato catastale della strada vicinale "di Casalsole", all'inserimento di essa nel sistema viario pubblico della zona, all'effettiva utilizzazione della strada negli ultimi anni, nonché degli atti dell'istruttoria effettuata in ordine alla istanza presentata dai ricorrenti in data 10 maggio 2002, volta ad ottenere lo spostamento del tracciato della predetta strada vicinale.

L'incombente istruttorio è stato eseguito dal Comune con nota prot. 14052 in data 19 maggio 2004.

5. Il ricorso è fondato, nei sensi e limiti appresso indicati, e perciò dev'essere accolto.

5.1. Anzitutto sembra opportuno puntualizzare la situazione dello stato dei luoghi, attuale e, per quanto possibile, pregressa.

Gli atti acquisiti al giudizio confermano sostanzialmente quanto accertato nella relazione del C.F.S. succitata:

- le stesse fotografie prodotte dai ricorrenti a corredo del progetto di ristrutturazione del loro fabbricato (concessione n. 10637/2001) mostrano chiaramente che il sedime della strada nel tratto prospiciente al fabbricato, prima dell'intervento, seguiva il tracciato catastale, e non vi era dislivello all'angolo del confine tra le particelle 15 e 323; sul retro, è altresì evidente un viottolo, che si ricongiunge al tracciato dopo aver superato il fabbricato.

- il dislivello ed il muro di contenimento in pietra al predetto angolo risultano attualmente evidenti; il progetto di ristrutturazione riportava il muro di contenimento realizzato sul punto dell'interruzione (cfr. tavola 1 – prospetto sud est), ma non risulta che la collocazione, natura e funzione di tale manufatto fosse stata evidenziata nella relazione tecnica, o in altro modo negli elaborati tecnici, né tanto meno il fatto che avrebbe chiuso la strada.

- anche nell'istanza del 10 maggio 2002, i ricorrenti, nel chiedere lo spostamento della strada, hanno implicitamente fatto riferimento alla collocazione originaria, omettendo di segnalare le modificazioni intervenute nello stato dei luoghi.

Quindi, risulta sufficientemente accertato che la strada vicinale di

Casalsole passasse di lì e che i ricorrenti l'abbiano inglobata nel giardino della proprietà in occasione dei lavori di ristrutturazione suddetti.

La strada risulta iscritta al registro comunale delle strade vicinali al n. 321; è vero che non sono stati indicati gli atti di approvazione dell'elenco, ma la questione, tuttavia, non è decisiva, posto che i ricorrenti non negano esistesse in passato una vicinale di pubblico transito.

Resta da appurare se sia ancora idonea a svolgere ancora funzioni di pubblica viabilità ("concreta idoneità della strada a soddisfare esigenze di interesse generale" – cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 1 dicembre 2003, n. 7831), alla luce della prospettazione dei ricorrenti sulla impossibilità morfologica e territoriale che ciò possa ancora avvenire, essendosi venuto a creare un fosso, che porta ad un lago artificiale, e comunque esistendo una rete viaria più funzionale per tutte le utilizzazioni ipotizzabili (cfr. perizia tecnica arch. Mereu).

Dalle precisazioni fornite dal Comune, anche tenendo conto delle parziali confutazioni dei ricorrenti, sembra di poter concludere che il ripristino della percorribilità del tratto di strada in questione potrebbe senz'altro tornare utile per scopi di passeggiate e turismo (che prescindono dal transito con le autovetture), mentre per reinserirlo nella viabilità ordinaria occorrerebbe fare lavori di entità non modesta, a fronte di un'utilità assai relativa, stante l'esistenza di accessi alternativi.

Ciò, tuttavia, sembra sufficiente a integrare i presupposti per l'intervento pubblico, posto che, una volta accertato l'originario effettivo pubblico transito sulla strada, nessuna particolare motivazione doveva recare l'ordinanza di ripristino, stante la sufficienza della mera constatazione dell'abusiva alterazione di tale destinazione e ciò anche quando da tempo la strada non è stata utilizzata dalla collettività ed anche quando essa è diventata impraticabile al carreggio (cfr. tra le altre, Cons. Stato, V, 2 novembre 1998 n. 1558; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 5 marzo 2003, n. 523; T.A.R. Toscana, II, 5 agosto 1999, n. 759; TAR Emilia Romagna, Parma, 12 luglio 2004, n. 423). In particolare, quanto alla rilevanza di quest'ultima circostanza, che cioè l'interruzione ed il conseguente non uso della strada risalgano ad alcuni decenni fa, deve sottolinearsi che il disuso prolungato di una strada comunale o vicinale da parte della collettività e l'inerzia dell'Amministrazione nella cura della stessa e/o nell'intervenire riguardo ad occupazioni o usi, da parte dei privati, incompatibili con tale destinazione "iuris publici" non costituiscono elementi sufficienti, sul piano logico giuridico, a comprovare inequivocabilmente la cessazione della destinazione del bene – anche solo potenziale - all'uso pubblico (c.d. sdemanializzazione tacita), essendo ulteriormente necessario, al riguardo, che tali elementi indiziari siano accompagnati da fatti concludenti e da circostanze così significative da non lasciare adito ad altre ipotesi se non a quella che l'Amministrazione abbia definitivamente

rinunciato al ripristino dell'uso pubblico della strada (cfr., tra le altre, Cass. civ., I, 4 marzo 1993 n. 2635; Cons. Stato, IV, 16 marzo 1987 n. 155; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 aprile 1995 n. 613).

5.2. Le circostanze sopra evidenziate, sul lungo protrarsi del disuso del tratto stradale e sulle iniziative dei ricorrenti volte ad ottenerne lo spostamento (formale), appaiono però rilevanti sotto un diverso profilo.

Il Sindaco di Città di Castello ha inteso affrontare l'esigenza di ripristino della percorribilità della strada in questione, facendo ricorso ad un'ordinanza contingibile ed urgente, anziché ai poteri di polizia demaniale previsti dall'art. 20 del R.D. n. 1740/1933 e dall'art. 378 della legge n. 2248/1865, Allegato F.

Può convenirsi con l'Avvocatura dello Stato che l'utilizzazione di un simile strumento (che non è stata di per sé censurata dai ricorrenti) implica in certa misura una certa urgenza del provvedere.

Tuttavia, conformemente ad un recente orientamento, deve sottolinearsi come l'urgenza che, ai sensi dell'art. 8 della legge 241/1990, consente di derogare all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, deve essere intesa come urgenza qualificata, legata alle circostanze del caso concreto; pertanto, non costituisce un impedimento al rispetto delle garanzie partecipative la circostanza che si sia al cospetto di ordinanza contingibile ed urgente, ma anche in tal caso la deroga alle prescrizioni di cui alla legge 241/1990 non deriva dalla qualificazione astratta della fattispecie ma (può derivare soltanto) dalle caratteristiche specifiche del caso concreto, abbisognanti di specifica motivazione (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 9 febbraio 2001, n. 580).

Ebbene, nel caso in esame, risulta che i ricorrenti siano stati avvertiti verbalmente della questione solo in occasione dell'accertamento iniziale del C.F.S., mentre non è stata data alcuna comunicazione formale degli intendimenti di ripristinare l'assetto dei luoghi.

Tenendo conto del fatto che l'interruzione della strada risaliva a parecchi anni addietro, e che un'istanza (presentata in data 10 maggio 2002, come esposto) volta allo spostamento della strada (a quanto sembra, grosso modo sul tracciato del viottolo a monte del fabbricato, di cui sopra) su altra rata dei terreni di proprietà dei ricorrenti era pendente al momento dell'emanazione del provvedimento impugnato (risulta in seguito respinta a causa della mancanza del consenso dei proprietari dei terreni circostanti – a quanto sembra, gli stessi odierni interventori *ad opponendum* – come da annotazione in calce in data 13 agosto 2003), deve ritenersi che l'intrinseca urgenza di provvedere non fosse incompatibile con l'espletamento di una fase di partecipazione ai destinatari/istanti, che avrebbe consentito di verificare le possibilità di uno spostamento che consentisse di contemperare adeguatamente gli interessi in gioco. Peraltro, dall'esame della cartografia e delle fotografie, non emergono

motivi per i quali il tracciato alternativo proposto non possa risultare idoneo ad assicurare il collegamento con i fondi degli interventori in misura equivalente a quella assicurabile dal ripristino del tracciato catastale originario.

Occorre dunque concludere che la fase partecipativa è stata omessa illegittimamente, così obliterandosi la possibilità di individuare la soluzione in grado di soddisfare al contempo l'interesse pubblico e quello di tutti i soggetti privati coinvolti.

Va conseguentemente annullato il provvedimento impugnato, salvi gli ulteriori provvedimenti (*Omissis*).

(1-2) – La sentenza in rassegna viene pronunciata in occasione di un procedimento amministrativo proposto per l'annullamento di un'ordinanza sindacale, con la quale l'ente comunale ha ingiunto (per la seconda volta) ai ricorrenti di riattivare la percorribilità pubblica della strada vicinale inglobata nel loro giardino.

In effetti, la vicenda da cui origina la pronuncia in commento, già nel febbraio 2005 era stata oggetto di esame da parte del Tar dell'Umbria (sent. n. 57/2005, che si è ritenuto opportuno riportare in epigrafe), fornendo allo stesso la possibilità di condurre un ampio ragionamento a partire dall'analisi dei presupposti dei poteri sindacali di ripristino della viabilità, fino alla tematica del rapporto tra provvedimenti contingibili e urgenti e tutela delle pretese procedurali.

In particolare, nell'originario procedimento, tanto i ricorrenti che il Comune riconoscono l'originario pubblico transito sulla strada, ma non concordano sull'idoneità di tale elemento a costituire il presupposto unico e sufficiente per l'esercizio delle prerogative ripristinatorie da parte del Sindaco.

Quindi, si è reso necessario richiedere al Tar dell'Umbria se il disuso prolungato della strada vicinale fosse in grado di determinare la cessazione della destinazione pubblica; tuttavia, pur riconoscendo che il semplice disuso della strada, ancorché prolungato, e l'inerzia dell'amministrazione nella cura della stessa, non costituiscono elementi sufficienti a comprovare la cessazione della demanialità, l'adita Giustizia annulla il provvedimento impugnato ritenendo che il ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente non giustifica di per sé l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, essendo, al contrario, necessaria un'urgenza qualificata in relazione alle circostanze del caso.

Pertanto, il Collegio ritiene le predette circostanze tali da integrare i presupposti per l'intervento pubblico, ma non anche da giustificare l'omissione della fase partecipativa, così risultando illegittimamente obliterata la possibilità di individuare la soluzione in grado di soddisfare al contempo l'interesse pubblico e quello di tutti i soggetti privati coinvolti.

La sentenza in epigrafe (n. 441/2006), dunque, viene pronunciata alla

luce del contenzioso pregresso insorto tra le attuali parti di causa, in quanto, i ricorrenti hanno ritenuto opportuno contestare la ripristinabilità del tracciato originario in questione, impugnando nuovamente la successiva ordinanza sindacale seppur emessa dall'ente pubblico solo dopo aver trasmesso a questi la comunicazione di avvio del procedimento.

Nello specifico, però, la sentenza in rassegna (n. 441/2006) consente di compiere ulteriori osservazioni in merito alla questione giuridica della vicinalità, come l'emanazione dei provvedimenti sindacali di autotutela possessoria e la cessazione della destinazione pubblica in caso di disuso prolungato delle strade vicinali. Peraltro, detta pronuncia merita di essere segnalata soprattutto perchè si confronta essenzialmente con la problematica della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica.

Infatti, *in primis*, occorre evidenziare che, secondo parte della dottrina, l'azione intentata dal privato per escludere il transito pubblico su di una via vicinale è azione non di rivendicazione ma *negatoria servitutis* e dunque debba essere portata avanti l'autorità giudiziaria ordinaria; infatti, sempre secondo la cennata impostazione, non si tratta di deliberare intorno alla classificazione di vie, ma di giudicare se una strada sia o no vicinale e quindi sull'esistenza di un diritto civile. È evidente che, in tale ipotesi, l'onere di provare il diritto di proprietà sulla via in questione ricade sul privato stesso, il quale, tra l'altro, non potrà invocare a sostegno delle proprie pretese l'eccezione di estinzione del potere di ripristino della p.a., stante la natura demaniale del bene e la conseguente imprescrittibilità (STOLFI, *Strade vicinali private e problematiche connesse all'uso pubblico*, in *Diritto e Giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2005, 11, pp. 677-678).

Come viene eccepito dal resistente pubblico, infatti, l'esercizio dei poteri di autotutela dell'uso pubblico della strada *de qua* presuppone l'iscrizione nell'apposito elenco comunale e per poterlo contestare occorre esperire dinanzi al giudice ordinario l'*actio negatoria servitutis*.

Ma v'è di più. Il Comune di Città di Castello, sempre a fondamento della sua tesi difensiva diretta preliminarmente a negare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia urbanistica, richiama un'epocale sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, con la quale si sono riscritti i criteri di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, superando il principio della ripartizione per materia.

Tuttavia, in conformità alle precedenti sentenze amministrative (cfr. Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2004, n. 373, in *www.giustizia-amministrativa.it*), il Collegio giudicante, in riferimento alle controversie inerenti provvedimenti autoritativi (come nel caso in specie), afferma la sopravvivenza della giurisdizione del G.A. sulla base di un'accurata analisi di quanto disposto dalla Corte costituzionale.

Pertanto, per analizzare il ragionamento giuridico posto a base di una

siffatta pronuncia, è necessario confrontarsi con la sentenza costituzionale sopra menzionata, evidenziandone di seguito alcuni brevi tratti fondamentali (rinviando, tra i tanti, ai commenti di GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte Costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, pp. 1647 ss.; POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9, 2004, p. 969 ss.; M.A. SANDULLI, *Un passo in avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4/2004; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica*, in *www.lexitalia.it*; SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: riflessioni a caldo su una sentenza storica*, in *www.judicium.it*).

In particolare, la Corte Costituzionale dimostra estremo rigore e severità nell'estensione della giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, negando che nell'ambito delle 'particolari materie' (indicate dall'art. 103 della Costituzione) possano in *toto* rientrare i settori dei servizi pubblici e dell'urbanistica ed edilizia (MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 214 ss.; VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 832 ss.).

Di conseguenza, i giudici della Consulta dichiarano l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. b, della legge 205/2000, nella parte in cui affida alla giurisdizione esclusiva del G.A. i 'comportamenti' delle P.A. (e dei soggetti ad esse equiparati) in materia urbanistica ed edilizia, in quanto comprendendo anche i meri comportamenti, oltre agli atti e provvedimenti attraverso i quali le p.a. svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia, la norma estende tale giurisdizione a controversie nelle quali la p.a. non esercita, neanche mediatamente, alcun pubblico potere. In altre parole, per la Corte la giurisdizione esclusiva è costituzionale solo quando la p.a. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela davanti al Giudice amministrativo.

Quindi, il Giudice delle leggi si limita a dichiarare l'incostituzionalità della giurisdizione esclusiva sui 'comportamenti' in ragione del carattere 'non particolare' della materia urbanistica ed edilizia, mantenendo la giurisdizione del giudice amministrativo per tutte le controversie concernenti atti e provvedimenti (TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 48).

A seguito della declaratoria di incostituzionalità qui richiamata, si è, quindi, verificato un vero e proprio ritorno al passato quanto alla disciplina del riparto di giurisdizione con correlativa riproposizione, nelle materie non più oggetto di giurisdizione esclusiva, della distinzione tra atti autoritativi ed atti paritetici (Cons. St., sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 99, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., sez. un., 11 marzo 2005, n. 5332, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2005, n. 599, in *Guida al dir.*, 2005, 11, p. 66; Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 2007, n. 3043, in *Mass. Giur.*

it., 2007; Cass. civ., sez. un., 29 novembre 2004, n. 22490, in *Foro amm.-CDS*, 2004, p. 3108).

Sotto diverso ma connesso profilo, la sentenza in rassegna offre l'opportunità di puntualizzare e di riassumere la posizione della dottrina e della giurisprudenza in merito a due aspetti inerenti la questione della vicinalità, come in epigrafe citati.

Innanzitutto, occorre considerare che assoggettata ad uso pubblico è una strada privata oggettivamente idonea all'attuazione di un pubblico interesse consistente nella necessità di uso per le esigenze della circolazione o per raggiungere edifici di interesse collettivo.

Inoltre, l'inclusione di una strada nell'elenco delle strade vicinali del Comune, anche se non può considerarsi prova decisiva del carattere pubblico della strada, costituisce certamente un importante indizio che, se non contraddetto da prova contraria, può insieme ad altri elementi presuntivi, acquistare valore di prova dell'esistenza sulla strada di una servitù di passaggio.

Pertanto, distinguendo le c.d. vie vicinali pubbliche (cioè le strade private soggetto a pubblico transito) dalle strade vicinali private formate *ex collatione privatorum agrorum* e quindi di proprietà dei conferenti, si evidenzia che una strada può rientrare nella prima categoria solo se sussistono alcuni requisiti, quali il passaggio esercitato *iure servitutis publicae* da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale, la concreta idoneità del bene a soddisfare esigenze di carattere generale, anche per il collegamento con la pubblica via, e un titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, che può anche identificarsi nella protrazione dell'uso da tempo immemorabile (CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, pp. 77 ss; ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Trattato di dir. amm.* (a cura di Cassese), Milano, 2000, vol. II, pp. 1265 ss.; Cons. St., 1 dicembre 2003, n. 7831, in *Foro amm.*, 2003, p. 3758; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1155, in *Foro amm.*, 2003; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5692, *ivi*; Cass. civ., sez. II, 10 ottobre 2000, n. 13485, in *Foro amm.-CDS*, 2005, p. 1024; Cass. civ., Sez. II, 7 aprile 2000, n. 4345, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass. civ., sez. I, 3 ottobre 2000, n. 13087, in *Diritto e giustizia*, 2000, 36, p. 58; TAR Toscana, sez. III, 11 aprile 2003, n. 1385, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., sez. II, n. 7718/1991, in *Mass. Giur. it.*, 1991; TAR Emilia Romagna-Parma, sez. I, 25 maggio 2005, n. 293, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Ne consegue che l'esercizio dei poteri di autotutela possessoria delle strade vicinali, attribuito al Sindaco dall'art. 15, d.l.lgt. n. 1444/1918, presuppone: a) la preesistenza di fatto dell'uso pubblico della strada, anche se questa sia del tutto privata; b) la sopravvenienza di un'alterazione del preesistente stato di fatto, che abbia frapposto impedimenti all'uso pubblico della strada medesima (TAR Reggio Calabria, sez. I, 4 febbraio 2004, n. 54, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, sez. II, 29 marzo 2004, n. 2922, *ivi*).

Dunque, l'iscrizione nell'elenco delle strade vicinali soggette a pubblico transito comporta un elemento presuntivo della sussistenza del diritto di transito, superabile in senso contrario solo in sede di giurisdizione ordinaria; pertanto, l'iscrizione nell'elenco giustifica l'emanazione dei provvedimenti sindacali, di ripristino dell'uso pubblico della strada, quale esercizio di tutela possessoria *iuris publici*, quando sono state realizzate opere che impediscano la sua utilizzazione da parte della collettività (CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 523; TAR Umbria, 21 settembre 2004, n. 545, in www.giustizia-amministrativa.it).

Quindi, i provvedimenti sindacali di autotutela possessoria ben possono essere emanati anche quando da tempo la strada non sia stata utilizzata dalla collettività ed anche quando sia diventata impraticabile al carreggio (Cons. St., sez. V, 7 aprile 1995, n. 552, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 514).

La pronuncia in esame, in sintonia con la copiosa giurisprudenza citata, ha ribadito, per di più, che il disuso prolungato di una strada vicinale da parte della collettività e l'inerzia della pubblica amministrazione nella cura della stessa e/o nell'intervento riguardo ad occupazioni o usi, da parte dei privati, incompatibili con la destinazione *iuris publici*, non costituiscono elementi sufficienti, sul piano logico giuridico, a comprovare inequivocabilmente la cessazione della destinazione del bene – anche solo potenziale – all'uso pubblico (c.d. sdemanializzazione tacita) (cfr. RENNA, *Beni Pubblici*, in *Dizionario di Dir. pubblico* (curato da Cassese), Milano, 2006, pp. 714 ss.; PEILA, *La cosiddetta sdemanializzazione tacita: nozione ed ambito di applicazione*, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 917; DORE, *Sulla perdita della qualità demaniale o patrimoniale indisponibile per comportamento tacito della p.a.*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 727), essendo ulteriormente necessario, al riguardo, che tali elementi indiziari siano accompagnati da fatti concludenti e da circostanze così significative da non lasciare adito ad altre ipotesi se non a quella che l'amministrazione abbia definitivamente rinunciato al ripristino dell'uso pubblico della strada (TAR Emilia Romagna-Parma, 25 maggio 2005, n. 291, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Calabria-Catanzaro, 13 luglio 2000, n. 951, in *T.A.R.*, 2000, III, p. 2241; Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 6923, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 2745; TAR Umbria, 2 settembre 1999, n. 749, in *Comuni d'Italia*, 2000, p. 259; Cass., 26 febbraio 1996, n. 1480, in *Riv. giur. ed.*, 1996, I, p. 894).

Di conseguenza, di fronte a un'opera pubblica temporaneamente inutilizzata o, comunque, sottratta alla sua destinazione, solamente l'amministrazione sarà in grado di rivelare, tacitamente o esplicitamente, se trattasi di un'interruzione dell'utilizzo dovuta a un'effettiva cessazione della destinazione del bene oppure no. Resta inteso, peraltro, che l'intervenuto atto di sdemanializzazione esplicita dovrà poi essere seguito da un comportamento amministrativo compatibile con la cessazione della destinazione del bene, pena la revoca della stessa sdemanializzazione (cfr. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 44; MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, pp. 444-445).

Quindi, la volontà amministrativa di sottrarre il bene dalla sua destinazione pubblica e di rinunciare definitivamente al ripristino del suo utilizzo iniziale non potrà certamente desumersi dalla sola inerzia dell'amministrazione.

In conclusione, alla luce del breve rilievo operato, nulla pare potersi obiettare alle conclusioni illustrate dal Giudice adito che, nella vicenda in esame, ha ben tenuto conto delle conseguenze concrete della pronuncia costituzionale n. 204/2004.

Inoltre, riconoscendo preliminarmente la giurisdizione amministrativa, il Tar dell'Umbria ha giustamente respinto il ricorso in esame, considerando che, nonostante la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo eseguita dal resistente, da parte dei ricorrenti non sono stati prospettati utili elementi che potessero concretizzare un apporto collaborativo nella ricerca di una soluzione atta a soddisfare al contempo l'interesse pubblico e quello di tutti i soggetti privati coinvolti, avendo solo indicato un tracciato alternativo sviluppato su sedime di proprietà altrui e che pertanto risultava essere inidoneo, per le sue caratteristiche, a garantire una percorribilità sostanzialmente analoga a quella garantita dal tratto dimesso.

MARTA LUCARONI

T.A.R. UMBRIA – 10 gennaio 2007, n. 63 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* FERRARI – A. Bucchi, “Ristorante Tipico” (Avv. G. Spina) contro il Comune di Cascia (Avv. S. Finocchi)

Atto amministrativo – Omissione del preavviso di rigetto – Illegittimità provvedimentale (art. 10-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Atto amministrativo – Illegittimità provvedimentale – Mancata valutazione di altre soluzioni praticabili – Eccesso di potere per difetto di adeguata istruttoria – Sussistenza (art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

Atto amministrativo – Illegittimità provvedimentale – Motivazione insufficiente – Eccesso di potere – Sussistenza (art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241).

**Atto amministrativo – Motivazione per relationem – Legittimità
– Atto richiamato – Illegittimità per vizio della motivazione
– Illegittimità atto richiamante – Sussistenza** (art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241).
**Giurisdizione amministrativa – Risarcimento dei danni – Lesione di interessi legittimi pretensivi – Condizione di ammissibilità
– Possibilità di un giudizio di spettanza del bene della vita** (art. 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034).

La violazione dell'art 10-bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, che prescrive l'obbligo di tempestiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, comporta l'illegittimità del provvedimento amministrativo di rigetto (1).

Ricorre la figura del difetto di adeguata istruttoria, con conseguente illegittimità dell'atto per eccesso di potere, quando la pubblica amministrazione pervenga alla decisione senza aver prima accertato le condizioni di esercizio del potere e senza aver prima valutato altre soluzioni praticabili (2).

È annullabile per eccesso di potere quell'atto la cui motivazione non sia tale da consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito dalla pubblica amministrazione nell'adottare il provvedimento (3).

È ammissibile motivare il provvedimento amministrativo richiamando l'apparato motivato di altro atto amministrativo. Qualora l'atto richiamato sia affetto da vizi della motivazione, medesima sorte condiderà l'atto richiamante (4).

Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi pretensivi presuppone la possibilità di dimostrare un nesso causale tra invalidità e mancato godimento del bene della vita (5).

(Omissis). 1. La controversia è insorta a seguito di due provvedimenti di diniego di concessione temporanea di suolo pubblico adottati dal Comune di Cascia in data 10 febbraio 2006 ed in data 2 marzo 2006, a fronte di due istanze inoltrate dall'attuale ricorrente per ampliare, durante le stagioni primaverili ed estive, il proprio locale di ristorazione (denominato "Ristorante Tipico") sito nell'ambito del centro storico del predetto Comune (via Roma).

Il primo provvedimento (in risposta alle istanze del 9 gennaio 2006 e del 3 febbraio 2006) è stato motivato facendo riferimento all'intenzione dello stesso Comune di installare nei giardini di via Roma un parco giochi per bambini.

Il secondo provvedimento (in risposta ad una ulteriore istanza del 9 febbraio 2006) è stato motivato, per relationem, confermando la giustificazione addotta nel primo.

2. Il ricorrente denuncia l'illegittimità di detti provvedimenti negativi sulla base di varie censure di eccesso di potere e di una specifica censura di violazione di legge (riferita all'art. 10 bis della L. 241/1990); il tutto, per dimostrare che l'Amministrazione comunale avrebbe ingiustamente ed illogicamente assunto le proprie decisioni senza svolgere una adeguata istruttoria (nel rispetto delle regole partecipative di cui alla predetta legge n. 241/1990) e senza rappresentare una sufficiente motivazione sul confermato diniego, pur in presenza di più soluzioni alternative prospettate nella seconda istanza del 9 febbraio 2006.

3. L'Amministrazione comunale si è costituita e resiste difendendo con tenacia la legittimità del proprio operato e chiedendo quindi il rigetto integrale del ricorso e delle relative domande (cautelare e risarcitoria).

4. Trattenuta la causa in decisione all'udienza del 10 gennaio 2007, il Collegio rileva che il ricorso è fondato ai sensi, nei limiti e per gli effetti di cui in appresso.

È da premettere che, a partire dal mese di aprile del 2000 fino allo stesso mese del 2005, il Comune di Cascia ha sempre consentito (con adeguate prescrizioni specifiche) l'occupazione (temporanea) di suolo pubblico, così come annualmente chiesta dall'attuale ricorrente mediante l'installazione di un gazebo nei giardini adiacenti la chiesa di S. Francesco in via Roma.

Tale circostanza, siccome reiterata nel tempo, assume un rilievo fattuale pregnante nel caso di specie, nel senso che durante il predetto periodo l'Amministrazione comunale ha ritenuto perfettamente conciliabile l'interesse privato del ricorrente con la cura di tutti gli interessi pubblici preminenti da tutelare nell'ambito della specifica zona particolarmente frequentata, fra l'altro, da numerosi pellegrini che si recano al vicino Santuario di Santa Rita.

In punto di diritto, poi, ciò significa che l'interesse privato del ricorrente non può in questo caso ritenersi privo di qualsiasi tutela giuridica pur a fronte delle decisioni negative discrezionalmente assunte dall'Amministrazione nell'anno 2006, con la giustificazione che in proposito esiste uno specifico stanziamento di somme destinate nel bilancio di previsione del 2006 alla realizzazione di un parco giochi per bambini.

Invero, pur in presenza di siffatta specifica e sopravvenuta determinazione discrezionale del Comune (per di più avallata nel presente giudizio dalla produzione di foto che dimostrano l'ormai avvenuta installazione in loco di una altalena con due seggiolini) resta comunque ineludibile (in chiave di legittimità amministrativa) l'obbligo di verifica del corretto comportamento dell'Amministrazione stessa, in presenza di un evidente interesse commerciale del ricorrente certamente in questo

caso meritevole di particolare attenzione in quanto per più anni ritenuto compatibile con le già previste destinazioni ludiche di zona.

L'esito di detta verifica di legittimità e di correttezza amministrativa è da considerarsi in questo caso negativo per il Comune resistente; ciò, sia sotto il profilo del difetto di istruttoria e di sufficiente motivazione, sia anche (nel doveroso rispetto delle note regole della "amministrazione partecipata") sotto il profilo della violazione dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990.

In proposito, merita rilevare che entrambi i provvedimenti impugnati trascurano totalmente di esprimere una qualsiasi valutazione di compatibilità tra la richiesta di occupazione temporanea di suolo pubblico formulata dal ricorrente e la prospettata decisione di installazione di un parco giochi per bambini nell'ambito degli stessi giardini di via Roma.

Siffatta omissione assume particolare rilievo negativo con riferimento al secondo provvedimento di diniego (ripetesi, sotto i denunciati profili del difetto di istruttoria e di insufficiente motivazione nonché di violazione della predetta legge 241/1990).

Quest'ultimo provvedimento, infatti, confermando semplicemente la motivazione del primo diniego, ha vistosamente trascurato di esaminare (anche con la doverosa partecipazione istruttoria dell'interessato) le altre tre soluzioni alternative proposte da quest'ultimo e quindi ha vistosamente omesso di rendere conto per esplicito del perché una qualsiasi delle predette soluzioni fosse da ritenere assolutamente non conciliabile con i vari interessi pubblici di zona.

5. In conclusione, risultando fondate le predette censure, il ricorso merita l'accoglimento in funzione dei conseguenziali obblighi per l'Amministrazione comunale:

A) di rinnovare l'istruttoria delle quattro singole soluzioni prospettate in alternativa dal ricorrente, previa comunicazione a quest'ultimo degli eventuali motivi ostativi all'accoglimento di ciascuna di esse;

B) di motivare puntualmente l'eventuale ulteriore provvedimento di diniego in ordine a ciascuna delle predette quattro singole soluzioni segnalate nelle successive istanze dello stesso ricorrente.

6. Con riferimento poi alla domanda risarcitoria, questa non può essere accolta perché - per quanto dettagliata e quantificata in base ai conteggi indicati nelle pagg. 9/10 della memoria del 29 dicembre 2006 - essa è da ritenere tuttora non definibile sotto il profilo dell'"an debeatur" secondo il paradigma previsto dall'art. 2043 c.c..

Infatti, poiché l'accoglimento del ricorso (per difetto di adeguata istruttoria e di sufficiente motivazione) comporta un ulteriore esame sulla legittimità o meno del diniego di accoglimento delle varie istanze del ricorrente, non è al momento configurabile l'ipotesi della sussistenza di un fatto colposo dell'Amministrazione che abbia procurato un "danno

ingiusto” allo stesso ricorrente (sul punto della risarcibilità del danno da ritardo cagionato dalla P.A. cfr. amplius T.A.R. Umbria n. 649 del 2003 e A.P. del Consiglio di Stato n. 7 del 2005.).

(1-5) - I controversi rapporti tra forma e potere in una recente sentenza del Tar Umbria.

SOMMARIO: **1. Premessa.** – **2. L'art. 10-bis e la teorica dei vizi formali nella prospettiva della (non) annullabilità del provvedimento amministrativo.** – **3. Eccesso di potere: l'evoluzione concettuale dell'indecifrabile vizio di legittimità.** – **4. Motivazione per relationem ed invalidità derivata: brevi osservazioni sulla configurabilità di propagazioni patologiche “orizzontali”.** – **5. Discrezionalità amministrativa e risarcimento del danno: il punto dolens del giudizio di spettanza del bene della vita.**

1. Premessa

La pronuncia del Collegio umbro offre lo spunto per una breve disamina sullo stato dell'arte dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in punto di forma del potere amministrativo e sostanza dello stesso, lungo la direttrice che dal suo dispiegarsi conduce sino al successivo giudizio amministrativo. Nel percorso interpretativo del *dictum* che si chiosa si avrà modo di analizzare il portato delle recenti modifiche in materia procedimentale, sotto il profilo delle “forme” (ponendo particolare attenzione agli artt. 10-bis e 21-octies) e del ruolo dalle medesime svolto nell'esercizio del potere, in un continuo parallelo forma-sostanza, che prende le mosse dal contraddittorio nel procedimento, passando poi per la tematica dell'annullamento, per terminare, infine, con la spigolosa questione del risarcimento del danno per lesione d'interesse legittimo.

2. L'art. 10-bis e la teorica dei vizi formali nella prospettiva della (non) annullabilità del provvedimento amministrativo

Il Giudice umbro, con la decisione in commento, affronta il problema del significato e del peso, all'interno del procedimento, dell'istituto di cui all'art. 10-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241, che, per comodità identificativa, ha trovato una fortunata definizione di sintesi nella locuzione “preavviso di rigetto” ⁽¹⁾. L'introduzione di tale nuovo articolo nel tessuto della legge

⁽¹⁾ Per il conio dell'espressione cfr. TARULLO, *L'art. 10-bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *Rivista telematica* www.giustamm.it.

sul procedimento amministrativo ha arricchito il novero degli obblighi facenti capo alla pubblica amministrazione prescrivendo che, nel caso questa pervenga ad una conclusione negativa circa la pretesa fatta valere dall'amministrato con istanza di parte, debba comunicare al medesimo i motivi ostativi all'accoglimento della richiesta. La norma in questione ha il fine precipuo di mettere l'istante nella condizione di far valere (nuovamente) le proprie ragioni attraverso il deposito di osservazioni, eventualmente corredate da documenti, che possano indurre l'amministrazione a mutare posizione sull'istanza *de qua*. Si tratta di un innovativo meccanismo procedurale, che, a differenza di altri positivizzati nella medesima legge sul procedimento, non trova un suo precedente nell'attività pretoria dei Giudici amministrativi (istituto schiettamente legislativo si potrebbe dire) e che si innesta sui quei valori di trasparenza, pubblicità, democraticità sottesi a tutta la normativa in materia procedimentale. L'istituto del preavviso di rigetto dimostra come il percorso procedimentale sia destinato ad assumere in modo sempre più nitido le vesti di strumento istituzionalizzato di comunicazione tra il detentore della funzione e il destinatario di essa. Di tale *iter* diviene infatti componente strutturale il dovere di informazione, ormai assunto a corollario codificato del principio di buona fede oggettiva (o correttezza) che permea la dinamica procedimentale⁽²⁾. L'impostazione sin qui seguita trova una significativa rispondenza in quella recente dottrina che ha rinvenuto nel complesso delle disposizioni sulla partecipazione un intento di democratizzazione dei procedimenti amministrativi, che si è tradotto nella «realizzazione di un modello di amministrazione [...] retta dal principio di certezza del diritto, quale principio attraverso il quale vengono tutelate e garantite le aspettative dei cittadini che partecipano al procedimento amministrativo e, quindi, l'affidamento ingenerato da un comportamento dell'amministrazione che si vuole ispirato al principio di buona fede oggettiva»⁽³⁾.

Di problematica qualificazione, però, si è rivelata la natura giuridica dell'istituto di cui all'art. 10-*bis*: si registrano sul punto due correnti di pensiero, la prima incline ad ascrivere il preavviso di rigetto nel novero degli strumenti con funzione anche collaborativa, al pari del deposito di

⁽²⁾ Che ormai il procedimento amministrativo sia improntato al principio del *clare loqui* lo si deduce dall'intera trama della l. n. 241/1990. Importante sottolineare come tale esigenza di chiarezza sia stata ribadita anche a livello sopranazionale: l'art. II-101 del "Trattato che adotta una costituzione per l'Europa", sotto la rubrica "diritto ad una buona amministrazione", prevede il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio, nonché ad accedere al fascicolo che la riguarda, cui si unisce la previsione di un generale obbligo di motivazione delle decisioni assunte.

⁽³⁾ IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in IMMORDINO, POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004, 26.

memorie e documenti di cui all'art. 10 l. n. 241/1990 ⁽⁴⁾; una seconda, invece e più convincentemente, fermamente restia ad inquadrare il preavviso nel panorama della collaborazione, attribuendogli valenza esclusivamente oppositiva, anticipatoria della successiva (eventuale) fase processuale. La soluzione del dilemma deve necessariamente prendere le mosse da un'attenta disamina del ruolo che il privato gioca all'interno del procedimento amministrativo. Accorta dottrina ⁽⁵⁾ ha individuato una duplicità di funzioni

⁽⁴⁾ Cfr. TARULLO, *Funzione e prospettive del preavviso di rigetto alla luce dei primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuove autonomie*, 4-5, 2005, 559 ss. Secondo tale orientamento quanto dal privato è versato nel procedimento, sia a seguito di suo intervento che in risposta ad una comunicazione ex art. 10-bis, inevitabilmente arricchisce il materiale istruttorio sulla base del quale l'Amministrazione sarà chiamata ad adottare il suo provvedimento. L'Autore, pur riconoscendo la natura intrinsecamente "egoistica" degli istituti di partecipazione, mediante l'utilizzo dei quali l'istante tenta di conseguire l'*utilitas* agognata, sottolinea come l'intervento del cittadino nel procedimento amministrativo abbia una portata obiettivamente collaborativa, nella misura in cui prospetta all'Amministrazione le proprie ragioni, quand'anche le più egoistiche, che pur sempre ampliano il novero degli interessi oggetto della congrua ponderazione, rendendola il più esaustiva possibile. S'è difatti sostenuto che «la rappresentazione che il privato fa dei propri interessi è sempre tale da poter indurre l'Amministrazione a ravvisare l'esistenza di un interesse pubblico realizzabile soltanto attraverso la tutela amministrativa dell'interesse privato». L'oggetto di valutazione rimesso all'Amministrazione non è dato dalla «qualificazione formale dell'interesse prospettato», ma dalla «sua idoneità, in composizione con gli interessi introdotti nel procedimento, alla soddisfazione, o alla miglior soddisfazione, del bisogno pubblico» (F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1497).

Tale lettura dell'istituto di cui all'art. 10-bis ha permesso a parte della dottrina di qualificarlo come ultimo momento della fase istruttorio, piuttosto che considerarlo alla stregua di frammento del punto decisionale: potrebbe sembrare una soluzione in contrasto con l'asserto contenuto nella medesima norma, ove si prescrive la comunicazione di una decisione che, seppur embrionale, è già stata delineata nei suoi punti cardine. Soccorre a sostegno di tale lettura la suddivisione logica dell'*iter* procedimentale operata da autorevole dottrina (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1988, I, 651), secondo la quale si possono individuare una fase preparatoria, una costitutiva ed una integrativa dell'efficacia. La prima delle tre, più ampia della tradizionale fase istruttorio, comprenderebbe anche il momento predecisionale, considerato in stretta connessione con quello di reperimento ed individuazione dei fatti ed interessi sui quali esercitare la ponderazione. Secondo l'orientamento dottrinale in commento l'art. 10-bis inerisce a tale ultimo segmento della fase preparatoria, con netta distinzione dal momento più prettamente costitutivo del provvedimento, ove si coglie il vero (ed unico) esercizio del potere provvedimentale.

In sintesi, dunque, secondo tale lettura l'art. 10-bis non gravita nell'orbita del perfezionamento dell'atto, bensì vive – e lo dimostrerebbe la sua collocazione normativa – nella propedeutica fase informativa-collaborativa.

⁽⁵⁾ FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Perugia, 1996, 183 ss.

tipiche dell'intervento dell'amministrato, collaborazione da un lato e tutela della proprie posizioni giuridiche dall'altro (partecipazione e contraddittorio s'è detto): se alcuni degli istituti disciplinati dalla legge sul procedimento vivono di duplice natura, sia collaborativa che garantistica (quale il deposito di memorie e documenti di cui sopra), altri rivelano una funzione esclusivamente di tutela. Fra questi si dovrebbe agilmente ricondurre il preavviso di rigetto. Tale opzione interpretativa è da preferirsi alla luce di diverse possibili argomentazioni. Innanzitutto appare improprio a chi scrive derivare la natura collaborativa dell'istituto semplicemente dal suo inserimento nel capo relativo alla partecipazione, dato che, stante il noto brocardo *rubrica legis non est lex*, neppure la rubrica di un articolo astrattamente è da considerarsi quale decisivo elemento interpretativo: ancor meno lo potrà essere l'indicazione del capo. Il dato normativo, semmai, conduce a tutt'altra soluzione interpretativa: raffrontando il tenore dell'art. 10 con quanto disposto al successivo 10-bis, si potrà notare come manchi nel primo ogni riferimento al momento motivato, ben delineato, invece, nell'ambito della disciplina del preavviso di rigetto. L'art. 10, infatti, impone semplicemente un obbligo di valutazione di quanto depositato, senza nulla aggiungere quanto alla esternazione del peso che memorie e documenti (non) abbiano avuto nella ponderazione degli interessi in gioco. Se è vero, comunque, che un obbligo di motivazione è stato rinvenuto dalla giurisprudenza, che ha dato dell'art. 10 un'interpretazione più garantista, tale soluzione risulta, tuttavia, temperata da una certa flessibilità: si è precisato che non sussiste in capo all'amministrazione procedente l'obbligo di una puntuale confutazione delle deduzioni espresse nella memoria *ex art. 10*, né in sede procedimentale, né nella motivazione del provvedimento terminale, dovendosi ritenere sufficiente la completezza motivazionale dell'atto finale in sé considerato, allorché da esso possano agevolmente ed univocamente desumersi le ragioni giuridiche ed i presupposti di fatto posti alla base di una decisione che disattende le affermazioni di segno contrario dell'interessato intervenuto nel procedimento⁽⁶⁾. Momento essenziale della disciplina dettata in tema di preavviso di rigetto, invece, concerne proprio l'onere motivazionale che si assume espresso e dettagliato, stante l'impossibilità di un'interpretazione ristrettiva dell'art. 10-bis alla stregua del *trend* giurisprudenziale maturato relativamente all'intervento di cui all'art. 10⁽⁷⁾. Orbene, proprio il diverso regime di tutela apprestato permette di distinguere le due funzioni: si avrà

⁽⁶⁾ Cfr., *ex multis*, TAR Piemonte, sez. I, 19 novembre 2003, n. 1608, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7252, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁷⁾ FARINA, *Il preavviso di rigetto: l'art. 10 bis della L.241/90 va applicato in modo restrittivo*, in *www.altalex.it*, sostiene, invece, la piena sovrapponibilità al nuovo preavviso di rigetto di gran parte delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in merito all'art. 10 della legge sul procedimento.

atto sostanzialmente oppositivo ove il sistema preveda obbligo espresso di confutazione ed un intervento più spostato verso la partecipazione qualora questo non sia presidiato da stringenti garanzie ⁽⁸⁾. Il perché di tale differenziazione motivazionale è pacifico: il preavviso di rigetto comunica all'istante l'intenzione di adottare un atto pregiudizievole, si pone in un momento strettamente predecisorio (o forse anche oltre, si è già deciso, si rimanda solo la formale perfezione del provvedimento), assai lontano da quella fase istruttoria in cui si inserisce il dettato dell'art. 10.

Che la funzione garantistico-oppositiva rappresenti il nucleo dell'istituto di cui all'art. 10-*bis* è inequivocabilmente dimostrato, inoltre, dal dato giurisprudenziale: si registrano una molteplicità di pronunce che hanno cercato di individuare la *ratio* del preavviso di rigetto nella esigenza di rafforzare quel principio di trasparenza che, pur immanente nella stesura originaria della legge n. 241/1990, trova oggi un esplicito riferimento testuale nel comma 1 dell'art. 1. In tale direzione è stata giustamente sottolineata la funzione di *discovery* delle valutazioni dell'amministrazione, che nell'art. 10-*bis* trova il suo massimo livello di esaltazione ⁽⁹⁾. Tuttavia la comunicazione all'istante dell'intento negativo della pubblica amministrazione assume un ragionevole significato solo qualora si voglia attribuire ai successivi interventi dell'amministrato valenza oppositiva. Si pone il destinatario dell'atto in condizione di criticarne l'ordito, con l'inevitabile conseguenza che ogni sua azione, per quanto potenzialmente accrescitiva del bagaglio di conoscenze della pubblica autorità, è precipuamente finalizzata alla non emanazione dell'atto così come prospettato all'istante, nella stessa misura in cui ogni ricorso si prefigge la caducazione del provvedimento perfetto ⁽¹⁰⁾. Risulta davvero impossibile negare la natura strumentale dell'eventuale ampliamento della cognizione sul fatto, mediante deposito di osservazioni, rispetto al momento oppositivo, così come nessuno potrebbe ragionevolmente affermare che la fase istruttoria all'interno del processo amministrativo non sia funzionale all'accoglimento della richiesta cassatoria. Così delineato l'istituto *de quo*, nella sua fisiologica conformazione e finalità, si pone inevitabile la questione delle vicende patologiche in grado di neutralizzarne gli effetti, ovvero la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza così come l'insufficiente definizione degli stessi. Le soluzioni operative al prospettarsi di tali vicende si pongono nella scia nella nota teorica dei vizi

⁽⁸⁾ Medesime argomentazioni hanno riguardato la tematica dell'intervento nella materia urbanistica, con specifico riferimento all'art 9, l. 17 agosto 1942, n. 1150, in materia di piano regolatore generale.

⁽⁹⁾ TAR Lazio, sez. III, 2 agosto 2005, n. 6077, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁰⁾ In maniera non dissimile, nell'ambito del processo civile, il giudice prospetta alle parti, ex art. 183, co. 4, le questioni rilevabili d'ufficio, affinché si esprimano a proposito, prima che l'autorità giudiziaria decida sul punto: se ne coglie agilmente la funzione anticipatoria di quelle doglianze che potranno essere formulate nell'atto di appello.

formali, intendendo per tali, per inveterata dottrina e giurisprudenza, quelle deviazioni dal paradigma normativo, sotto il profilo formale e procedurale, che però non siano idonei ad intaccare il tessuto sostanziale su cui si inserisce il provvedimento, ovvero non in grado di frustrare lo scopo delle norme che si assumono violate ⁽¹¹⁾.

La distinzione fra vizi formali e vizi sostanziali poggia sulla teoria della diversa rilevanza dei vizi del provvedimento per cui solo i secondi sarebbero idonei a determinare l'annullabilità dell'atto, in quanto, per definizione, idonei a ledere l'interesse tutelato dalla norma violata.

Si tratta di un approdo recente, che soltanto a partire dagli anni novanta dello scorso secolo ha visto accrescere il suo seguito giurisprudenziale, contrapponendosi alla ben più risalente teoria dell'eguale rilevanza del vizio provvedimentale, caratterizzata dalla forte impronta formalistica e cui, per tale motivo, ogni profilo teleologico era del tutto sconosciuto.

Alla luce di quanto disposto dall'art 21-*octies* (ove, in tema di annullabilità dell'atto amministrativo, sembra aver trovato collocazione una disciplina positiva della distinzione fra vizi formali e sostanziali) notevole rilievo assume la possibilità o meno di ricondurre la mancata comunicazione del preavviso al novero di quei vizi, frutto di violazione di norme sul procedimento o sulla forma, potenzialmente non determinanti l'annullabilità del provvedimento. Le soluzioni praticabili sono essenzialmente due, frutto di un diverso approccio ermeneutico al concetto in sé di vizio formale e procedurale *ex art. 21-*octies**. Per parte della dottrina il riferimento alla violazione di regole sul procedimento e sulla forma andrebbe inteso in senso lato, ovvero non sarebbe immediatamente identificativo di quei casi in cui una violazione del dettato normativo darebbe luogo a vizio formale in senso stretto, non integrante motivo di annullabilità. La violazione di ogni norma formale o procedurale, quale che sia, darebbe adito all'applicazione del disposto dell'art. 21-*octies*, che, a ben vedere, non comporta immediatamente la non annullabilità dell'atto. La norma, infatti, prevede un passaggio ulteriore tra la constatazione della natura formale o procedurale della norma violata e la declaratoria di non annullabilità dell'atto, ovvero sia richiede un giudizio positivo di causalità del vizio rispetto alla decisione finale, che logicamente non potrà dirsi sussistere in caso di agire vincolato o, nel caso di attività discrezionale, per espressa menzione legislativa, qualora si dimostri che la decisione non avrebbe potuto essere diversa (limitatamente, però, all'omessa comunicazione di avvio del procedimento). Due concetti concentrici di forma, di cui il primo più esteso, rilevante ai fini della sola individuazione del campo di applicazione esterno del dettato dell'art. 21-*octies*, ed il secondo, compreso nel primo, come sorta di sottoinsieme, identificativo dei soli casi in cui, in concreto, la violazione non abbia prodotto effetti sul contenuto dell'atto

⁽¹¹⁾ Cfr. F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 379 ss.

finale (rilevante ai fini della declaratoria di non annullabilità). Stando a tale lettura l'art. 21-*octies* potrebbe ben applicarsi alla violazione dell'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto quando si dimostri, in concreto, che tale violazione formale non abbia inciso sul dispositivo provvedimento⁽¹²⁾. Alcuni sostenitori di tale tesi, al fine di salvare anche provvedimenti discrezionali da una pronuncia di annullamento per violazione dell'art. 10-*bis*, hanno tentato di sovrapporre l'istituto del preavviso di rigetto con quello della comunicazione di avvio del procedimento. Solo siffatta assimilazione permetterebbe l'applicazione *in toto* dell'art. 21-*octies*, co. 2, sul doppio versante dell'agire vincolato e discrezionale: v'è chi, a tale fine, ha tentato di dimostrare come il preavviso di rigetto apra una sorta di sub-procedimento, e quindi dello stesso rappresenti la relativa comunicazione *ex art.* 7 l. n. 241/1990⁽¹³⁾.

L'altro filone interpretativo, invece, ritiene che l'art. 21-*octies* debba applicarsi solo a norme formali o procedurali la cui violazione, astrattamente considerata, non possa mai incidere sul contenuto dell'atto amministrativo⁽¹⁴⁾. Ogniquale volta si discuta di norme la cui violazione, pur se formali, possa condizionare il tenore del dispositivo provvedimento, allora non potrà farsi questione di concreta causalità rispetto alla decisione finale, perché avremmo a che fare con caso esorbitante dal campo gravitazionale dell'art. 21-*octies*. Tale lettura sembra recuperare la distinzione, di matrice francese, fra forme "formali" e forme "sostanziali", nell'ambito di un ragionamento discretivo tutto astratto, in netto contrasto con la parallela teoria, dianzi esposta, che potremmo definire della "causalità concreta". L'adesione a tale logica interpretativa porta inevitabilmente ad escludere che possano esistere campi di comune applicazione delle norme di cui agli artt. 10-*bis* e 21-*octies*, data l'incontestabile potenzialità incisiva della mancata comunicazione del preavviso di rigetto sul contenuto pre-cettivo dell'atto finale. A sostegno di tale seconda opzione interpretativa (ad avviso di chi scrive da preferire perché più in linea con le esigenze irrinunciabili del contraddittorio) si registra, all'indomani dell'intervento legislativo, una giurisprudenza orientata ad affermare che, ove dagli atti emerga chiaramente che l'amministrazione ha disatteso la disposizione *de qua*, il provvedimento finale debba essere annullato⁽¹⁵⁾. C'è da dire che

⁽¹²⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. II, 5 dicembre 2005, n. 5633, in *Studium iuris*, 2006, 6, 736.

⁽¹³⁾ CARINGELLA-SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo, Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Napoli, 2005, 126.

⁽¹⁴⁾ MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la «partecipazione nella partecipazione» e l'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale*, in *Giur. Merito*, 2006, 6, 1553.

⁽¹⁵⁾ *Ex multis* TAR Lazio, sez. III, 2 agosto 2005, n. 6077, cit.; TAR Campania, sez. VII, Napoli, 4 luglio 2005, n. 9369; TAR Veneto, sez. II, 13 settembre 2005, n. 3413; TAR Veneto, 1 giugno 2005, n. 2358, TAR Veneto, sez. II, 27 luglio 2005, n. 3015; TAR Veneto, sez. II, 29 luglio 2005, n. 3020 tutte in sito www.giustizia-amministrativa.it

molte di queste pronunce sanzionavano l'illegittimità di atti provvedimenti sotto molteplici profili, risultando quindi la violazione dell'art. 10-*bis* essere una soltanto delle ragioni di annullamento. Caso analogo è quello al vaglio del Collegio umbro, che ha pronunciato l'annullamento dei provvedimenti impugnati sia per omissione di preavviso di rigetto che per eccesso di potere sotto vari profili: la pluralità delle censure ascrivibili agli atti impugnati permette al Giudice amministrativo di non doversi dilungare sulla potenzialità invalidante della sola violazione dell'art. 10-*bis*.

3. *Eccesso di potere: l'evoluzione concettuale dell'indecifrabile vizio di legittimità*

Come già detto, il Collegio umbro ha potuto sottrarsi a tale insidiosa disamina a causa della pluralità di vizi che, minando la legittimità dei provvedimenti sotto profili diversi, ne hanno reso inevitabile l'annullamento. Tra questi si ricorda l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e insufficienza della motivazione. Com'è ben noto, l'intrinseca inafferrabilità del concetto di eccesso di potere ha costretto dottrina e giurisprudenza da un lato a cercarne, per lo più senza successo, una definizione il più esaustiva possibile, dall'altro, soprattutto la seconda, ad individuarne i possibili sintomi, con un procedere quasi clinico, nell'ambito dell'atto o, *melius*, del procedimento. Sotto il primo profilo, s'è dubitato anche che sotto la voce "eccesso di potere" possa ancora rinvenirsi un vizio sostanzialmente unitario, come vorrebbe risalente dottrina⁽¹⁶⁾: v'è chi, infatti, abdicando ad ogni tentativo definitorio, ha visto nel vizio di legittimità semplicemente un'espressione ellittica per designare una serie di stati viziati del provvedimento amministrativo, assai diversificati gli uni dagli altri⁽¹⁷⁾. Invero l'incapacità delle varie ipotesi qualificatorie prospettate⁽¹⁸⁾ di cogliere in maniera soddisfacente e defini-

⁽¹⁶⁾ P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, voce *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 126.

⁽¹⁷⁾ FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova 2005, 156 ss.

⁽¹⁸⁾ Si è parlato dell'eccesso di potere come vizio della volontà, ossia come vizio che inerisce al procedimento interno di formazione del volere (RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 74; MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, 1935, in *Raccolta di scritti*, vol. II, Milano, 1972, 548 ss.; ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937, 457 ss.). Altri hanno preferito parlare dell'eccesso di potere quale vizio della causa, intesa come interesse pubblico al quale l'atto deve corrispondere (R. RESTA, *La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, vol. II, Padova, 1933, 410 ss.; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 59 ss.). Altri ancora di vizio dei motivi dell'atto (FORTI, *I "motivi" e*

tiva la natura sostanziale del vizio di eccesso di potere potrebbe deporre a favore dell'inconsistenza e insussistenza dello stesso, se non come fortunata formula sintetica capace di descrivere diverse patologie. L'alterco tra tesi unitaria e non si gioca sul terreno del rapporto fra sviamento di potere e figure sintomatiche. Difatti i sostenitori della prima ritengono che, nella sostanza, l'eccesso di potere si concreti nello sviamento, inteso quale constatata deviazione dell'atto amministrativo rispetto alle sue finalità istitutive, mentre le figure sintomatiche non sarebbero altro che «sintomi del vizio di eccesso di potere, che ricorrerebbe tutte le volte in cui si verifichi la possibilità di dubitare che si sia attuata una divergenza dell'atto dalle sue finalità» ⁽¹⁹⁾. Se, da un lato, risulta di indubbia apprezzabilità tale sforzo sintetico, dall'altro non sfugge come possa apparire forzato ricondurre tutta la casistica elaborata dalla giurisprudenza in punto di eccesso di potere alla problematica dello sviamento di potere, che, inteso in senso letterale, rappresenta una mera eventualità, tra l'altro recessiva, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali. Si intende dire che dal dato meramente cronologico-storicistico, consistente nell'essere lo sviamento di potere il primo caso di eccesso di potere cui il Giudice amministrativo ha posto la propria attenzione, non può dedursene l'idoneità assorbente rispetto alle ulteriori ipotesi enucleate negli arresti giurisprudenziali in una sempre più minuziosa analisi critica dell'operare amministrativo, che indaga ben al di là di fenomeni macroscopici come quello dello sviamento.

la "causa" degli atti amministrativi, in *Foro it.*, 1932, III, 294 ss.). È stato ritenuto anche che l'eccesso di potere consista in una violazione del contenuto dell'atto amministrativo, e quindi dell'aspetto precettivo della dichiarazione di volontà insita nell'atto (OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato*, XXII, 1947, 368 ss.). Le succitate teorie sono state peraltro confutate da successiva dottrina: non sarebbe corretto configurare l'eccesso di potere quale vizio della volontà dal momento che nel giudizio di legittimità non è dato al giudice di accertare le finalità del volere della Pubblica Amministrazione; inoltre configurarlo alla stregua di un vizio della causa, intesa quale interesse pubblico perseguito, renderebbe impossibile distinguere tra discrezionalità e merito; infine non potrebbe parlarsi di vizio del contenuto, in quanto dietro vi si celerebbe pur sempre un vizio o della causa o della volontà. Cfr. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 144 ss.; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 10 ss. Maggiore fortuna ha incontrato la tesi che vorrebbe nell'eccesso di potere un vizio della funzione, intesa quest'ultima nel senso del concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, 118; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, *passim*; SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, voce *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, Torino, 1982, 233; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 698).

⁽¹⁹⁾VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 148. Così anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 698 ss.

Altri, come già detto e sulla scorta di argomentazioni del genere, unite all'incapacità delle varie teorie ricostruttive dell'eccesso di potere di coglierne appieno il significato, hanno preferito aderire alla tesi della molteplicità patologica, ovvero della natura meramente descrittiva e sintetica, ma non sostanziale, della figura dell'eccesso di potere. Suggestivamente si è proceduto nel riqualificare le figure sintomatiche, una volta sganciate dall'improprio collegamento con lo sviamento di potere, come specifiche manifestazioni di principi giuridici di ordine superiore, codificati dalla Costituzione. Si tratterebbe sia di principi di ordine generale, come lo stesso principio di uguaglianza, di ragionevolezza e proporzionalità, sia di principi dettati specificamente per la Pubblica Amministrazione. In particolare, ovviamente, vengono in considerazione i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione, sanciti dall'art. 97 Cost.: alla violazione del primo possono venire direttamente collegate le disparità di trattamento e la violazione della prassi, alla violazione del secondo in pratica tutte le altre figure sintomatiche⁽²⁰⁾.

Questa lettura si scontra, però, al pari della precedente, con il dato giurisprudenziale, se si pone mente alla frequenza con la quale il Giudice amministrativo usa indifferentemente e, spesso, indistintamente, più figure sintomatiche per decretare l'illegittimità del provvedimento impugnato: se fossero davvero identificative di diversi stati vizianti non potrebbe con tale scioltezza esserne ammessa la confusione. Inoltre, il fatto che la giurisprudenza ritenga meramente probatorio e non decisivo il ricorrere delle figure medesime, disconoscendone la natura sostanziale e riconducendole a meri indici di qualcos'altro, potrebbe suggerirci l'adozione della tesi unitaria, sostanziale, che paga il prezzo, però, di un'enorme difficoltà definitoria, come sopra evidenziato. Una lettura che tenga in considerazione le perplessità sinora sollevate è stata data da certa dottrina⁽²¹⁾, la quale ha riadattato al nuovo contesto normativo la risalente definizione di eccesso di potere in termini di vizio della funzione⁽²²⁾. In un apprezzabile sforzo sintetico si è tentato, con successo, di conciliare il dato giurisprudenziale (che, come s'è detto, sembra sposare la tesi unitaria) con le numerose innovazioni normative che hanno nel tempo positivizzato i parametri, di matrice pretoria, del vizio stesso di eccesso di potere (conducendo parte della dottrina a sposare la tesi pluralista)⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 155.

⁽²¹⁾ Cfr., BARTOLINI, voce *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Diz. di Dir. Pubbl.*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 2869.

⁽²²⁾ Vedi *supra*.

⁽²³⁾ «[...] Non si può dimenticare che la legge generale sul procedimento, così come riformata nel 2005, esordisce affermando che l'attività amministrativa (*melius*, la funzione) è soggetta ai principi dell'ordinamento comunitario, volti a regolare i poteri pubblici quali l'eguaglianza di trattamento, il legittimo affidamento, la propor-

Si potrebbe sostenere, è vero, che il processo di traduzione in norma di tali principi abbia comportato lo slittamento della patologia del provvedimento scaturente dalla violazione dei medesimi dall'eccesso di potere alla violazione di legge, ma vi sarebbe un tratto comune tra i vari stati vizianti in questione, ovvero l'afferire tutti alla funzione, o meglio ai suoi obiettivi, alla sua struttura. L'eccesso di potere allora, sotto questo profilo, da vizio della funzione diverrebbe vizio da violazione dei principi sulla funzione: inequivocabile pluralità del dato normativo, ma sostanziale convergenza dell'esigenze espresse dal legislatore. Funzione come *trait d'union* e chiave di volta di una teoria che riesce a sposare contemporaneamente lettura unitaria e pluralista.

Il caso posto all'attenzione del Collegio umbro si presenta, sotto questo profilo, paradigmatico: si pronuncia l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per difetto di adeguata istruttoria e insufficienza della motivazione, sottolineandone la stretta connessione, come fossero, appunto, indici di un medesimo vizio, manifestazioni, nell'ambito del singolo procedimento amministrativo, della stessa devianza e, inevitabilmente, della medesima lesione.

Il Giudice amministrativo pone l'accento sull'insufficienza della fase istruttoria, di reperimento di dati ed elementi su cui l'amministrazione avrebbe dovuto formare la propria decisione, cui consegue un'incapacità, in punto di motivazione, di illustrare in maniera chiara ed esauriente il percorso logico-giuridico seguito nell'adozione dell'atto. La pronuncia del Tar umbro sembra ruotare tutta intorno al medesimo perno, rappresentato dall'esigenza di ragionevolezza e logicità dell'agire amministrativo. I due provvedimenti impugnati vengono posti in relazione a precedenti statuizioni della pubblica amministrazione, la quale, in passato, alla medesima istanza del ricorrente (più precisamente una richiesta di concessione di suolo pubblico) aveva sempre dato risposta positiva. Al permanere immutato delle condizioni di fatto e di diritto avrebbe dovuto, a rigor di logica, fare seguito un parimenti immutato atteggiamento dell'amministrazione. Viene sottolineato, infatti, il profilo della tutela dell'affidamento consolidatosi in capo al ricorrente a che la concessione venisse rinnovata: si tratta di quella buona fede oggettiva, di matrice contrattuale, imposta da una rilettura in chiave modernistica del rapporto cittadino-amministrazione.

Ragionando in termini di figure sintomatiche dell'eccesso di potere, risulterebbe calzante rinvenire nel caso di specie il ricorrere anche della cosiddetta contraddittorietà estrinseca, che colpisce quell'atto amministrativo che entri in incoerente contrasto con precedente provvedimento

zionalità, il contraddittorio, la buona amministrazione. Il richiamo a detti principi costituisce oggi una norma giuridica che positivizza regole fino ad oggi ritenute non scritte [...]»; V. BARTOLINI, voce *Illegittimità*, cit., 2869.

della medesima amministrazione. Si tratterebbe di un indice di perplessità non risolte, di valutazioni tra loro incompatibili, la cui diversità non sia assolutamente giustificabile in base al principio della coerenza logica ⁽²⁴⁾. Non si nega la possibilità dell'amministrazione di mutare opinione circa la ponderazione degli interessi pubblici e privati, semplicemente le si impone un onere motivazionale aggravato, per così dire, a causa dell'affidamento ingenerato da precedente atteggiamento della stessa pubblica autorità. Quand'anche il provvedimento fosse stato astrattamente legittimo, ovvero non viziato da difetto istruttorio o di motivazione, comunque se ne sarebbe potuta lamentare l'illegittimità se non si fosse fatta menzione, nemmeno implicitamente, alla "rottura" con la precedente attività provvedimentale (parimenti se non ne fosse stata data spiegazione).

4. Motivazione per relationem ed invalidità derivata: brevi osservazioni sulla configurabilità di propagazioni patologiche "orizzontali".

Si è sinora parlato di due provvedimenti viziati entrambi dalle stesse figure patologiche, ovvero violazione dell'art. 10-bis, l. n. 241/1990, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e per insufficienza della motivazione. Tale perfetto parallelismo, in realtà, in particolar modo sotto il profilo dell'eccesso di potere, è realizzato da un aggancio del secondo atto al primo mediante motivazione *per relationem* all'apparato motivo della prima attività provvedimentale: la pubblica amministrazione, ritenendo esauriente quanto espresso nel primo diniego di concessione di suolo pubblico, nel ribadire la propria statuizione rimanda *in toto* a quanto già comunicato all'istante. Che la motivazione *per relationem*, ovvero mediante riferimento ad argomentazioni esterne al tessuto del provvedimento, rappresenti una modalità legittima di motivare l'atto amministrativo è dato confermato dall'art. 3 della legge sul procedimento. Il problema è altro: il fenomeno recettizio generato da siffatto espediente motivazionale comporta, in punto di patologia del provvedimento, che quest'ultimo sarà soggetto alle stesse misure giurisdizionali di cui fu, o sarebbe stato, passibile l'atto richiamato. Ad un'analisi superficiale del fenomeno potrebbe parlarsi di invalidità derivata, ma tale conclusione sarebbe da escludersi ove si ragionasse sul fatto che il vizio di cui è affetto il provvedimento richiamante è patologia originaria di quest'ultimo, vizio suo proprio, derivato soltanto in senso improprio, stante l'insussistenza di un collegamento necessitato tra i due

⁽²⁴⁾ VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 194. La definizione si ricava, *ex multis*, da TAR Valle d'Aosta, 27 maggio 1988, n. 46, in *Trib. amm. reg.*, 1988, 1, 2138; TAR Reggio Calabria, sez. Reggio Calabria, 3 marzo 1994, n. 226, *ivi*, 1994, 1, 2244; TAR Marche, 30 gennaio 1998, n. 115, in *Foro amm.*, 1998, 2524; TAR Lazio, sez. I, 24 settembre 2001, n. 7768, in *Trib. amm. reg.*, 2001, 1, 3229. In dottrina cfr. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, 406.

atti. Si intende dire che la motivazione *per relationem* non crea alcun tipo di vincolo fra i due provvedimenti, tale per cui la censura del primo avrebbe effetto caducante sul secondo (nemmeno meramente invalidante): l'atto richiamante è provvedimento ripetitivo, non logicamente conseguente. Al più, ove si fosse già pronunciata sentenza di annullamento del primo, il secondo, eventualmente adottato a seguito della pronuncia del Giudice amministrativo, potrebbe considerarsi in violazione del giudicato. Anche in questa ipotesi ricostruttiva del fenomeno in questione (si noti, la più drastica delle possibili), la nullità in cui incorrerebbe il secondo atto, *ex art. 21-septies*, l. n. 241/1990, non avrebbe alcunché di derivato, ma scaturirebbe da vizio proprio del provvedimento. Come accorta dottrina ha avuto modo di sottolineare, sovente si parla impropriamente di invalidità derivata: quand'anche vi sia un collegamento fra più atti, spesso la patologia che investe quelli successivi non è derivata da atti precedenti, ma integra un vizio proprio ed autonomo dell'atto posteriore ⁽²⁵⁾. Se si aderisce alla nota teoria che distingue, nell'ambito dell'invalidità cd. estrinseca, ovvero riguardante più atti autonomi, gli effetti caducanti da quelli meramente vizianti, non può non pervenirsi alla conclusione secondo la quale soltanto nel primo caso sussisterebbe, propriamente, un fenomeno di derivazione ⁽²⁶⁾. Siffatta derivazione, però, sembra discendere, nei casi in cui è ammessa, dalla stretta correlazione dei due atti, tale da renderli come un tutt'uno ⁽²⁷⁾. Nel caso dell'invalidità di tipi viziante, invece, data la retroattività della pronuncia di annullamento, il vizio *de quo*, derivando dalla cassazione dell'atto integrante la fattispecie costitutiva del provvedimento conseguente, sarà proprio del provvedimento successivo, risultando questo adottato in violazione del relativo paradigma normativo. Argomentando da queste soluzioni, giurisprudenziali e dottrinali, sembrerebbe possibile mettere in discussione addirittura lo stesso concetto di invalidità derivata estrinseca: da un lato perché in alcuni casi tale derivazione non sussiste (invalidità viziante), dall'altro perché, ove esiste, in realtà sembra discendere dalla natura sostanzialmente unitaria della fattispecie provvedimentale,

⁽²⁵⁾ BARTOLINI, *Nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 291 ss. L'Autore porta l'esempio dell'espropriazione sopraggiunta in un momento successivo all'accertamento giurisdizionale dell'invalidità della dichiarazione di pubblico interesse: l'atto successivo è sì invalido, ma non per vizi derivati, bensì per vizi suoi propri, data la mancata integrazione della fattispecie costitutiva dello stesso.

⁽²⁶⁾ Come si è sottolineato, tuttavia, la caducazione è espediente processuale, non integra, se rilevata in giudizio, una pronuncia sulla validità dell'atto (semmai sull'efficacia).

⁽²⁷⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 24 febbraio 1996, n. 232, in *Foro it.*, 1997, 111, 99, ove l'atto presupposto acquista un rilievo quasi subprocedimentale rispetto al presupponente. Ugualmente in A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 691.

quand'anche si presenti formalmente articolata in più atti autonomi (invalidità caducante).

A maggior ragione a siffatta soluzione bisogna pervenire in caso di mancanza di un collegamento logico fra i due atti, come nel caso in cui tale legame sia frutto esclusivamente di una scelta dell'Amministrazione, che non può comportare, pena l'incoerenza dell'intero sistema, una variazione sostanziale nelle procedure di tutela avverso i provvedimenti amministrativi. Ciò che si vuole dimostrare è che non sembra avere cittadinanza nel nostro ordinamento un fenomeno di invalidità derivata "orizzontale", che non risponda ad un fisiologico rapporto di necessità fra due atti, bensì si assuma come conseguenza di una scelta meramente discrezionale, quale, appunto, quella di motivare un atto richiamando l'apparato motivato di altro provvedimento.

5. Discrezionalità amministrativa e risarcimento del danno: il punto dolens del giudizio di spettanza del bene della vita

L'ultimo punto affrontato dalla pronuncia del Collegio umbro attiene alla risarcibilità del danno lamentato dal ricorrente. Per quanto la statuizione possa apparire stringata, in realtà se ne può dedurre in che modo il Giudice amministrativo si approcci alla delicata questione del risarcimento dell'interesse legittimo o, *melius*, a quale accezione di interesse legittimo pervenga. La sentenza sembra pienamente in linea con la posizione assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione ⁽²⁸⁾, negando la coincidenza tra illegittimità del provvedimento ed illiceità del comportamento della Pubblica Amministrazione *ex art.* 2043. L'illegittimità dell'atto amministrativo integra una condizione indispensabile per il risarcimento del danno, ma non parimenti sufficiente, in quanto la stretta connessione predicata dalla Cassazione tra interesse legittimo e bene della vita comporta che ogni richiesta risarcitoria si fondi sulla dimostrazione della lesione del bene stesso, realizzata per mezzo dell'atto illegittimo. In altri termini, ciò che ci risarcisce, secondo la sentenza n. 500/99, non è affatto la lesione dell'interesse legittimo in quanto tale, ma la lesione di un diverso interesse-diritto al provvedimento. Il danno ingiusto è costituito, infatti, dalla lesione «non dell'interesse legittimo, ma dell'interesse sostanziale ad esso correlato e l'interesse legittimo

⁽²⁸⁾ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500. Recentemente la Suprema Corte sembra aver aderito alla tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato, sottolineando come la moderna evoluzione dell'apparato burocratico, sempre più aziendalizzato, imponga una rivisitazione delle tradizionali ricostruzioni della responsabilità dell'amministrazione. Cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157. In dottrina la medesima soluzione è sostenuta da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 178.

finisce col rivelarsi una forma di tutela (di tipo ripristinatorio, mediante l'annullamento) dell'interesse della vita, concorrente con la tutela aquiliana (di tipo compensativo)». La Suprema Corte, suggestivamente, parla di una sorta di sdoppiamento dell'interesse legittimo, nel senso che «accanto al tradizionale interesse legittimo collegato al potere amministrativo mediante il nesso di legalità, che si suppone continui ad essere tutelabile con l'azione di annullamento davanti al Giudice amministrativo, appare una nuova situazione tutelabile con l'azione di risarcimento». Su questa argomentazione si innesta la problematica del giudizio prognostico di spettanza del bene della vita, secondo la quale vi è possibilità di risarcimento soltanto qualora si possa riconoscere all'illegittimità che ha colpito l'atto potenzialità lesiva del bene finale, ovvero dimostrare che in assenza del vizio l'atto avrebbe avuto contenuto diverso e più favorevole ⁽²⁹⁾. La scelta definitoria operata dalle Sezioni Unite si presenta altamente selettiva dei casi in cui si possa addivenire ad una pronuncia di risarcimento e, nel suo impianto teorico, risulta coerente con lo spirito delle più recenti riforme in tema di procedimento amministrativo. Anche il legislatore, nell'introdurre il succitato art. 21-octies, sembra aver individuato nella causalità, intesa come potenzialità di incidere sul contenuto finale dell'atto, un criterio discrezionale fra vizi rilevanti in giudizio o meno. Si tratta, però, di una causalità diversa, minore e "contenuta" in quella postulata dalla Suprema Corte. Quest'ultima, doppiamente sostanziale, nel senso che si dirà appresso, lega l'illegittimità alla lesione del bene della vita ed integra un requisito indispensabile della condanna di risarcimento. La prima, invece, implicitamente richiamata dall'art. 21-octies, lega semplicemente l'atto e il suo contenuto, lasciando irrisolta la questione del rapporto con il bene finale. La causalità di cui alla sentenza n. 500/99, oggetto del giudizio prognostico ⁽³⁰⁾ (che tenderà, appun-

⁽²⁹⁾ Cfr. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 633.

⁽³⁰⁾ Il giudizio prognostico del quale si parla nella sentenza n. 500/99 è un giudizio ipotetico volto a stabilire se il contenuto del provvedimento sarebbe stato diverso e, più precisamente, più favorevole all'interessato, qualora l'Amministrazione avesse agito secondo diritto. Il giudizio verte quindi sull'efficienza causale dello specifico vizio in relazione al pregiudizio lamentato. Cfr. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione*, cit., 633.

Altra dottrina, invece, ricostruendo diversamente la sostanza di tale giudizio prognostico, sottolinea l'incoerenza sistematica di una pronuncia che faccia dipendere il danno da aspettative o diritti futuri, mentre il risarcimento, nella sua classica teorica, prescinde da giudizi prognostici, poiché si fonda su fatti già avvenuti. Aderendo a siffatta lettura del significato del giudizio prognostico, non possono non condividersi le perplessità sollevate da autorevole dottrina. Cfr. sul punto SCOCA, *Risarcibilità ed interessi legittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 37; ORSI BATTAGLINI e MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 500.

to, a dimostrarne la sussistenza), presupponendo a monte l'illegittimità dell'atto, richiede, inevitabilmente, che tale atto sia stato affetto da vizi di natura sostanziale, causali in rapporto all'illegittimità provvedimentale⁽³¹⁾. In sintesi, *mutatis mutandis*, il filone giurisprudenziale richiamato sembra condividere il medesimo approccio finalistico-funzionale sotteso alle intenzioni palesate dal recente legislatore, dimostrando vieppiù la propria solida ragionevolezza argomentativa.

Tale essendo l'orizzonte in cui si colloca la decisione del Collegio umbro, appare inevitabile la soluzione cui perviene il Tar Umbria, nell'affermare che, nonostante l'illegittimità del provvedimento e conseguente annullabilità del medesimo, la permanenza di margini di discrezionalità amministrativa in capo all'amministrazione resistente non permette di pronunciarsi in punto di spettanza del bene della vita. È tipico dell'agire discrezionale il prospettare di più soluzioni legittime potenzialmente adottabili da parte della pubblica amministrazione⁽³²⁾ e con questo dato deve conciliarsi il novero di doglianze che il cittadino può sollevare in giudizio.

Esistono, tuttavia, delle pronunce del Giudice amministrativo con le quali si è tentato, ad onor del vero con successo, di risolvere le questioni risarcitorie in senso positivo in fattispecie del genere: s'è detto che, stante l'insuperabilità dell'incognita dell'agire discrezionale, si potrebbe pur sempre risarcire una *chance sérieuse* di ottenere il bene della vita. L'aspetto realmente innovativo di tale orientamento giurisprudenziale è rappresentato dall'indipendenza della *chance* dal bene cui si riferisce, ovvero dall'essere in sé un bene della vita, per quanto fisiologicamente collegato ad altro (forse solo sul piano semantico). *Chance* da intendere come insieme delle possibilità che il privato ha perduto a causa dell'agire scorretto della pubblica amministrazione, bene già esistente nel patrimonio del danneggiato al momento in cui si verifica l'evento lesivo e suscettibile di autonomo danno rispetto al bene finale⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Si potrebbe obiettare che l'art. 21-*octies* in realtà non esclude l'illegittimità degli atti viziati da vizi soltanto formali, semplicemente inibisce la relativa pronuncia cassatoria. Se così si interpretasse tale disposizione di legge, potremmo avere pronunce di risarcimento in assenza di annullabilità degli stessi, il che renderebbe le due vie percorsi distinti se non paralleli. Purtroppo il più recente orientamento in tema di pregiudiziale, descrivendo il previo annullamento dell'atto come condizione necessaria per la richiesta di risarcimento, sembra imporre una nuova e più restrittiva accezione di illegittimità, non meramente potenziale, ma attuale, *melius* dichiarata giudizialmente. Cfr. Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽³²⁾ TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione*, cit., 636.

⁽³³⁾ Sul concetto di *chance* si possono annoverare due opzioni interpretative: vi è chi attribuisce alla *chance* una funzione esplicativa, in quanto il ragionamento probabilistico integrerebbe una tecnica utile alla verifica della sussistenza del collegamento illegittimità dell'atto-lesione del bene finale. Per altri, più propriamente,

Il Collegio umbro, però, non sembra ragionare in questi termini: da una disamina superficiale della pronuncia in questione potrebbe dedursi che il Giudice amministrativo abbia adottato la linea di pensiero più rigorosa in materia di risarcimento del danno da attività discrezionale. Si deve aggiungere, però, che la tematica della *chance*, in quanto possibilità perduta, risulta strettamente connessa con il problema della non (utile) reiterabilità del potere amministrativo: finché l'annullamento, con conseguente nuovo esercizio del potere, può assumere funzione riparatoria, non v'è modo di parlare di *chance* risarcibile⁽³⁴⁾. In quest'orizzonte si colloca armoniosamente il *dictum* umbro.

SANDRO SABA

rappresenta un bene in sé, ha funzione delimitativa ai fini della verifica dell'esistenza del danno, «ossia considerando la *chance* come bene già presente nel patrimonio del danneggiato al momento dell'evento lesivo». Cfr. PROTTO, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2000, 9, 997. Sulla *chance* come bene in sé cfr. BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, nota a Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 8849, in *Urb. app.*, 2007, 1, 4 ss.

⁽³⁴⁾ BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, cit.

T.A.R. UMBRIA – 10 aprile 2007, n. 302 – Pres. Est. LIGNANI – Granieri (avv.ti Napolitano e Marchesini) c. C.O.N.I. (avv.ti Germini Brutti e Cosenza) e Comitato Provinciale di Perugia del C.O.N.I. (n. c.)

Pubblico impiego – Giurisdizione e competenza – Art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 – Questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza.

Il criterio del frazionamento della giurisdizione in presenza di pretese patrimoniali relative ad un periodo a cavallo del termine stabilito dall'articolo 45, comma 17, del d.lgs. 80/1998, non può essere seguito, per evidenti ragioni di ragionevolezza e di coerenza con la stessa ratio della disposizione transitoria, qualora si sia di fronte ad una vicenda contenziosa unitaria per quanto attiene alla natura del petitum e della causa petendi. In simili casi, può ritenersi che la giurisdizione del giu-

dice amministrativo eserciti una vis attrattiva nei confronti di quella parte della vicenda contenziosa che continua a svolgersi senza soluzione di continuità nel periodo in cui è subentrata la giurisdizione del giudice ordinario. D'altra parte, anche volendo limitare la cognizione al periodo compreso fra il 1° settembre 1989 e il 30 giugno 1998, la (eventuale) decisione nel senso della qualificazione del rapporto come lavoro subordinato (pubblico impiego) avrebbe necessariamente effetto anche per il periodo successivo: invero non è stato dedotto, né da una parte né dall'altra, che siano intervenute modifiche rilevanti. Pertanto, per il periodo posteriore al 30 giugno 1998 vi sarebbero solo pretese meramente consequenziali (1).

(Omissis). 1. La ricorrente ha lavorato presso il Comitato Provinciale di Perugia del C.O.N.I. dal 1 settembre 1989. Il rapporto con la ricorrente è stato dapprima sospeso, con nota del presidente del Comitato prot. 193 in data 12 aprile 2000 (che cita le sopraggiunte circolari del C.O.N.I. Centrale prot. 5441 e 4608), e poi definitivamente interrotto, con nota prot. 243 in data 10 ottobre 2000.

2. La ricorrente ha proposto ricorso in sede civile, chiedendo, previo annullamento di detta ultima nota, l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, la reintegrazione nel posto di lavoro e la condanna del C.O.N.I. alla corresponsione delle retribuzioni non percepite.

Con sentenza 5 luglio 2002 n. 287/02, il Tribunale di Perugia in funzione di Giudice del Lavoro ha dichiarato il difetto di giurisdizione.

La ricorrente ha pertanto adito questo TAR, per le medesime pretese, deducendo censure di violazione di legge ed eccesso di potere per ingiustizia manifesta e contraddittorietà, nonché violazione della legge 604/1966, e sottolineando a tal fine:

- che ha svolto continuativamente per undici anni mansioni di segretaria part time presso il Servizio Impianti Sportivi (protocollo, contabilità dei mutui relativi alla realizzazione degli impianti e dei contributi per l'acquisto delle attrezzature, archivio dei mutui);

- che il proprio rapporto presentava i seguenti caratteri/indici del rapporto di pubblico impiego: eseguiva le direttive che le venivano impartite dal responsabile del predetto Servizio ovvero, per l'esecuzione di ulteriori mansioni di segreteria, direttamente dal presidente del Comitato Provinciale; era inserita stabilmente nell'organizzazione dell'ente; l'oggetto della prestazione era la messa a disposizione della propria energia lavorativa per un orario (tre ore pomeridiane per tre giorni alla settimana) ed un corrispettivo predeterminati;

- che non è stata dimostrata l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, che, soli, consentirebbero il licenziamento ai sensi della legge 604/1966.

3. Il C.O.N.I. si è costituito in giudizio ed ha controdedotto puntualmente, anche eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di questioni in parte attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998.

4. Occorre pregiudizialmente disattendere l'eccezione di difetto di giurisdizione.

La Corte di Cassazione ha precisato che l'art. 45, comma 17, del d.lgs. 80/1998 (ora art. 69, comma 7, del d.lgs. 165/2001), il quale ha trasferito al giudice ordinario le controversie concernenti il pubblico impiego privatizzato ed ha dettato la relativa disciplina transitoria, utilizzando all'uopo la locuzione generica ed atecnica di "questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998" ovvero "anteriore a tale data", va interpretato nel senso che il discrimine temporale del trasferimento delle controversie alla giurisdizione ordinaria non deve essere collegato rigidamente ad un atto giuridico o all'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto o al momento di insorgenza della contestazione e, quindi, di instaurazione della controversia, ma deve essere ancorato al dato storico dell'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze – così come posti a base della pretesa avanzata – in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia (cfr., Cass. Civ., SS. UU., 7 luglio 2005, n. 14258; 3 maggio 2005, n. 9101; 6 febbraio 2003, n. 1809; vedi anche Cons. Stato, VI, 10 aprile 2003, n. 1914 e 20 settembre 2002, n. 4781). Si deve, peraltro, avere riguardo al momento del verificarsi dei fatti costitutivi della pretesa azionata, qualora essi vengano in rilievo indipendentemente dal loro collegamento con uno specifico atto di gestione del rapporto di lavoro da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro. Laddove, invece, alla base della pretesa giudiziale si ponga una lesione prodotta da un atto di gestione di natura provvedimentoale (o negoziale), in quanto la disciplina del rapporto preveda che la giuridica rilevanza di quei fatti sia assoggettata ad un apprezzamento dell'Amministrazione medesima, deve farsi riferimento al momento in cui tale apprezzamento intervenga e, cioè, al momento dell'emanazione dell'atto lesivo (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 17 ottobre 2002, n. 14766; 23 gennaio 2004, n. 1234).

Nel caso in esame, la pretesa azionata dalla ricorrente è quella relativa all'accertamento del rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione, e dei diritti patrimoniali conseguenti.

L'impugnazione del licenziamento presenta carattere strumentale, in relazione all'impossibilità di ottenere dal giudice amministrativo la disapplicazione di atti non tempestivamente impugnati, ed acquista significato autonomo nella prospettiva della rivendicazione, consequenziale rispetto a quella della natura del rapporto di lavoro, della durata indeterminata del medesimo.

I fatti costitutivi della pretesa principale sono le prestazioni lavorative; esse, peraltro, si sono protratte fino all'aprile del 2000, quindi in parte si collocano oltre il termine del 30 giugno 1998, che discrimina la giurisdizione.

Ne dovrebbe discendere una pronuncia di (parziale) inammissibilità del ricorso, per difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, relativamente al periodo luglio 1998 – aprile 2000.

Tuttavia, il Collegio è dell'avviso che il criterio del frazionamento della giurisdizione in presenza di pretese patrimoniali relative ad un periodo a cavallo del termine stabilito dall'articolo 45, comma 17 (che pure è stato affermato dalla Cassazione – cfr. SS.UU. 21 dicembre 2000, n. 1323), non possa essere seguito, per evidenti ragioni di ragionevolezza e di coerenza con la stessa ratio della disposizione transitoria, qualora – come nel caso in esame – si sia di fronte ad una vicenda contenziosa unitaria per quanto attiene alla natura del petitum e della causa petendi. In simili casi, può ritenersi che la giurisdizione del giudice amministrativo eserciti una vis attrattiva nei confronti di quella parte della vicenda contenziosa che continua a svolgersi senza soluzione di continuità nel periodo in cui è subentrata la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. TAR Puglia, Bari, I, 14 luglio 2001, n. 2907 e 8 gennaio 2002, n. 48; T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 15 novembre 2002, n. 3907).

D'altra parte, anche volendo limitare la cognizione di questo Collegio al periodo compreso fra il 1° settembre 1989 e il 30 giugno 1998, la (eventuale) decisione nel senso della qualificazione del rapporto come lavoro subordinato (pubblico impiego) avrebbe necessariamente effetto anche per il periodo successivo: invero non è stato dedotto, né da una parte né dall'altra, che siano intervenute modifiche rilevanti. Pertanto per il periodo posteriore al 30 giugno 1998 vi sarebbero solo pretese meramente consequenziali. (*Omissis*).

(1) Alcune riflessioni in tema di riparto di giurisdizione sulle questioni in parte anteriori, in parte successive al 30 giugno 1998. Frazionamento o concentrazione? Giurisdizione del giudice ordinario o devoluzione al giudice amministrativo...?

1. - La decisione in rassegna offre interessanti spunti di riflessione sulla disciplina processuale del pubblico impiego "privatizzato" e, nello specifico, in merito al problema del riparto di giurisdizione sulle questioni relative a periodi a cavallo del termine stabilito dall'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998 (norma abrogata dal testo unico sul pubblico impiego e riprodotta dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001).

La vicenda trae origine da un ricorso proposto contro il C.O.N.I. dinanzi

al Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria con il quale la ricorrente ha domandato al collegio adito l'accertamento della sussistenza del suo rapporto di pubblico impiego, l'annullamento del licenziamento comunicatole con lettera del Presidente del Comitato Provinciale di Perugia prot. 243 del 10 maggio 2000 (oltre a tutti gli atti presupposti e conseguenti), la condanna del C.O.N.I. alla reintegrazione nel posto di lavoro ed alla corresponsione delle differenze contributive conseguentemente spettanti.

Con la sentenza in epigrafe, il Giudice amministrativo dopo aver ritenuto sussistere la propria giurisdizione sulla controversia, ha accolto parzialmente il ricorso e, per l'effetto, ha accertato il diritto della ricorrente alle differenze retributive ed alla conseguente regolarizzazione della posizione contributiva e previdenziale, condannando l'amministrazione resistente al pagamento delle somme conseguentemente spettanti.

Sebbene nel merito le argomentazioni poste a fondamento della decisione possano essere condivise, alcune considerazioni di carattere processuale si rendono necessarie: nel caso di specie potrebbero infatti sorgere fondati dubbi circa la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo.

2. – Al fine di verificare la correttezza della tesi sostenuta dal Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria, in conformità della quale la controversia *de qua* spetterebbe *tutta* alla *esclusiva* cognizione del Giudice amministrativo, in via preliminare si rende necessario delineare il quadro normativo di riferimento in virtù del quale il Giudice umbro è pervenuto ad una simile conclusione.

Occorre quindi prendere le mosse dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. 165 del 2001 ⁽¹⁾, dal momento che, con tale disposizione, il legislatore delegato [nell'esercizio del potere conferitogli ex art. 11, comma 4, lett. g) della legge delega 15 marzo 1997, n.59] ⁽²⁾ ha trasferito al giudice ordinario le controversie concernenti il pubblico impiego privatizzato ed ha dettato la relativa disciplina transitoria disponendo che: «*sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'articolo 63 del pre-*

⁽¹⁾ L'art. 67, comma 9, d.lgs. n. 165/2001 ha sostituito l'art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998 (abrogato dall'art. 72, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 165/2001) – il quale stabiliva che «*le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore*» alla data del 30 giugno 1998 «*restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e debbono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000*».

⁽²⁾ L'art. 11, comma 4, lett. g), della legge delega 15 marzo 1997, n. 59, conferiva al Governo il potere di «*adottare misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso*», in occasione del trasferimento della competenza giurisdizionale dai tribunali amministrativi regionali all'autorità giudiziaria ordinaria in materia di pubblico impiego e del contestuale trasferimento da quest'ultima ai primi della competenza giurisdizionale in materie attinenti ai servizi pubblici ed al governo del territorio.

sente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

La norma suindicata ha posto alcuni dubbi interpretativi e così, in seguito alla sua emanazione, la giurisprudenza è stata coinvolta in un dibattito volto a definire: la natura del termine del 15 settembre, il significato da attribuire alla parola «questioni», la determinazione della giurisdizione per le controversie «relative a questioni» attinenti a periodi in parte antecedenti, in parte successivi al 30 giugno 1998.

Prima di procedere ad un esame della pronuncia qui commentata è opportuno ripercorrere le tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale che si è registrata sulle questioni appena menzionate.

2.1 – Il problema che ha riguardato il termine del 15 settembre 2000, data entro cui dovevano essere proposte al giudice amministrativo, a pena di decadenza, le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriori alla data del 30 giugno 1998 (rimaste attribuite alla sua giurisdizione esclusiva), è stato quello di definire il significato da attribuire a tale *decadenza*, anche in relazione al fatto che l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001, nel riprodurre il testo dell'abrogato art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998, ha operato delle modifiche, precisando che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriori alla data del 15 settembre 2000 «*restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000*» ⁽³⁾.

Dinnanzi ad una simile difficoltà, la giurisprudenza ha reagito elaboran-

⁽³⁾ Su questo punto, nell'ordinanza 5-6 luglio 2004, n. 214 (in *www.cortecostituzionale.it*), la Corte costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, sollevate in riferimento agli artt. 3, 76, 77 e 111 Cost., ha osservato che la diversa formulazione della norma sopraccitata («*qualora siano state proposte*») rispetto a quella già presente nel citato art. 45, comma 17 («*e debbono essere proposte*») si spiega agevolmente sia «*con la circostanza che la più antica (nel 1998) prevedeva una "futura" decadenza e la più recente (nel 2001) ne disciplina una già maturata al 15 settembre 2000*», sia in conformità di quanto sostenuto dal diritto vivente, secondo cui «*quello del 15 settembre 2000 era "ab origine", ed è rimasto in seguito, un termine di decadenza con effetti sostanziali*», precisando inoltre che «*il giudice ordinario, adito per controversia relativa a periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, deve limitarsi a dichiarare il proprio difetto di giurisdizione e non è chiamato a fare applicazione della norma che attribuisce al (solo) giudice munito di giurisdizione il potere di dichiarare la decadenza e di emettere la relativa sentenza di merito*».

do due differenti interpretazioni: in un primo momento⁽⁴⁾, a tale termine è stata attribuita una *valenza meramente processuale* e si è sostenuto che la data del 15 settembre si sarebbe dovuta configurare come “*semplice*” confine tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario; di conseguenza, la proposizione di una controversia dopo il 15 settembre 2000 non avrebbe comportato alcuna decadenza dalla tutela giurisdizionale, ma avrebbe inciso solamente sulla ripartizione delle attribuzioni giurisdizionali, assolvendo detto termine la sola funzione di fissare, in modo improrogabile, la *deadline* entro cui adire il giudice (*rectius*, amministrativo) originariamente investito della cognizione dei rapporti di pubblico impiego.

In una fase successiva, altra (e più cospicua) parte della giurisprudenza⁽⁵⁾, facendo leva sull'intendimento legislativo di non coinvolgere il giudice ordinario in controversie relative a rapporti nati in un periodo nel quale non sussisteva ancora la sua giurisdizione e, al tempo stesso, di non coinvolgere troppo a lungo il giudice amministrativo in una giurisdizione ormai perduta⁽⁶⁾, ha osservato come la norma in esame non produrrebbe solamente conseguenze processuali: a ben vedere, gli effetti che conseguirebbero all'introduzione dell'articolo sopraccitato sarebbero idonei ad operare su di un piano “*sostanziale*”; ne conseguirebbe che la data del 15 settembre 2000 non si configurerebbe come semplice confine in base a cui operare il riparto tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario: *tale termine* determinerebbe infatti la *decadenza per l'esercizio del diritto di azione* relativo alle questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 e non fatte valere entro il 15 settembre 2000.

La questione è stata risolta nel secondo senso: allo stato attuale, sia i Tribunali amministrativi regionali⁽⁷⁾, sia il Consiglio di Stato⁽⁸⁾, sia la Corte di Cassazione⁽⁹⁾, sia l'autorevole Corte costituzionale⁽¹⁰⁾ sono concordi nel

⁽⁴⁾ Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2004, n. 497, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁾ Cass. sez. un. 27 marzo 2001, n. 139; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1804; id., 13 maggio 2002, n. 1795; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 settembre 2002, n. 4126; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 26 febbraio 2007, 1699; TAR Trentino Alto Adige, 12 settembre 2005, n. 242, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁶⁾ In senso conforme, cfr., Cons. St., Ad. plen., 21 febbraio 2007, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁷⁾ *Ex multis*, cfr., TAR Sicilia, Palermo, sez. I, sentenza 20 maggio 2004, n. 867, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, sez. III-ter, 27 febbraio 2007, n. 1699, *ivi*; id., 29 marzo 2007, n. 2741, *ivi*; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 21 giugno 2007, n. 1702, *ivi*.

⁽⁸⁾ Di recente, cfr., Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2006, n. 1712, in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., 20 febbraio 2007, n. 911, *ivi*.

⁽⁹⁾ Cfr., Cass. sez. un. 30 gennaio 2003, n. 1511; id., 3 febbraio 2004, n. 1904; id., 12 marzo 2004, n. 5184; id., 4 maggio 2004, n. 8438; id., 2 marzo 2006 n. 4591.

⁽¹⁰⁾ La Consulta, chiamata a valutare la legittimità costituzionale della nuova disciplina capace di comportare, con l'introduzione del perentorio termine deca-

ritenere che, nel caso in cui una questione attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 non sia stata proposta al giudice amministrativo entro la data indicata dal settimo comma dell'art. 69, allora il privato (potenzialmente pregiudicato) non potrebbe adire né i Tribunali amministrativi né i giudici ordinari (egli sarebbe infatti decaduto dal diritto di agire in giudizio).

Di conseguenza, la decadenza dall'azione cagionata dalla violazione dell'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 dovrebbe tradursi, in conformità di quanto previsto *ex art.* 26, l. n. 1034/1971, in una pronunzia di *inammissibilità* del ricorso, dal momento che il giudizio sarebbe iniziato solo in seguito allo spirare del termine decadenziale ⁽¹¹⁾.

denziale del 15 settembre 2000, anche la riduzione dei termini in passato accordati dalla legge (come ad es. quello di prescrizione), ha avuto occasione di rilevare che il nuovo assetto, ispirato a coerenti esigenze organizzative connesse al trapasso da una giurisdizione all'altra, risulta ineccepibile (cfr., Corte cost., ord. 5-6 luglio 2004, n. 214, in *www.cortecostituzionale.it*; id., ord. 26 maggio 2005, n. 213, *ivi*; id., ord. 7 ottobre 2005, n. 382, *ivi*; id., ord. 11 maggio 2006, n. 197, *ivi*). Nello specifico, il Giudice delle leggi, sottolineando la discrezionalità di cui gode il legislatore per disciplinare la successione di leggi processuali nel tempo (purché non manifestamente irragionevoli e arbitrarie), ha escluso la violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo che la disparità di trattamento tra i dipendenti privati e quelli pubblici, soggetti (relativamente ai diritti sorti anteriormente alla data del 30 giugno 1998) ad uno stretto termine di decadenza, sia giustificata dall'esigenza di contenere gli effetti, pregiudizievoli per il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale, che potrebbero essere prodotti dal trasferimento della competenza giurisdizionale al giudice ordinario e dal temporaneo mantenimento di tale competenza in capo ai tribunali amministrativi. La disciplina transitoria è stata inoltre riconosciuta compatibile con gli artt. 24 e 113 Cost.: nelle suindicate ordinanze la Consulta ha osservato come il termine di decadenza (di oltre ventisei mesi) introdotto dal legislatore non sia tale da rendere "oltremodo difficoltosa" la tutela giurisdizionale. Un ulteriore profilo esaminato dalla Corte costituzionale è quello relativo alla compatibilità della nuova disciplina con l'art. 76 Cost.: osservando che l'art. 11, comma 4, lettera g), della l.d. 15 marzo 1997, n. 59, aveva conferito al Governo, in occasione del trasferimento della competenza giurisdizionale in materia di pubblico impiego dai tribunali amministrativi regionali all'autorità giudiziaria ordinaria, il potere di «*adottare misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso*», la Consulta ha giudicato la scelta della decadenza dal diritto di agire non solo conforme al principio direttivo della delega, ma anche come la più rispettosa delle finalità indicate dal Parlamento, in quanto misura idonea a prevenire il temuto sovraccarico di entrambi i giudici investiti del contenzioso del pubblico impiego ed idonea, altresì, a realizzare tra di essi un ordinato riparto di tale contenzioso, con l'evitare che per la medesima concreta controversia fosse previsto il succedersi, nel tempo, della giurisdizione di un giudice a quella di un altro giudice.

⁽¹¹⁾ Sul punto, cfr., TAR Sicilia, sez. I, 2 luglio 2007, n. 1709, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

In conclusione, l'ormai prevalente orientamento della giurisprudenza configura il termine del 15 settembre come un vero e proprio *termine di decadenza sostanziale della situazione giuridica soggettiva di cui il dipendente assuma di essere titolare*: tale situazione giuridica, se fatta valere con azione proposta ⁽¹²⁾ dopo il 15 settembre 2000, è destinata ad estinguersi, non potendo essere più esperito alcun mezzo processuale a sua tutela, né dinanzi al giudice amministrativo, né dinanzi al giudice ordinario.

2.3 Oltre alle difficoltà incontrate nella definizione della natura del termine decadenziale, l'interpretazione della normativa in esame è stata ostacolata anche dalla generica espressione «*questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998*».

Poiché anche tale aspetto assume una primaria rilevanza ai fini dell'applicazione del criterio di riparto della giurisdizione di cui all'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001, è opportuno precisare il significato che l'ormai consolidata interpretazione elaborata dai giudici nazionali attribuisce all'espressione suindicata.

⁽¹²⁾ Sul momento in cui l'azione deve può essere ritenuta proposta in giurisprudenza sono stati affermati due diversi orientamenti: da un lato, è stato sostenuto che per principio generale del processo, ribadito dalla legge disciplinatrice del processo amministrativo agli art. 36, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), richiamato dall'art. 19, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali) e dagli artt. 21 e 23-bis, comma 7, l. n. 1034 del 1971, la controversia deve ritenersi «*proposta*» e, conseguentemente, impedita ogni decadenza, con la notifica del ricorso, assumendo il deposito del ricorso rilevanza esclusivamente al fine della sua procedibilità (in senso conforme, *ex multis*, cfr., Corte cost., ord. 21 maggio 2005, n. 213; TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 5 giugno 2007, n. 5176, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

In senso difforme recenti pronunzie del giudice amministrativo hanno invece affermato che nel processo amministrativo il rapporto processuale può considerarsi instaurato solo all'esito dell'adempimento dell'onere del deposito, non essendo sufficiente a tali fini il completamento della sola procedura di notifica (tra le tante, si segnala: TAR Puglia, Bari, 12 giugno 2003, n. 2399, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si afferma che: «*nel processo amministrativo, a differenza del processo civile, il rapporto processuale si costituisce con il deposito del ricorso presso la segreteria del T.A.R., ed è quindi da tale momento che il giudice amministrativo è investito della controversia ed insorge per lui il potere-dovere di provvedere sulla domanda e di pronunciare sul rito e sul merito del ricorso stesso...*; che la decadenza di cui all'art.45, punto 17, parte seconda cit. D.L.vo n.80 del 1998 si verifica se il deposito del ricorso sia stato effettuato oltre la data del 15 settembre 2000, a nulla rilevando che la notificazione dello stesso sia avvenuta entro il suddetto termine»; TAR Campania, Napoli, sez. V, 30 ottobre 2007 n. 10253, *ivi*; Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2007, n. 4002, *ivi*; Cons. St., sez. III, 31 maggio 2007, n. 2796, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 27 febbraio 2007, n. 1699, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 25 luglio 2006, n. 6322, *ivi*; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 26 febbraio 2007, n. 1226, *ivi*; TAR Basilicata, 3 maggio 2006, n. 245, *ivi*.

A partire dalla fine degli anni novanta ⁽¹³⁾, osservando come, nel trasferire al giudice ordinario le controversie in materia di pubblico impiego privatizzato, il legislatore delegato (parlando di «*questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998*» ovvero «*anteriore a tale data*») abbia utilizzato una locuzione volutamente generica e atecnica, in giurisprudenza è stata ritenuta inadeguata un'interpretazione della relativa disposizione (elaborata in una prima fase) che collegasse rigidamente il discrimine temporale del trasferimento delle controversie alla giurisdizione ordinaria ad elementi come la data del compimento, da parte dell'amministrazione, dell'atto di gestione del rapporto che avesse determinato l'insorgere della questione litigiosa, oppure l'arco temporale di riferimento degli effetti di tale atto, o, infine, il momento di insorgenza della contestazione; i giudici nazionali hanno quindi preferito risolvere le incertezze interpretative nel senso di attribuire particolare attenzione al *dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, così come posti a base della pretesa avanzata*, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia, precisando in più occasioni che: se la lesione del diritto del lavoratore è prodotta da un atto, provvedimentale o negoziale, allora deve farsi riferimento all'epoca della sua emanazione ⁽¹⁴⁾, mentre laddove la pretesa abbia origine da un comportamento illecito permanente del datore di lavoro, si deve avere riferimento al momento di realizzazione del fatto dannoso e quindi al momento di cessazione della permanenza ⁽¹⁵⁾.

2.4 A differenza dei profili sopra esaminati, rispetto ai quali le iniziali incertezze sono state superate grazie al determinante contributo della giu-

⁽¹³⁾ Cass., sez. un., 20 novembre 1999, n. 808; id., 25 marzo 2005, n. 6422, in *Giust. civ. Mass.*, 2005; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 gennaio 2001, n. 289, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, sez. II, 15 novembre 2002, n. 3907, *ivi*.

⁽¹⁴⁾ «*Il discrimine temporale deve essere accertato con riguardo al dato storico rappresentato dai fatti materiali e delle circostanze poste a base della pretesa avanzata, per cui ove si lamenta, come nella specie, la lesione di un diritto ad opera di un atto provvedimentale, deve farsi riferimento, ai fini della giurisdizione, alla data di emanazione dell'atto dal quale si fanno discendere gli effetti lesivi*» (cfr. Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2005 n. 3228 in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁽¹⁵⁾ Cfr., Cass., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Foro it.*, 2000, I, 1483; id., 7 novembre 2000, n. 1154, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, 2218; id., 18 ottobre 2002, n. 14853; id., 27 gennaio 2005, n. 1622; id., 24 marzo 2005, n. 6328, in *Foro amm.- CDS* 2005, 1666. In senso conforme, *ex multis*, Cons. St., 20 settembre 2002, n. 4781, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, 7 marzo 2001, n. 1064, *ivi*; TAR Liguria, 15 marzo 2001, n. 212, *ivi*; id., 24 gennaio 2002, n. 43, *ivi*; TAR Calabria Catanzaro, sez. II, 13 novembre 2003, n. 3198, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 marzo 2003, n. 1834, *ivi*; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 24 maggio 2004, n. 1429, *ivi*; TAR Lombardia, n. 3820/2005, *ivi*.

risprudenza, allo stato attuale non si è fatta chiarezza sull'ultimo dei tre aspetti problematici posti dall'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001: quello avente ad oggetto la determinazione della giurisdizione sulle controversie attinenti alle «questioni» relative a periodi in parte antecedenti, in parte successivi la data del 30 giugno 1998.

La soluzione di tale problema continua a dividere la giurisprudenza su differenti posizioni: da un lato, si pongono gli assertori della tesi del c.d. *frazionamento* della competenza giurisdizionale, dall'altro i sostenitori della teoria della devoluzione dell'intera questione ad un unico giudice; tra questi ultimi, taluni (come il Tar Umbria) affermano che "competente" a decidere sia il giudice amministrativo, altri che la giurisdizione spetti tutta al giudice ordinario.

Poiché l'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione risulta decisiva per valutare la correttezza della posizione assunta dal Collegio adito nella vicenda in esame, appare doveroso passare in rassegna le tesi suindicate e verificare quale di esse possa essere riconosciuta come la più fondata.

Gli assertori della tesi del c.d. *frazionamento* sostengono che la disciplina transitoria della giurisdizione determinerebbe la ripartizione della competenza giurisdizionale sulla controversia tra il giudice ordinario (per le questioni successive al 30 giugno 1998) e il giudice amministrativo (relativamente alle questioni anteriori al 30 giugno 1998); la giurisprudenza favorevole a questa soluzione sembra giustificare la sua posizione in ragione del fatto che, quando viene rivendicato un diritto ad un compenso collegato allo svolgimento di una certa attività lavorativa, poiché il compenso è attribuito per il semplice svolgimento di tale attività⁽¹⁶⁾, allora per determinare il giudice munito di giurisdizione dovrebbe guardarsi soltanto al *momento in cui tale attività viene ad essere svolta*.

Questa impostazione del problema è stata accolta più volte dalla giurisprudenza: in alcune decisioni⁽¹⁷⁾ è stato infatti affermato il principio secondo cui, ai fini dell'applicazione della norma transitoria che disciplina il passaggio dal giudice amministrativo al giudice ordinario delle controversie sui rapporti di pubblico impiego privatizzato dovrebbe essere attribuito particolare rilievo al *dato storico costituito dall'avverarsi dei singoli fatti materiali e delle circostanze* (così come posti a base della pretesa avanzata) *in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia* (per fare un esempio, nel caso in cui il lavoratore, sul presupposto dell'affermazione

⁽¹⁶⁾ In senso conforme, cfr., TAR Toscana, 14 ottobre 2003, n. 5282, in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., 9 giugno 2003, n. 2344, *ivi*; TAR Sardegna, 9 luglio 2002, n. 857, *ivi*; TAR Veneto, sez. III, 12 marzo 2004, n. 670, *ivi*; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 16 agosto 2005, n. 6187, *ivi*; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 3028/2003, *ivi*.

⁽¹⁷⁾ Cfr., Cass., sez. un., 12 dicembre 2000, n. 1323; id, 27 gennaio 2005, n. 1624.

del proprio diritto ad un determinato inquadramento, riferisca le proprie pretese retributive e contributive ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo alla data del 30 giugno 1998, allora la competenza giurisdizionale dovrebbe essere ripartita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva e il giudice ordinario, in relazione rispettivamente alle due dette fasi temporali).

Sebbene un'interpretazione letterale della disciplina transitoria potrebbe indurre a reputare fondata la soluzione favorevole alla ripartizione della giurisdizione "su due tronconi", ragioni di sistema hanno spinto parte della giurisprudenza a prendere le distanze da codesta posizione.

È stato quindi osservato che, nel caso in cui la medesima domanda potesse (*rectius*, dovesse) essere conosciuta da due giudici diversi, allora risulterebbero obliterati vari principi fondamentali dell'ordinamento giuridico: quello della *concentrazione del giudizio* presso un unico giudice, quello del *ne bis in idem*, quello dell'*economia dei mezzi processuali*.

Muovendo da una simile considerazione e, nello specifico, osservando come, nel caso in cui si accettasse la soluzione di una pluralità di giudici competenti a decidere per ciascuna parte della medesima questione, allora i richiamati principi sarebbero violati, così che ne conseguirebbe una palese dispersione di attività giurisdizionale con la possibilità di giudicati contrastanti, parte della giurisprudenza (oggi prevalente), al fine di evitare tale inaccettabile eventualità, è pervenuta alla conclusione di escludere che domande (all'apparenza) frazionabili nel tempo possano essere devolute alla cognizione di due giudici differenti: specie nelle decisioni del giudice amministrativo, ha preso quindi piede la convinzione della necessità di una *concentrazione* delle questioni riferibili a periodi in parte anteriori, in parte successivi al 30 giugno 1998 *dinnanzi alla medesima autorità giudiziaria*.

Sebbene l'orientamento prevalente della giurisprudenza appaia dirigersi verso l'accoglimento della soluzione unitaria, si deve rilevare come ad oggi non tutte le incertezze siano state risolte: da un lato, le Sezioni unite⁽¹⁸⁾ continuano a sostenere la tesi del c.d. *frazionamento*; dall'altro, la giurisprudenza amministrativa⁽¹⁹⁾, in talune decisioni (tra le quali figura la decisione qui annotata) riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo, in altre (e sono la maggioranza) devolve le questioni *de quibus* alla cognizione del giudice ordinario⁽²⁰⁾.

Tra le pronunzie che si pongono in linea con quest'ultimo indirizzo si

⁽¹⁸⁾ In senso conforme, di recente, cfr., Cass., sez. un., 2 marzo 2006, n. 4591.

⁽¹⁹⁾ TAR Puglia, Bari, 8 gennaio 2002, n. 48, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽²⁰⁾ TAR Abruzzo, 23 marzo 2007, n. 336, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 15 novembre 2002, n. 3907, *ivi*; TAR Liguria, 15 marzo 2001, n. 212, *ivi*; TAR Puglia, 14 luglio 2001, n. 2907, *ivi*.

segnala la sentenza del Consiglio di Stato n. 4781 del 2002: in tale occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno respinto l'appello avverso una sentenza del Tar Emilia Romagna ⁽²¹⁾ con la quale i giudici di primo grado avevano ritenuto, per una questione analoga a quella qui esaminata ⁽²²⁾, il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

Nel confermare la tesi del Giudice di prime cure, nella richiamata decisione il Collegio ha osservato la necessità di una lettura della disposizione transitoria orientata a minimizzare l'inconveniente del frazionamento delle tutele ed idonea ad evitare, per quanto possibile, un contrasto fra giudicati in ordine a pretese eguali nel contenuto, seppure differenziate *ratione temporis*; e così, qualificando il *comportamento* tenuto dall'amministrazione (nel caso specifico, il C.O.N.I.) come condotta consistente in un *illecito permanente* ⁽²³⁾, alla luce del *principio di unicità ed infrazionabilità del rapporto di lavoro*, i giudici di appello, a fronte della pretesa al riconoscimento (unitario) di un rapporto (unico) di lavoro ancora in corso dopo il 30 giugno 1998, affermata la possibilità di valutazione in unica sede della fattispecie in ragione dell'*unicità del "fatto continuato"* posto a fondamento della pretesa svoltasi a cavallo fra i due periodi, hanno rigettato il ricorso in appello confermando la devoluzione dell'intera questione alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario.

La necessità di aderire alla posizione assunta dal Consiglio di Stato nel precedente sopra menzionato appare preferibile per due ulteriori considerazioni: dal momento che nell'ambito della normativa sul pubblico impiego la giurisdizione del giudice amministrativo è qualificata come *residuale*, ammettere la permanenza della giurisdizione di quest'ultimo sulle controversie in argomento significherebbe contrastare apertamente la disciplina specifica in materia ⁽²⁴⁾; inoltre, l'attribuzione della giurisdizione al giudice

⁽²¹⁾ TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 515/2000.

⁽²²⁾ Nel caso di specie, la ricorrente, che in passato aveva svolto presso il C.O.N.I. mansioni impiegatizie aveva presentato al Tribunale amministrativo un ricorso al fine di ottenere l'accertamento della sussistenza del suo rapporto di lavoro e la condanna del C.O.N.I. al pagamento di alcune somme a lei dovute.

⁽²³⁾ All'opposto, ponendosi nella prospettiva attorea (che aveva sostenuto l'irrelevanza, *ratione temporis* della norma recante divieto di costituzione di rapporti di impiego pubblico *de facto*), la stessa condotta è stata qualificata dal Collegio come «un atto dannoso permanente il mancato riconoscimento della pretesa alla costituzione del rapporto di lavoro subordinato ed a tempo indeterminato (sul presupposto che sia possibile la costituzione in via di fatto del rapporto)».

⁽²⁴⁾ Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. n. 165/2001 «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità

ordinario permette di investire il soggetto giudicante che nel tempo è il più vicino possibile ai fatti di causa (al contrario, nel caso in cui si ammettesse la giurisdizione del giudice amministrativo si aumenterebbe la distanza temporale tra “il fatto” ed “il giudizio”) ⁽²⁵⁾.

In sostanza, quando un fatto generatore di una controversia iniziato prima del 30 giugno 1998 è continuato dopo il 30 giugno 1998 ed è qualificabile come un *comportamento illecito “permanente”* del datore di lavoro, allora dovrebbe essere riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario poiché lo stesso (unico) fatto è da qualificarsi relativo ad un periodo successivo al 30 giugno 1998.

3. Leggendo la pronunzia in commento alla luce queste ultime considerazioni, potrebbero essere mossi fondati rilievi critici nei confronti del *decisum* del Tar Umbria.

Sul profilo di rito, la decisione in epigrafe appare infatti contraddittoria: non è possibile conciliare l'interpretazione dell'espressione «*questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 ovvero anteriore a tale data*» accolta dalla giurisprudenza maggioritaria ⁽²⁶⁾ ancorando il *discrimen* temporale su cui fondare il riparto di giurisdizione al momento del verificarsi dei fatti costitutivi della pretesa azionata, qualora essi vengano in rilievo indipendentemente dal loro collegamento con uno specifico atto di gestione del rapporto di lavoro da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro, osservare allo stesso tempo che (in presenza di una domanda relativa all'accertamento del rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione, e dei diritti patrimoniali conseguenti) i fatti costitutivi della pretesa principale sono le prestazioni lavorative (che si sono protratte dal settembre 1989 fino all'aprile del 2000) ed aderire alla tesi favorevole alla concentrazione della questione nei confronti del giudice amministrativo.

In presenza di un rapporto di lavoro costituito in violazione delle norme sull'assunzione mediante concorso pubblico (violazione che determina la nullità del rapporto) e durato continuativamente per oltre undici anni, la condotta dell'amministrazione quale prospettata dalla ricorrente costituisce, a ben vedere, un *illecito permanente* (ovvero, un atto dannoso permanente).

Di conseguenza, sebbene la riconosciuta necessità di una lettura unitaria della fattispecie debba essere valutata in termini positivi, nel caso di

di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi...».

⁽²⁵⁾ Si pensi alle difficoltà per il giudice amministrativo di procedere ad accertamenti istruttori relativi a vicende ormai lontane nel tempo con inutile dispendio di mezzi processuali ed amministrativi.

⁽²⁶⁾ *Supra*, cfr., paragrafo 2.3

specie, male ha fatto il Collegio giudicante a sostenere che la giurisdizione amministrativa eserciti una *vis attractiva* nei confronti di quella parte della vicenda contenziosa che continua a svolgersi senza soluzione di continuità nel periodo in cui è subentrata la giurisdizione del giudice ordinario.

Come evidenziato nei paragrafi che precedono, dal momento che la soluzione della concentrazione si fonda sull'argomento che il comportamento del datore di lavoro integra un illecito permanente, allora, al fine di determinare il giudice munito di giurisdizione si deve aver riguardo al *momento di cessazione della permanenza*: il criterio basato sulla cessazione della permanenza non solo appare idoneo ad evitare che una controversia unitaria si scinda in due processi da proporre davanti a giudici diversi, ma risulta altresì coerente, da un lato, con la *ratio* della normativa *de qua*, dall'altro, con il significato che viene assegnato al termine «*questione*» dalla giurisprudenza ormai consolidata (quello di *res litigiosa* che intercorre tra due parti in conflitto in ordine ad un unico rapporto giuridico controverso).

Pertanto, se la controversia che nasce da un *illecito permanente* della pubblica amministrazione (in parte anteriore, in parte posteriore alla data del 30 giugno 1998) costituisce un'unica questione che non può essere frazionata nel tempo (tanto nel *petitum*, quanto nella *causa petendi*); se l'interpretazione sistematica e teleologia della normativa sul pubblico impiego impone una lettura della disciplina transitoria che tenga in considerazione, da un lato, il fatto che l'art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 è stato dettato (in deroga al principio generale di cui all'art. 5, c.p.c.) con lo specifico fine di consentire un passaggio graduale tra giurisdizione amministrativa ed ordinaria, dall'altro, quella che è la *regola* sul riparto di giurisdizione del pubblico impiego privatizzato (*ex* art. 6,3 d.lgs. n. 165/2001 il giudice naturale del rapporto di lavoro privatizzato è il giudice ordinario); se l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario permette di investire il soggetto giudicante che nel tempo è il più vicino possibile ai fatti di causa (evitando le difficoltà che potrebbe incontrare ed il dispendio di mezzi processuali ed amministrativi che dovrebbe sostenere un giudice per procedere ad accertamenti istruttori relativi a vicende ormai lontane nel tempo); allora, per tutte le ragioni che precedono sembra difficile accogliere la posizione assunta dal Tar Umbria.

Di conseguenza, pare possibile concludere nel senso che, casi analoghi a quello in esame non devono essere devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo: ragioni di sistema inducono infatti a ritenere preferibile la tesi favorevole alla «*competenza*» del giudice ordinario.

GIORGIO VERCILLO

T.A.R. UMBRIA - 16 aprile 2007, n. 314 - *Pres.* LIGNANI - *Est.* FERRARI - A.S.S. Azienda Agricola P.C.B.M.G.P.F.P.C.P.R. (avv.ti Carboni e De Matteis) c. Comune di Montefalco (avv. Marcucci) ed il Sindaco del Comune di Montefalco (avv. Stato) e nei confronti dell'Azienda Sanitaria Regione dell'Umbria A.S.L. N.3 (n.c.) e di Agenzia regionale per la protezione ambientale – A.R.P.A. (n.c.)

Enti locali – Sindaco – Ordinanze contingibili ed urgenti – Principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi – Applicabilità.

Le ordinanze contingibili e urgenti non possono prescindere dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento, tra cui quello di tipicità, che prescrive all'amministrazione di preferire, ove possibile, l'adozione di un provvedimento tipico rispetto all'emanazione dell'ordinanza d'urgenza (1).

(*Omissis*). Gli atti impugnati in via principale e subordinata con il ricorso in epigrafe e con i relativi motivi aggiunti si riferiscono ad un allevamento di suini "lattonzoli" (del peso di circa 5 Kg) gestito in regime di soccida nell'ambito di un'azienda agricola di proprietà dei ricorrenti, sita in zona E1 (di particolare interesse agricolo) nel Comune di Montefalco - località Cerrete Vignole. Tali suini vengono conferiti a detta azienda soccidaria dalla società soccidante per lo svolgimento di un primo ciclo di accrescimento che dura circa 50 giorni (fino a quando gli animali raggiungono un peso massimo di circa 25 Kg), dopo di che la stessa società soccidante li preleva per assegnarli ad altri impianti dove completano l'ulteriore ciclo di allevamento per l'ingrasso. Dall'ordinanza sindacale impugnata risulta in premessa che nelle tre stalle utilizzate per detto allevamento (con una superficie complessiva di circa 2800 mq.), alla data del 16 settembre 2006 in cui venne effettuato un sopralluogo da parte del Servizio Veterinario della ASL di Foligno erano presenti 4889 "lattonzoli" di circa 21 Kg ciascuno; il tutto, a fronte di una capacità complessiva di allevamento delle tre stalle (dichiarata dalla stessa azienda) di 820 suini "adulti" di oltre 100 Kg corrispondente ad una capacità complessiva di 3280 "lattonzoli" di circa 25 Kg l'uno (calcolata all'incirca in base ad un rapporto da 1 a 4). Sempre in premessa di detta ordinanza viene precisato che l'attenzione del Comune sull'impianto di allevamento in questione era stato sollecitato da segnalazioni di cittadini (registrate a protocollo in data 25 settembre 2006), i quali lamentavano insopportabili odori provenienti dallo stesso allevamento, forse a causa della numerosa ed eccedente presenza di suini allocabili nelle tre stalle e forse anche a causa di versamenti di

liquame nell'area circostante l'impianto di compostaggio. Effettuato in data 4 ottobre 2006 un ulteriore sopralluogo da parte del personale della polizia municipale unitamente al personale dell'ARPA di Foligno, presente il titolare dell'Azienda, veniva accertato: 1) che a quella data non si percepiva alcuna esalazione maleodorante anche se erano in pieno svolgimento le operazioni di compostaggio dei reflui mediante l'impianto autorizzato; 2) che alla stessa data si notava una piccolissima dispersione di liquame proveniente dal basamento dell'impianto di compostaggio, pur rimanendo nei limiti della superficie in cemento della struttura; 3) che non era in atto alcuna operazione della pratica di fertirrigazione e non si notavano segni di spandimento. Effettuata poi, nella stessa data, una riunione tra i rappresentanti del Comune, dell'ARPA e della ASL, si perveniva alla conclusione che il numero dei suini presenti era eccessivo (9131 capi), che quindi doveva essere ampiamente ridotto (a 3280 capi) e che dovevano essere adottate misure idonee per evitare la dispersione del liquame. Così conclusivamente istruita e vagliata la situazione di fatto in funzione delle già previste ed indicate misure da adottare (sia da parte del Comune che da parte dell'Azienda agricola), il Sindaco ha tuttavia considerato siccome immediatamente necessario provvedere con l'impugnata ordinanza "contingibile ed urgente" "a salvaguardia della igiene pubblica sussistendone le relative condizioni". Ritenendo illegittima siffatta decisione, l'Azienda Pambuffetti ha dapprima chiesto il riesame della stessa con istanza del 26 ottobre 2006; poi ha proposto ricorso e formulato motivi aggiunti anche avverso il successivo provvedimento di diniego di riesame della decisione medesima. Le numerose censure attengono alla violazione di legge ed all'eccesso di potere sotto vari profili. Il Comune di Montefalco si è costituito e resiste evidenziando, fra le molte altre considerazioni, che – a prescindere dalla espressione "contingibile ed urgente" contenuta nell'ordinanza impugnata – quest'ultima è da intendere sostanzialmente mirata a sanare una particolare situazione anomala che se non controllata attraverso le prescrizioni indicate avrebbe potuto provocare un'emergenza sanitaria.

Anche il Sindaco, nella veste di ufficiale di Governo, si è costituito e resiste con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato la quale eccepisce fra l'altro il difetto di giurisdizione del Tribunale adito. Trattenuta la causa in decisione, il Collegio rileva anzitutto che quest'ultima eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione è infondata. Infatti, le varie censure che la difesa dei ricorrenti ha sollevato a dimostrazione della illegittimità degli atti impugnati non contestano soltanto la carenza assoluta del potere sindacale esercitato nel caso di specie ma anche l'erroneo esercizio dello stesso sotto numerosi profili di eccesso di potere che certamente giustificano appieno la giurisdizione di questo Tribunale. A ciò aggiungasi, poi, che proprio in materia di ordinanze

contingibili ed urgenti il giudice amministrativo esercita la propria giurisdizione valutando anche il merito dell'azione amministrativa; sicché, anche sotto tale profilo si giustifica l'infondatezza della predetta eccezione. Ciò premesso, il Collegio rileva che il ricorso è meritevole di accoglimento sia con riferimento alle specifiche ed assorbenti censure concernenti la violazione e l'errata applicazione dell'art. 54, 2° co. del D.Lgvo n. 267/2000 (T.U. sull'ordinamento degli enti locali) e degli artt. 3, 1° co. e 7 e segg. della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo, sia con riferimento alle censure di eccesso di potere per difetto dei presupposti, per arbitrarietà, illogicità e contraddittorietà manifesta. Invero, poiché l'ordinanza sindacale impugnata risulta testualmente adottata in base al predetto T.U. e cioè per motivi "contingibili ed urgenti" "a salvaguardia dell'igiene pubblica sussistendone le relative condizioni", è da notare che nella fattispecie risulta anzitutto violato il paradigma normativo dell'art. 54 2° co. dello stesso T.U. che espressamente disciplina questa materia. Tale norma consente al Sindaco, quale Ufficiale di Governo, di adottare provvedimenti contingibili ed urgenti, al fine di prevenire ed eliminare "gravi pericoli" che minacciano l'incolumità dei cittadini. Detti provvedimenti – per loro natura atipici ed extra ordinem – richiedono una rigorosa motivazione specifica sulla effettiva esistenza dei "gravi pericoli" che minacciano l'incolumità dei cittadini e richiedono altresì il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico. La rigorosa motivazione specifica deve riferirsi, ex art. 3 della citata L. n. 241/1990, ai presupposti di fatto ed alle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria. L'obbligo di rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico impone poi di non trascurare, fra gli altri, il principio generale di tipicità dei provvedimenti amministrativi; ciò significa, anche con riguardo al caso di specie, che le ordinanze in questione non possono essere indifferentemente utilizzate come strumenti alternativi ad altri provvedimenti tipici (previsti cioè da altre norme riguardanti altri specifici settori meritevoli di tutela pubblicistica). L'ordinanza sindacale impugnata ha evidentemente violato detta normativa: A) perché non ha offerto alcuna indicazione specifica sulla effettiva "gravità" dei pericoli (igienici) che in questo caso minacciano l'incolumità dei cittadini del Comune di Montefalco, pur in presenza di un allevamento di suini ritenuto assolutamente abnorme (per l'eccessivo numero di capi presenti) ma sostanzialmente in regola con le norme di igiene (tant'è che al momento del sopralluogo del 4 ottobre 2006, effettuato anche con i tecnici dell'ARPA di Foligno, si notava soltanto una "piccolissima" e ben circoscritta dispersione di liquame proveniente dal basamento dell'impianto di compostaggio); B) perché, effettuando un calcolo di tipo essenzialmente urbanistico in ordine al doveroso rapporto

che deve esistere tra il numero dei suini che possono essere presenti nelle tre stalle in questione rispetto alla superficie dei terreni a disposizione dell'Azienda, il Sindaco del Comune di Montefalco ha con ciò stesso dato prova di voler provvedere *extra ordinem* (e cioè in via "contingibile" ed "urgente" in base al T.U. sugli Enti locali) ben potendosi invece agire in via ordinaria ed assumere un tipico provvedimento di natura urbanistica e di competenza dirigenziale nel rispetto fra l'altro della regola generale del contraddittorio sottesa alla generale disciplina di cui agli artt. 7 e segg. della L. 241/1990. In buona sostanza, anche e soprattutto con riferimento a quest'ultima normativa, l'ordinanza sindacale impugnata è da considerare illegittima perché – escludendo essa stessa l'attuale presenza di un "grave pericolo" per la salute dei cittadini (si noti che, al momento del predetto sopralluogo, non venne percepito alcuna esalazione maleodorante) – ha unilateralmente deciso ed imposto specifici adempimenti restrittivi senza preventivamente valutare le ragioni dei titolari dell'azienda nel corso di un ordinario procedimento istruttorio mirato: A) all'adozione di un ordinario provvedimento (dirigenziale) di tipo urbanistico nel rispetto della disciplina urbanistica locale di cui all'art. 17 del Regolamento edilizio e Norme tecniche del Programma di fabbricazione del Comune di Montefalco; B) oppure all'adozione di un ordinario provvedimento sindacale di tipo igienico-sanitario ex art. 217 del T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 1265 del 1934). (*Omissis*).

(1) Le ordinanze contingibili e urgenti: uno spunto per riflettere sul significato della tipicità.

La controversia sottoposta al Tar Umbria concerne un'ordinanza contingibile e urgente con cui il Sindaco di Montefalco aveva ordinato all'Azienda ricorrente di interrompere l'immissione di bestiame nel proprio allevamento, a causa del superamento del dovuto rapporto tra il numero dei suini e la superficie delle stalle disponibili. Tra i molteplici motivi di ricorso prospettati dalla ricorrente, merita di essere approfondita l'asserita violazione del principio di tipicità, cui il Collegio dedica la maggior parte dei propri sforzi interpretativi, dando luogo ad una pronuncia non priva di risvolti problematici.

Nell'esaminare la pretesa carenza di motivazione i giudici infatti riconoscono, sia pure incidentalmente, il carattere atipico dell'ordinanza ex art. 54 Tuel ⁽¹⁾, salvo poi censurare l'illegittimità dell'atto impugnato proprio

⁽¹⁾ Sul punto cfr. TAR Puglia sez. II, 11 maggio 2007, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 1778; TAR Puglia, sez. II, 8 maggio 2007, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 1788.

per violazione del principio di tipicità. Come si avrà modo di evidenziare, la contraddizione è soltanto apparente, e si spiega alla luce del carattere polisemico e sfuggente del concetto di tipicità.

Per comprendere la logica ispiratrice della pronuncia in rassegna occorre pertanto chiarire l'accezione di tipicità accolta dai giudici umbri. E' necessario, in altre parole, interrogarsi sul significato e sulla effettiva vigenza del principio ⁽²⁾ che si assume violato.

In proposito occorre evidenziare come già in tempi non recentissimi, la dottrina più attenta ⁽³⁾ avesse rintracciato nell'ordinamento una serie di provvedimenti innegabilmente atipici, benché menzionati, e in parte disciplinati, dal stesso diritto positivo. È proprio il caso delle ordinanze contingibili e urgenti, tradizionalmente considerate il più autentico esemplare di provvedimento atipico ma nominato, cioè riconosciuto da una norma di legge che però non ne individua gli elementi né gli effetti caratteristici ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ In primo luogo infatti si è rilevato come la spinta verso la definizione consensuale del contenuto del provvedimento non solo abbia determinato la concreta difficoltà di accertare la rispondenza dell'atto al modello, ma, ancor prima, sembra aver fatto venir meno le esigenze di garanzia sottese all'imperativo della tipicità. Laddove l'esercizio del potere abbandona i percorsi unilaterali, in altre parole, il vincolo di rispondenza al tipo appare come una semplice incrostazione dogmatica, un omaggio alla tradizione privo di ogni riscontro con la realtà del cosiddetto diritto vivente. Cfr. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, Padova, 1993, 35. *Contra*: VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 29, in cui si sostiene che «o l'accordo è alternativo al provvedimento, ed allora manca addirittura l'oggetto della qualificazione in termini di tipicità, ovvero si limita a fissarne il contenuto, senza che ciò vada a incidere sulla predeterminazione normativa degli effetti». Dello stesso avviso anche DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, Milano, 1996, 194. In generale, sulla crisi della tipicità cfr. anche SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 6; CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 347, in cui si annoverano, tra i fattori del declino della tipicità, il fatto che la giurisprudenza comunitaria ammetta pacificamente atti atipici e il riconoscimento dell'esistenza di atti amministrativi emanati da privato.

⁽³⁾ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 233. In giurisprudenza si veda TAR Lazio, sez. II, 14 novembre 2001, n. 9348, in *Foro amm. T.A.R.*, 2001, 3894.

⁽⁴⁾ Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 501 in cui afferma che «la distinzione tra nominatività e tipicità si percepisce con maggior chiarezza ove si pensi alle ordinanze di necessità e urgenza, atti nominati (perché previsti dall'ordinamento), ma i cui effetti non sono compiutamente predefiniti dalla legge (e, in questo senso, non sono dunque completamente tipizzati)». Sul punto si veda anche VILLATA RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 26 in cui si legge che «se la nominatività si risolve nel fatto stesso della previsione di una determinata categoria di provvedimenti da parte del legislatore, la tipicità comporta una predeterminazione normativa estesa a più aspetti ed elementi dell'atto, che costituiscono i tratti del tipo». In termini simili anche SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 86; MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di*

Per le suddette fattispecie le esigenze di tempestività dell'azione amministrativa si pongono cioè come fattore legittimante la deroga al principio di tipicità, che, pertanto, sembra suscettibile di un'applicazione meramente tendenziale ⁽⁵⁾.

Su quest'ultima affermazione non si registra tra gli interpreti alcuna uniformità di vedute. Le opinioni espresse sull'attuale operatività del suddetto principio oscillano infatti tra due estremi assolutamente alternativi, sia pure intervallati da una pluralità di posizioni intermedie. Innanzitutto, agli estremi di una metaforica linea della tipicità, troviamo i convinti sostenitori della perdurante vigenza del suddetto principio ⁽⁶⁾, nella sua accezione tradizionale che, come noto, prescrive la piena aderenza del singolo atto al paradigma predisposto dal legislatore. La tipicità, in quest'ottica, continuerebbe a fungere da baluardo contro il dispotismo e l'arbitrio degli amministratori ⁽⁷⁾, dovendosi conseguentemente relegare le fattispecie atipiche (come per l'appunto le ordinanze d'urgenza) nei confini dell'eccezionalità.

Agli antipodi di questa impostazione si colloca invece quella dottrina che, come anticipato, vede nella tipicità un semplice retaggio della tradizione, difficilmente compatibile con la realtà multiforme e complessa dell'odierna attività provvedimentale ⁽⁸⁾. Il carattere atipico dei provvedimenti d'urgenza

diritto amministrativo, a cura di CASSESE, Milano, 2003, 810. Negano invece l'utilità della distinzione tra tipicità e nominatività PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo*, Genova, 2003, 96; SATTA, *Atto amministrativo*, cit., 6.

⁽⁵⁾ In ciò consiste il cosiddetto «tramonto della tipicità» da intendersi come superamento di uno *standard* di legalità ormai insoddisfacente, oltre che difficilmente compatibile con le ineludibili esigenze di efficacia dell'azione amministrativa. Sul punto cfr. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit. 35; Id, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici tra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contr. impr.*, 2006, 355; VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2001, 48.

⁽⁶⁾ Paradigmatica in questo senso la posizione di ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 261, secondo cui «gli atti amministrativi sono tutti tipici, ossia atti che devono corrispondere all'una o all'altra delle figure riconosciute e regolate dal diritto, cioè dalle varie leggi amministrative. L'amministrazione non può, per perseguire i suoi fini, neppure nei casi in cui è massimo il suo potere discrezionale, servirsi di atti che non trovano corrispondenza in nessuna delle categorie previste dal legislatore». Dello stesso avviso, sempre nell'ambito della dottrina tradizionale, FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1947, 58; FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952, 67. Più recentemente: CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 295; DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 195; CASETTA, *Manuale*, cit., 501; VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 30.

⁽⁷⁾ In questi termini MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 12, in cui si richiama l'autorevole insegnamento di ROMAGNOLI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, 4.

⁽⁸⁾ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma, 2002, 230 in cui si rileva come tra gli indicatori di crescita degli apparati amministrativi debba includersi anche il progressivo riconoscimento di potestà atipiche e innominate.

costituirebbe pertanto il sintomo di una crisi più generalizzata⁽⁹⁾, la testimonianza della difficoltà di concepire modelli tipici effettivamente rispondenti alle iniziative facenti capo alle pubbliche amministrazioni.

Infine, tra i due estremi appena individuati, si rintracciano significative posizioni intermedie, volte a preservare il valore della tipicità, a fronte di un suo sostanziale aggiornamento. La rivisitazione in particolare concerne il referente ultimo della tipicità, non più coincidente col singolo atto, ma costantemente ricercato in un concetto ulteriore, come ad esempio quello di fattispecie⁽¹⁰⁾. Il baricentro del tipo si riposiziona dunque al di fuori dell'atto, con buona pace di quanti rinvencono nella tipicità una delle prerogative fondanti l'identità giuridica del provvedimento, ossia uno dei fattori di distinzione rispetto al tradizionale termine di paragone costituito dal negozio⁽¹¹⁾.

Su questa linea di pensiero, che cerca il referente del vincolo di tipicità al di fuori della struttura dell'atto, sembra collocarsi, sia pure in termini parzialmente impliciti, anche il Collegio umbro, che nella pronuncia in esame fornisce una definizione del suddetto principio non priva di spunti innovativi né di risvolti controversi.

Il Tar, infatti, nella prima parte della pronuncia riconosce la natura intrinsecamente atipica delle ordinanze in questione, così ammettendo la rintracciabilità di provvedimenti sostanzialmente derogatori rispetto al principio in esame. In conclusione però la decisione si indirizza verso la censura dell'atto proprio per contrarietà rispetto al principio di tipicità, che dunque, sotto questa veste, si appalesa come ineludibile.

In altre parole, nell'esaminare i primi motivi di ricorso, il Collegio dipinge le ordinanze sindacali come atti pacificamente estranei rispetto

⁽⁹⁾ Sul punto vedi *infra*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. BARTOLINI, *Matrici costituzionali del permesso di costruire*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 3, 158, in cui si sostiene che «la tipicità (intesa come predeterminazione normativa degli elementi del provvedimento e dei suoi effetti) non vada più riferita all'atto, quanto piuttosto alla fattispecie, per cui lo stesso legislatore dovrebbe dettare una disciplina che, senza preoccuparsi del provvedimento, regoli i presupposti tipologici del potere ed i suoi effetti. Quindi sul piano costituzionale la legalità non deve permeare l'atto (il cui *nomen* ha carattere neutrale), ma la fattispecie, la funzione. In altre parole il legislatore dovrebbe smettere di ragionare in termini di espropriazioni, autorizzazioni e concessioni, a favore di una concezione funzionale del potere e dei suoi effetti, dove tipico non è l'atto, ma la funzione amministrativa e i suoi effetti, che, poi, possono essere ricondotti a figure astratte, tipizzabili e riconducibili all'efficacia autorizzatoria, concessoria ed ablatoria». Sull'individuazione del baricentro della tipicità al di fuori dell'atto vedi anche CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950. In giurisprudenza cfr. TAR Campania, sez. I, 6 febbraio 2006, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 666; Cons. St., sez. IV, 1 febbraio 2000, 530, in *Cons. Stato*, 2000, 193; Cons. St., sez. IV, 18 novembre 1989, 810, in *Cons. Stato*, 1989, 1344.

⁽¹¹⁾ ZANOBINI, *Corso*, cit., 136.

all'imperativo della tipicità, e proprio perciò soggetti ad un peculiare obbligo di motivazione: «Detti provvedimenti – per loro natura atipici ed *extra ordinem* – richiedono» a detta dei giudici «una rigorosa motivazione specifica sulla effettiva esistenza dei “gravi pericoli” che minacciano l'incolumità dei cittadini».

Nelle righe successive però il Tar non esita ad annullare il provvedimento impugnato per violazione del principio di tipicità, la cui vigenza viene così ad essere riaffermata.

Ad una lettura superficiale la decisione sembrerebbe pertanto affetta da una macroscopica contraddizione superabile soltanto alla luce della definizione di tipicità fornita, sia pure incidentalmente, in uno dei passaggi conclusivi della sentenza. Nel pronunciare l'annullamento i giudici infatti individuano anche il nucleo precettivo del principio violato, che, nell'ottica del Collegio, imporrebbe che «le ordinanze in questione non possano essere indifferentemente utilizzate come strumenti alternativi ad altri provvedimenti tipici (previsti cioè da altre norme riguardanti altri specifici settori meritevoli di tutela pubblicistica)» ⁽¹²⁾.

Lo spostamento rispetto all'accezione tradizionale della tipicità appare dunque evidentissima. Nella prospettiva dei giudici la tipicità non è infatti una qualifica che interessa la struttura dell'atto o della fattispecie, ma piuttosto un criterio che indirizza l'amministrazione prioritariamente verso contenuti legislativamente predeterminati.

Il principio in esame perciò non imporrebbe all'amministrazione di adottare esclusivamente atti tipici, giacché, come in apertura rileva il Collegio stesso, l'ordinamento conosce la realtà dei provvedimenti atipici, tra cui ovviamente figurano le ordinanze d'urgenza. Ciò che invece si richiederebbe ai fini del rispetto del principio di tipicità è una sorta di preferenza in favore del provvedimento tipico, che, ove possibile, dovrebbe essere anteposto ad ogni alternativa provvedimentale priva dei connotati di tipicità.

L'ordinanza impugnata dunque avrebbe violato il principio di tipicità non

⁽¹²⁾ Sul dovere di preferire, ove possibile, l'emanazione del provvedimento tipico si veda Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, 1367, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 868; TAR Campania, sez. I, 3 maggio 2006, 3905, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 1790; TAR Marche, 14 dicembre 2006, 1526, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 3866; TAR Campania, sez. I, 1 dicembre 2005, 2494, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 4079; TAR Molise, 1 dicembre 2005, 1089, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 4042; TAR Campania, sez. I, 19 ottobre 2005, n. 1945; in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 3267; TAR Sicilia, sez. III, 12 settembre 2005, n. 1537 in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 2991; TAR Basilicata, 25 giugno 2005, n. 626, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 2171; TAR Emilia Romagna, sez. I, 17 gennaio 2005, n. 51, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 66; TAR Piemonte, sez. I, 16 marzo 2004, n. 415, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, sez. I, 21 giugno 2005, n. 8328, *ivi*; TAR Emilia Romagna, sez. II, 10 gennaio 2003, n. 1, *ivi*; Cons. St., sez. V, 2 aprile 2003, n. 1678, *ivi*; Cons. St., sez. V, 4 febbraio 1998, n. 125, in *Comuni d'It.*, 1998, 936.

perché intrinsecamente atipica (cioè non riconducibile ad alcun paradigma normativo), ma solo perché, nel caso di specie, il Sindaco avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato attraverso l'emanazione di provvedimenti puntualmente disciplinati dal legislatore, cioè per l'appunto tipici.

Tale conclusione sollecita peraltro alcune brevi considerazioni. La prima riguarda l'uso promiscuo del termine *tipicità*, indifferentemente utilizzato sia per indicare la conformità dell'atto al modello, sia per alludere alla priorità dell'opzione a favore dell'atto tipico. La seconda accezione evidentemente presuppone la prima, e in un certo senso la supera, assorbendone la portata precettiva. Per violare il principio di tipicità non basterebbe infatti confezionare un atto atipico, ma occorrerebbe anche preferire tale percorso atipico ad una concreta alternativa all'insegna della tipicità. Ciò significa che in astratto potrebbe aversi un atto atipico, ma non contrario al principio di tipicità, come nel caso di un'ordinanza d'urgenza rispetto alla quale non si rintracci alcuna verosimile alternativa tipica.

Per questa via, in altre parole, il Collegio sembra aver individuato un duplice livello di tipicità: uno interno, radicato nei presupposti e nel contenuto dell'atto, e uno esterno, coincidente con il carattere necessariamente sussidiario del mezzo atipico. Nel lessico fatto proprio dal Tar Umbria l'aggettivo «atipico» richiama cioè indistintamente due realtà differenti sul piano concettuale. La prima è quella di un provvedimento di cui la legge individua preventivamente elementi ed effetti caratteristici. Esso può dunque dirsi tipico secondo una prospettiva che potremmo definire contenutistica o sostanziale. La seconda è quella di un provvedimento sperimentabile solo in via sussidiaria, ossia residuale, rispetto ad una serie concreta di alternative tipiche (cioè predeterminate dalla legge). In questo senso potremmo parlare di tipicità in senso estrinseco, intendendo cioè tipicità quale sinonimo di sussidiarietà.

Ma questa distinzione non risulta utile né soddisfacente se formulata in chiave statica. Le due accezioni appena menzionate sono infatti destinate ad interferire, il che impone all'interprete un ulteriore sforzo ricostruttivo. In particolare occorre mettere a fuoco il fatto che la tipicità in senso estrinseco (ossia la strumentalità) funga da garanzia di legalità del provvedimento atipico in senso sostanziale (ossia non sussumibile in un esaustivo modello normativo). L'ordinamento, in altre parole, tollera l'atipicità dei contenuti (e degli effetti) solo nella misura in cui l'atto atipico risulti residuale rispetto ai percorsi puntualmente tracciati dal legislatore. A queste condizioni l'atipicità "sostanziale" non compromette il principio fondante l'attività amministrativa per provvedimenti, ossia per l'appunto il principio di legalità.

Da quanto si è detto discende quale ineludibile conclusione l'impossibilità di identificare semplicemente tipicità con residualità. Al contrario quest'ultima si pone come prerogativa caratterizzante il provvedimento non-tipico, che proprio in quanto tale risulta sperimentabile solo in via assolutamente sussidiaria.

Nell'affrontare il tema della tipicità occorrerebbe allora sgombrare il

campo da una serie di insidie lessicali. Il predicato della tipicità dovrebbe cioè essere impiegato solo per alludere alla riconducibilità del singolo atto ad un preciso modello predeterminato per legge. Laddove tale modello non risulti rintracciabile, occorrerà, ulteriormente verificare se l'atto atipico sia stato emanato in via residuale. Solo in tal caso l'atipicità dei contenuti non inficerebbe la legittimità del provvedimento: il provvedimento, pertanto, dovrebbe ritenersi atipico ma legittimo, perché "coperto" dalla sussidiarietà.

Il ruolo ricoperto da quest'ultima risulta, in questa prospettiva, molto più chiaro. Essa cioè recupera all'area della legittimità quei provvedimenti che, stante il loro contenuto atipico, rischiano di arrecare un intollerabile *vulnus* al valore della legalità. Ma questo meccanismo di "salvataggio" non smentisce il carattere atipico del provvedimento. Il fatto che il provvedimento intrinsecamente atipico sia stato emanato in via residuale non ci consente cioè di affermare che esso non deroghi al principio di tipicità. Piuttosto ci impone di riconoscere che l'atto, sebbene atipico, non è comunque invalido, in virtù dell'effetto legittimante della residualità.

Questa chiave di lettura, che distingue ma allo stesso tempo collega tipicità e residualità, non risulta peraltro confinata nei confini dell'attività amministrativa. In proposito sovrviene il richiamo ai provvedimenti d'urgenza emanati dal giudice civile ai sensi dell'art. 700 c.p.c., la cui operatività, come noto, è subordinata all'impossibilità per l'istante di beneficiare dei provvedimenti cautelari tipici.

Anche per queste fattispecie vale quanto sinora sostenuto: i provvedimenti ex 700 c.p.c. sono cioè atipici, perciò necessariamente sussidiari. Il fatto che essi siano sperimentabili solo in via residuale non scalfisce cioè in alcun modo la loro natura atipica, che discende del carattere indeterminato dei presupposti e degli effetti della loro emanazione ⁽¹³⁾. La sussidiarietà

⁽¹³⁾ Chiarissimo in questo senso LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2007, 220, in cui si puntualizza che «atipicità significa che i provvedimenti d'urgenza sono destinati a far fronte a pregiudizi atipici ("un pregiudizio" dice il legislatore senza precisare quale) attraverso effetti atipici. La norma cioè non individua né i presupposti né gli effetti che si possono ottenere col provvedimento. Ecco perché tali provvedimenti si dicono atipici». In termini analoghi anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 686, in cui si puntualizza che «i provvedimenti d'urgenza sono caratterizzati da una duplice tipicità: atipico è sia il *periculum in mora* sia il contenuto del provvedimento; ne segue che tali provvedimenti possono essere utilizzati (a tutela di qualsiasi diritto) per neutralizzare qualsiasi *periculum in mora* purché esso assurga agli estremi del pregiudizio grave e irreparabile; quanto al contenuto del provvedimento, questo deve essere individuato dal giudice, "secondo le circostanze", sulla base del solo criterio dell'idoneità ad assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione del merito». Sul punto si veda anche SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 788, in cui legge che «il campo di applicazione del provvedimento di urgenza è apparentemente indeterminato nella previsione di legge, perché l'art. 700 c.p.c. non sembra vincolare la concessione del provvedimento

imposta dallo stesso art. 700 c.p.c. si limita piuttosto a garantire che dietro il contenuto atipico dell'atto non si celi un utilizzo incontrollato del potere. Il ruolo residuale dei provvedimenti *ex* 700 c.p.c. funge cioè da contrappeso a difesa del valore della legalità, potenzialmente minacciato dall'assenza di un puntuale paradigma normativo.

La riflessione che ne deriva è sempre la stessa: i due predicati della tipicità e della residualità, per quanto destinati ad operare in sinergia, sul piano teorico andrebbero debitamente distinti ⁽¹⁴⁾, costituendo il secondo una sorta di freno ai possibili esiti degenerati del primo.

Il Tar Umbria, viceversa, non sembra aver imboccato questo percorso interpretativo. L'ordinanza impugnata, a detta del Collegio, contravverrebbe infatti all'imperativo della tipicità non perché priva di un puntuale modello normativo di riferimento, ma perché emanata in un contesto che avrebbe consentito il ricorso agli ordinari (ossia tipici) strumenti provvedimentali. La violazione al principio di tipicità risiederebbe cioè nella "non residualità" dell'opzione atipica. L'atipicità, in altre parole, smetterebbe di essere un qualifica dell'atto, per divenire un criterio di priorità con cui attingere al repertorio dei "provvedimenti possibili".

Ma tale conclusione, come si è detto, presuppone un utilizzo improprio e in definitiva poco convincente del termine tipicità. Ciò anche alla luce del fatto che il ragionamento volto ad identificare le due nozioni (ossia quella di tipicità e quella di residualità), se in apparenza funziona in rapporto alla fenomenologia dell'atipicità contrassegnata dall'urgenza, non sembra affatto convincente rispetto ad una serie ulteriore di fattispecie atipiche, per lo più ignorate anche dalla dottrina più attenta. Si pensi in proposito alla schiera di provvedimenti neutri, tra cui probabilmente potrebbe essere inclusa anche la nuova determinazione sostitutiva di cui all'art. 11, l. n. 241/90. In questi casi sembra difficile condurre una valutazione circa la rintracciabilità di un corrispondente provvedimento tipizzato, trattandosi di atti intrinsecamente atipici, perché privi di un contenuto autonomo.

L'ordinamento, in altri termini, potrebbe fare a meno di tali provvedimenti, ma non potrebbe di certo predisporre per essi alcun modello tipico, a meno di non trasfigurare le fattispecie in questione in qualcosa di diverso rispetto ai provvedimenti neutri.

È chiaro allora che il ragionamento del Tar Umbria, che identifica tipicità con residualità del percorso atipico, non sempre risulta concretamente praticabile. Esso infatti si fonda sul carattere eccezionale del fenomeno dell'atipicità, tanto da considerare quest'ultimo "tollerabile" solo nei limiti

stesso a un presupposto obiettivo: onde la qualificazione di innominati o atipici ai provvedimenti medesimi».

⁽¹⁴⁾ Cfr. LUIO, *Diritto processuale*, cit., parla in proposito di «sussidiarietà», affermando che essa «significa che i provvedimenti d'urgenza sono utilizzabili ove non vi sia una tutela cautelare tipica».

in cui non vi siano strade alternative. Ma, come si è detto, a tutt'oggi non sembra possibile relegare l'atipicità nei confini dell'urgenza, né costruire su tale presupposto la definizione del relativo principio. Le fattispecie atipiche si sono infatti rapidamente moltiplicate, e soprattutto sdoganate dagli originari contesti emergenziali. Sarebbe quindi più coerente ammettere che l'ordinamento conosce una serie di fattispecie che fisiologicamente si pongono al di fuori dei confini della tipicità ⁽¹⁵⁾, avendo in proposito il legislatore ritenuto di non voler predeterminare contenuti ed effetti di un certo atto.

Infine, la posizione espressa dal Tar Umbria si presta ad un'ultima considerazione, che ancora una volta attiene ai confini semantici del termine "tipicità". Sembra infatti di poter ritenere che la circostanza per cui, in luogo delle ordinanze d'urgenza, il Sindaco potesse ricorrere a più tradizionali strumenti provvedimenti non rilevi sotto il profilo della tipicità, ma, semmai, sul versante della proporzionalità ⁽¹⁶⁾, che, come noto, prescrive di esercitare il potere in modo adeguato alle circostanze del caso concreto. Nel sancire la tendenziale preferibilità dei percorsi tipici il Collegio sembra cioè aver formulato una valutazione di proporzionalità, sul presupposto (tutt'altro che indiscusso) delle maggiori prerogative di garanzia connesse all'emanazione di provvedimenti tipici. Al di là del carattere più o meno condivisibile di tale presupposto, ciò che in ogni caso rileva è il fatto che, sotto "le mentite spoglie" della tipicità sia stata veicolata una valutazione di natura differente, assai prossima, peraltro, ai territori del merito ⁽¹⁷⁾.

L'ordinanza impugnata non potrebbe perciò ritenersi illegittima perché emessa in un contesto che non giustifica, in un'ottica di proporzionalità, il

⁽¹⁵⁾ In questi termini RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza*, in *Giur. cost.*, 1995, 102; in giurisprudenza vedi TAR Puglia, sez. I, 4 dicembre 2006, n. 5639, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 3978 in cui espressamente si parla di «deroga al generale principio di tipicità e nominatività degli atti amministrativi». Sul tema si veda anche MORBIDELLI, *I poteri impliciti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁽¹⁶⁾ Sulla portata precettiva del principio di proporzionalità si veda, *ex multis*, GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10; Id., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di «spill over» negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, 541.

⁽¹⁷⁾ Nel caso di specie, del resto, ciò non deve destare particolari perplessità, in virtù dei poteri di merito riconosciuti al giudice amministrativo in materia di ordinanze contingibili e urgenti (cfr. art. 7 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 e art. 1 r.d. 26 giugno 1924, n. 1058). Se infatti al giudice è stato espressamente riconosciuto il potere di apprezzare l'opportunità del contenuto del provvedimento d'urgenza, di certo egli potrà conoscere e valutare anche la scelta (preliminare) dello strumento atipico. Pertanto, anche ammettendo che la valutazione sullo "strumento giuridico prescelto" attenga al merito e non alla legittimità, non si potrà comunque dubitare della piena sindacabilità di tale scelta da parte del giudice amministrativo.

ricorso ai poteri eccezionali e derogatori di cui all'art. 54 Tuel. Ovvero, in alternativa, si potrebbe argomentare sul fatto che nel caso in rassegna, il provvedimento tipico alternativo sarebbe stato emanato dal dirigente, e non dal sindaco. Da ciò si potrebbe desumere, per la specifica fattispecie, l'illegittimità dell'ordinanza atipica per incompetenza.

Il risultato, in termini di regime dell'atto, evidentemente non cambia, ma ciò non priva di interesse la pronuncia in rassegna, che, se in apparenza conferma l'attualità del principio in esame, in parte ne altera il significato. Non resta allora che chiedersi se la trasfigurazione del principio originario non nasconda il suo sostanziale superamento, ossia se, mediante la riformulazione del concetto di tipicità, il Tar non abbia involontariamente aperto un'ulteriore breccia a vantaggio dei detrattori del suddetto principio.

ANNALaura GIANNELLI

CORTE DEI CONTI – Sez. reg. controllo per l'Umbria – 16 novembre 2006,
n. 18 – Pres. DE SANCTIS, Rel. ROMANO – Comune di Umbertide.

**Corte dei conti – Controllo sugli enti locali – Oggetto del controllo
– Bilancio di previsione.**

**Corte dei conti – Enti locali – Controllo sul bilancio preventivo – Para-
metri – Patto di stabilità interno – Inosservanza – Conseguenze.**

Sebbene il rispetto degli obiettivi programmatici sia compiutamente apprezzabile a gestione conclusa e sulla base di evidenze contabili che abbiano acquisito carattere definitivo, non vi è dubbio che nell'ambito di una contabilità autorizzatoria, quale è quella propria degli enti pubblici territoriali, i presupposti per la conformazione agli stessi della gestione vadano fissati fin dalla fase previsionale. Sono le previsioni, infatti, a segnare l'unico concreto limite per la valida assunzione di impegni contabili in corso di esercizio. Le stesse, inoltre, secondo i principi contabili di riferimento, esprimono le scelte programmatiche dell'ente in ordine alla politica allocativa e costituiscono parametri di misurazione dei relativi risultati, fungendo da indirizzi imprescindibili per l'attività degli organi preposti alla gestione (1).

La mancata osservanza delle regole del patto di stabilità interno determina l'applicazione automatica di restrizioni di carattere sanzionatorio (cfr. per l'esercizio corrente art. 1, comma 150 Legge n° 266/2005), a prescindere dall'entità degli scostamenti effettivamente realizzati. Di queste, secondo un elementare principio di razionalità, va anzi attentamente soppesato l'impatto potenziale sulla regolarità delle gestioni future, anche ai fini della consapevole assunzione delle connesse responsabilità politiche, proprio nelle ipotesi in cui il superamento dei limiti imposti si prefiguri come di minima entità e quindi più agevolmente suscettibile di correzione (2).

(*Omissis*). La relazione concernente le previsioni di bilancio per l'esercizio 2006 del Comune di Umbertide, redatta dall'Organo di revisione in ottemperanza alle prescrizioni dell'art. 1, comma 166, della legge n. 266/2005 ed in conformità alle linee-guida fissate dalla Corte dei conti a livello centrale (Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 6/AUT/2006), è pervenuta presso questa Sezione in data 26 giugno 2006. I contenuti della stessa, ad una prima delibazione, evidenziavano un'impostazione del bilancio non in linea con gli obiettivi programmatici di parte corrente del patto interno di stabilità nonché il mancato rispetto, in ambito previsionale, del limite di contenimento della spesa per il personale ex art. 1, commi 198 e ss. della medesima legge finanziaria 2006. Evidenziavano, inoltre, talune incongruenze interne che rendevano necessario sollecitare chiarimenti e/o rettifiche da parte dei revisori. In particolare, con nota n. 1390 in data 18 settembre 2006, si chiedeva di fornire precisazioni in ordine alle eventuali modalità di copertura del saldo negativo di parte capitale riscontrato in base ai dati di assestamento relativi all'esercizio 2005 nonché opportuni chiarimenti in ordine alla tipologia di spese correnti finanziate con risorse straordinarie pari a €180.000,00 provenienti dal recupero dell'evasione tributaria. Con la medesima nota si chiedeva, inoltre, ragione delle discordanze concernenti i prospetti sulla situazione delle società partecipate.

Nella nota di risposta (n. 15070 del 21 settembre 2006), l'Organo di revisione precisava:

- che il saldo negativo di parte capitale relativo al bilancio 2005 risulta effettivamente finanziato con le risorse correnti disponibili, indicate correttamente nel prospetto contabile agli atti della Sezione, e con l'avanzo accertato dell'esercizio 2004, contabilizzato in sede di assestamento, elementi erroneamente non rappresentati nella relazione originaria;

- che le spese correnti finanziate con le entrate "una tantum" hanno identiche caratteristiche di straordinarietà, indicandone sinteticamente,

oltre all'allocazione in bilancio, la specifica destinazione ad assunzioni di personale a tempo determinato, all'attuazione di progetti socio-assistenziali e ad agevolazioni alle attività produttive locali;

- che il prospetto concernente i dati contabili delle partecipate è stato erroneamente compilato con dati riferibili all'Ente, dei quali non si comprende la natura.

In considerazione di quanto sopra, con nota istruttoria n. 1568 in data 13 ottobre 2006, si sollecitava l'Amministrazione comunale ad indicare le misure correttive eventualmente adottate per rientrare nei limiti posti dal patto e dalle norme in materia di contenimento delle spese per il personale, nonché a fornire ulteriori elementi in relazione all'andamento del progetto di recupero dell'evasione tributaria e alle tipologie di spesa finanziate con le entrate stimate dallo stesso derivanti.

In riscontro a tali richieste, il Sindaco di Umbertide illustrava sommarariamente l'operazione posta in essere dal Comune per assicurare il raggiungimento degli obiettivi del patto di stabilità interno esponendone gli effetti contabili, regolarmente formalizzati con deliberazione C.C. di variazione al bilancio, n. 51 in data 29 giugno 2006, unita agli atti.

Di detta operazione – consistente nell'esternalizzazione della gestione delle farmacie comunali mediante contratto di affitto di ramo d'azienda ad apposita società intercomunale multiservizi, a capitale interamente pubblico – venivano altresì evidenziati gli effetti in ordine al contenimento della spesa per il personale rilevante ex art. 1, comma 198, legge finanziaria 2006.

Secondo quanto riferito, infatti, il Comune, ha in tale ambito convenuto di "comandare" presso la società gerente personale proprio, trasferendone convenzionalmente ad essa gli oneri mediante la previsione a suo carico di un obbligo di rimborso integrale.

È stato, inoltre, trasmesso il dettaglio delle voci di spesa originariamente portate in detrazione ai fini del computo del patto nonché di quelle relative al calcolo dei limiti di spesa per il personale, per consentire alla Sezione i riscontri di competenza.

Da quanto in atti, la disposta esternalizzazione non risulta contabilmente incidere sugli equilibri di bilancio, avendo comportato una correzione di pari importo fra entrate e spese connesse alla gestione delle farmacie comunali, al netto degli oneri del personale transitoriamente assegnato al gestore.

Detti oneri, commisurati in € 130.000, formalmente tuttora a carico dell'Ente e perciò mantenuti in bilancio nell'ambito della pertinente voce di spesa corrente nonché computati in detrazione ai fini del patto, risultano compensati con l'iscrizione in parte entrata di una risorsa di uguale entità.

Tale operazione contabile, del tutto irrilevante ai fini dell'equilibrio

economico, che - attesa l'entità del saldo positivo corrente originariamente preventivato - sarebbe risultato comunque rispettato, ha consentito l'evidenziazione del credito da rimborso e con essa il discarico della quota di spesa in argomento dai calcoli concernenti la dimostrazione del rispetto dei limiti di cui al menzionato comma 198.

Con riguardo, al progetto di recupero dell'evasione tributaria, il Sindaco di Umbertide, nell'assicurarne genericamente il positivo andamento, non ha fornito elementi ulteriori rispetto ai chiarimenti già trasmessi dai revisori. Ha, altresì, ribadito quanto comunicato da questi ultimi in ordine alla concreta allocazione della relative risorse in parte spesa.

In adunanza i rappresentanti dell'Amministrazione hanno confermato quanto in atti, precisando che la Società affidataria della gestione della farmacia comunale è partecipata in misura maggioritaria dal Comune di Umbertide.*(Omissis)*.

Il Collegio, sulla base delle risultanze istruttorie, ampiamente descritte in punto di fatto, ritiene superabili i rilievi mossi con riguardo al mancato rispetto degli obiettivi di contenimento della spesa per il personale di cui all'art.1, comma 198, della legge n. 266/2005.

In effetti, l'assegnazione temporanea di personale in carico a soggetto terzo, convenzionalmente tenuto a rimborsarne integralmente gli oneri, pur generando perplessità in relazione al conseguimento dell'obiettivo negli esercizi futuri - trattandosi di misura dichiaratamente provvisoria - per l'esercizio in corso determina una riduzione di tale voce di spesa, consentendo dal punto di vista strettamente contabile il rispetto del limite in argomento.

In tale direzione, del resto, depone anche l'indicazione esemplificativa contenuta nell'apposita circolare MEF n. 9/2006, che individua tra gli oneri per il personale che non rilevano, ai fini del calcolo del limite ex art.1, comma 198, proprio le spese finanziate con risorse provenienti da privati o da soggetti terzi.

La scelta compiuta dall'Amministrazione si riflette, tuttavia, sulla corretta quantificazione della spesa assoggettata agli obiettivi programmatici del patto interno di stabilità. Ed infatti, tra le spese da portare in detrazione a tali fini, l'art. 1 comma 142 individua quelle per il personale, in quanto a loro volta soggette a limitazioni derivanti dall'applicazione della specifica disciplina di settore. Ne deriva che detta detrazione è da escludere per quelle voci di spesa che formalmente gravano sul bilancio dell'ente ma che, per essere finanziate con risorse provenienti da altro soggetto, non sono sottoposte ai limiti propri, fissati dai commi 198 e seguenti. Ciò nella considerazione che il profilo dell'entrata non incide in alcun modo sugli obiettivi del patto.

Nella specie, dunque, l'importo di € 130.000, corrispondente alla

spesa per il personale di cui trattasi, va computato nell'ambito della spesa corrente rilevante ai fini del rispetto del patto di stabilità interno.

L'adozione di tale corretta modalità di computo, evidenzia che – pure in presenza delle variazioni in entrata ed in uscita disposte a fronte della esternalizzazione della gestione della farmacia comunale, della quale si prende atto – l'impostazione del bilancio di previsione del Comune di Umbertide non è tale da garantire il perseguimento dell'obiettivo programmatico di cui all'art.1, comma 140, della legge finanziaria.

Il ridotto importo dello scostamento rilevabile (pari a euro 66.000), non esime il Collegio dal richiamarvi l'attenzione del Consiglio comunale per l'adozione delle conseguenti misure correttive entro il termine dell'esercizio.

Si osserva, infatti, che la mancata osservanza delle regole del patto, determina l'applicazione automatica di restrizioni di carattere sanzionatorio (vedasi per l'esercizio corrente art. 1, comma 150 con i richiami normativi ivi contenuti), a prescindere dall'entità degli scostamenti effettivamente realizzati. Di queste, secondo un elementare principio di razionalità, va anzi attentamente soppesato l'impatto potenziale sulla regolarità delle gestioni future, anche ai fini della consapevole assunzione delle connesse responsabilità politiche, proprio nelle ipotesi in cui il superamento dei limiti imposti si prefiguri come di minima entità e quindi più agevolmente suscettibile di correzione.

Sebbene il rispetto degli obiettivi programmatici in argomento sia compiutamente apprezzabile a gestione conclusa e sulla base di evidenze contabili che abbiano acquisito carattere definitivo, non vi è dubbio che nell'ambito di una contabilità autorizzatoria, quale è quella propria degli enti pubblici territoriali, i presupposti per la conformazione agli stessi della gestione vadano fissati fin dalla fase previsionale. Sono le previsioni, infatti, a segnare l'unico concreto limite per la valida assunzione di impegni contabili in corso di esercizio. Le stesse, inoltre, secondo i principi contabili di riferimento, esprimono le scelte programmatiche dell'ente in ordine alla politica allocativa e costituiscono parametri di misurazione dei relativi risultati, fungendo da indirizzi imprescindibili per l'attività degli organi preposti alla gestione.

In questi termini, del resto, l'incidenza -sia pure solo indiretta - delle regole del patto sull'impostazione del bilancio è costantemente evidenziata nelle circolari del Ministero dell'Economia e Finanze concernenti i profili applicativi delle regole stesse. (vedasi da ultimo Circolare Mef, n. 8/2006).

È in tale contesto che l'art. 1, comma 168, della legge n. 266/2005 impone al controllore esterno, nell'esercizio di una funzione avente natura squisitamente collaborativa, di segnalare all'attenzione delle Assemblee elettive degli enti locali, già in presenza di previsioni di bilancio non

in linea con gli obiettivi programmatici in argomento, l'opportunità di adottare i provvedimenti di variazione necessari a scongiurare il perfezionarsi della violazione delle regole del patto, indipendentemente da valutazioni di carattere quantitativo, valevoli semmai per quanto detto a rafforzare il livello di attenzione richiesto agli amministratori locali e con esso il dovere di segnalazione del controllore.

Si ritiene, in tale ambito, di rilevare incidentalmente come – dai dati in possesso della Sezione, ancorché non pienamente esaustivi – sembrerebbero sussistere i presupposti per l'adozione di diverse soluzioni, a garanzia del rispetto dei limiti dell'art. 1, comma 198.

Il Collegio, infine, nel prendere atto delle precisazioni fornite dall'Amministrazione, ritiene superati, ai fini della presente pronuncia, gli altri rilievi formulati in istruttoria. Saranno, infatti, verificati a consuntivo i risultati derivanti dal progetto di recupero dell'evasione tributaria e l'effettiva sostenibilità delle spese alle stesse correlate.

P.Q.M. DELIBERA

- di rilevare formalmente, con riguardo al bilancio di previsione per l'esercizio 2006 del Comune di Umbertide, per la tempestiva adozione di misure correttive da comunicare a questa Sezione ai fini delle successive verifiche di competenza, la difformità dell'impostazione rispetto agli obiettivi del patto di stabilità, sia in ordine alla spesa corrente.

- la chiusura dell'istruttoria, allo stato degli atti, in relazione all'accertamento del rispetto dei principi e delle regole contabili in materia di equilibri di bilancio nonché al contenimento della spesa di personale entro i limiti di legge, con richiamo integrale alle osservazioni di cui in motivazione e riserva di ulteriori verifiche ove espressamente richiamate.

DISPONE

la trasmissione della presente deliberazione, a cura della Segreteria, al Consiglio Comunale di Umbertide, e, per conoscenza, all'Amministrazione comunale in persona del Sindaco pro-tempore, al Collegio dei revisori ed al Consiglio delle Autonomie locali dell'Umbria. (*Omissis*).

(1-2) Il bilancio degli enti locali tra Patto di stabilità interno e controllo della Corte dei conti: il caso delle farmacie comunali.

SOMMARIO: **1. Premessa.** - **2. Il controllo della Corte dei conti su comuni e province e la legge finanziaria per il 2006.** - **3. I parametri del controllo: il Patto di stabilità interno.** - **4. Le incongruenze riscontrate nel caso di specie** - **5. Il servizio delle farmacie comunali** - **6. Conclusioni.**

1. Premessa

La pronuncia in commento costituisce un interessante esempio del controllo compiuto dalle Sezioni regionali della Corte dei conti nei confronti di comuni e province, così come disciplinato dalla legge finanziaria per il 2006. Più in particolare, nella decisione in epigrafe la Sezione regionale dell'Umbria ha rilevato incongruenze nei documenti di bilancio dell'ente controllato con particolare riferimento al patto di stabilità interno, come disciplinato per l'anno finanziario 2006.

Questa circostanza offre, da un lato, lo spunto per cogliere i problemi applicativi cui il patto di stabilità ha dato luogo e, di conseguenza, l'opportunità delle modifiche apportate dal legislatore allo stesso parametro negli anni successivi, dall'altro la possibilità di analizzare, seppur sommariamente, taluni aspetti del servizio pubblico di farmacia, sulla contabilizzazione del quale, per l'appunto, si è concentrata l'attenzione della Corte.

Si procederà anzitutto ad inquadrare l'attività svolta dal magistrato contabile, per proseguire con l'analisi della disciplina del Patto di stabilità interno il quale, a sua volta, consentirà di mettere in evidenza le incongruenze riscontrate nel caso di specie, relative alla gestione del servizio comunale di farmacia, e le possibili soluzioni alternative, per proporre infine talune considerazioni conclusive in merito agli ultimi interventi del legislatore intervenuti in questo delicato settore.

2. Il controllo della Corte dei conti su comuni e province e la legge finanziaria per il 2006

Come già evidenziato, la deliberazione in analisi è il risultato dell'esercizio da parte della sezione regionale della Corte dei Conti di una delle forme di controllo ad oggi previste nei confronti degli enti locali, di cui è opportuno tracciare le principali linee generali.

Com'è noto, nell'attuale assetto istituzionale – frutto della riforma del Titolo V della Costituzione risalente al 2001 e della legge La Loggia – gli enti locali non sono più sottoposti a un controllo amministrativo riferito agli atti, bensì al controllo della Corte dei conti che si biparte in controllo sulla gestione e contabile – finanziario ⁽¹⁾. Come accennato, l'origine di questo

⁽¹⁾ Legge n. 131/2003, art 7, comma 7: «La Corte dei conti ai fini del coordinamento della finanza pubblica, verifica il rispetto degli equilibri di bilancio da parte di Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano, nel rispetto della natura collaborativa del controllo sulla gestione, il perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali e regionali di principio e di programma, secondo la rispettiva competenza, nonché la sana gestione finanziaria degli enti locali e il funzionamento dei controlli interni e riferiscono sugli esiti delle verifiche esclusivamente ai consigli degli enti controllati...».

sistema di verifiche è rinvenibile nella L. n. 131/2003 (c.d. legge La Loggia), che ha attribuito alla citata istituzione considerata unitariamente il controllo sul rispetto degli equilibri di bilancio, riferito a tutti gli enti territoriali, controllo che viene concretamente svolto dalla sezione delle autonomie, mentre dà alle sezioni regionali il controllo sulla gestione, nonché quello sulla sana gestione e sul funzionamento dei controlli interni.

Il primo tipo di attività ha ad oggetto la verifica del rispetto degli equilibri di bilancio e del patto di stabilità interno ed è riferito al comparto di enti, non alla singola amministrazione, essendo diretto a informare il Parlamento, mediante un referto, dell'andamento finanziario⁽²⁾ di tali soggetti istituzionali.

Il controllo sulla gestione⁽³⁾ svolto dalle sezioni regionali, al contrario, ha ad oggetto l'attività degli enti singolarmente considerati, che vengono individuati a campione sulla base di programmi annuali, ed è riferito all'attività nel suo complesso, valutata alla stregua di canoni metagiuridici⁽⁴⁾ diretti a garantire che la gestione della cosa pubblica avvenga secondo i principi di efficacia, efficienza ed economicità. A questo, ma limitatamente agli enti locali, si aggiunge il controllo sulla sana gestione finanziaria e sul funzionamento dei controlli interni svolto, come l'altra attività intestata alle sezioni regionali dalla legge La Loggia, non su tutte le amministrazioni, ma su alcune, secondo un modello di controllo a campione, individuate secondo programmi annuali.

Sul punto vedi: T. MIELE, *Il ruolo della Corte dei conti nei confronti delle autonomie locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Nuova rass.*, 2004, 12, 1395 ss.; BALDANZA, *Le funzioni di controllo della corte dei conti*, in *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controllo*, a cura di Tenore, Milano, 2004, 1039 ss.; MALTESE, *I controlli della Corte dei conti: personaggi ancora in cerca di autore*, in *Riv. Corte conti*, 2006, 2, 372 ss.

⁽²⁾ Su questo tipo di controllo vedi: STADERINI, *Il controllo sulle regioni e gli enti locali nel nuovo sistema costituzionale italiano*, in *Riv. Corte conti*, 2003, 2, 309 ss. e ancora STADERINI, *La Corte dei conti e gli enti locali*, in *Quaderni regionali*, 2006, 1, 555 ss.

⁽³⁾ Sul controllo sulla gestione in via generale si rinvia a GUCCIONE, *Corte dei conti*, in *Enc. giur.*, IX, 1988, Roma.

⁽⁴⁾ Sul punto vedi Corte costituzionale sentenza n. 29/1995, in *Giur. cost.*, 1995, 1, 325 ss., con nota di A. Corpaci. In tale sede il Giudice delle leggi ha affermato che: «...il carattere essenzialmente empirico del controllo di gestione, carattere il quale comporta che quest'ultimo debba essere compiuto sulla base di criteri di riferimento o modelli operativi nascenti dalla comune esperienza e razionalizzati nelle conoscenze tecnico – scientifiche delle discipline economiche, aziendalistiche e statistiche, nonché della contabilità pubblica. Nondimeno, trattandosi di un controllo basato sulla verifica della corrispondenza dei risultati effettivamente ottenuti dall'azione amministrativa con gli obiettivi prescritti dalla legge, tenuto conto delle risorse e dei mezzi da quest'ultima apprestati, non si può dubitare che parte dei parametri di valutazione siano contenuti nelle leggi stesse».

Esito di queste attività è un referto, diretto all'amministrazione interessata, indicante incongruenze riscontrate e possibili soluzioni, secondo il modello del controllo collaborativo che ha ispirato il legislatore del 2003.

Successivamente, e allo scopo precipuo di introdurre un riscontro rispettoso dell'autonomia degli enti, e che al contempo garantisse la vigilanza sui documenti contabili ⁽⁵⁾, è stato affidato alle sezioni regionali il compito di verificare la conformità di bilanci preventivi e di rendiconti di comuni e province al Patto di stabilità interno; le medesime sezioni, inoltre, verificano il rispetto del limite all'indebitamento *ex art 119 Cost.* e l'eventuale presenza di gravi irregolarità contabili e finanziarie già rilevate dall'organo di revisione dell'ente e per cui questo non si è conformato alle indicazioni dell'organo di controllo interno; tale attività viene svolta non soltanto, a campione, nei confronti di alcuni enti, ma necessariamente nei confronti di tutti.

Proprio di quest'ultima forma di controllo ci si occupa nel caso di specie, nel quale, con riferimento al bilancio preventivo di un Comune, è possibile evidenziare le peculiarità dell'attività delle sezioni regionali sia dal punto di vista procedimentale che sostanziale, con particolare riferimento ai criteri applicati.

Quanto al primo profilo si rileva che, già dalla lettura delle norme che disciplinano la suddetta attività, emerge come decisiva ai fini del suo corretto svolgimento la collaborazione ⁽⁶⁾ tra l'organo di controllo esterno ed interno. A questo, in particolare all'organo di revisione contabile, è assegnato l'obbligo di trasmettere annualmente una relazione sul bilancio preventivo e una sul rendiconto ⁽⁷⁾, in modo tale da permettere la vigilanza su tutta la gestione finanziaria dell'ente.

Tale relazione, di cui la legge finanziaria per il 2006 ha stabilito il contenuto minimo ⁽⁸⁾, rappresentato dalla verifica del rispetto del Patto di stabilità

⁽⁵⁾ In materia di controllo sui documenti contabili degli enti locali vedi: COSSIGA, *Il controllo collaborativo della Corte dei conti sugli enti locali. I controlli sul rendiconto*, in *La finanza locale*, 2006, 10, 95 ss.; SCUDIERI, *Il controllo della Corte dei conti riferito agli enti locali*, in *La finanza locale*, 2006, 9, 47 ss.; GREGO, *Le innovazioni della legge finanziaria per il 2006 in materia di controlli della Corte dei conti sulla gestione degli enti locali*, in *Nuova rass.*, 2006, 9, 1199 ss.

⁽⁶⁾ Legge finanziaria per il 2006, comma 166 (articolo unico): «Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali di revisione economica – finanziaria trasmettono alle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio e sul rendiconto dell'esercizio medesimo». Sul rapporto tra organo di controllo interno ed esterno vedi la relazione del Presidente della Corte dei conti STADERINI, *Inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 461 ss.

⁽⁷⁾ Per una disamina del controllo delle sezioni regionali sui rendiconti degli enti locali v. PULLI, *Le forme di controllo sui consuntivi degli enti locali*, in *Nuova rass.*, 2007, 705 ss.

⁽⁸⁾ Legge finanziaria per il 2006, comma 167 (articolo unico): «La Corte dei conti

interno, del limite all'indebitamento *ex art 119 Cost.* e dell'esistenza di gravi irregolarità contabili e finanziarie per le quali l'amministrazione non si è conformata ai rilievi formulati dai revisori, è stata oggetto di più puntuale disciplina da parte della Sezione delle Autonomie della Corte dei conti che ha previsto l'obbligo di trasmettere informazioni ulteriori, come l'esistenza di residui e l'andamento delle società partecipate dall'ente, e ha predisposto i modelli per la compilazione. Le medesime relazioni costituiscono la base istruttoria dell'attività del magistrato contabile, che andrà poi a svolgere la propria attività nel contraddittorio con gli organi di governo degli enti.

Anche dalla pronuncia in commento risulta chiaramente che il dialogo tra organo di controllo interno ed esterno è particolarmente intenso, dato che nel caso di specie, alla relazione dell'organo di revisione è poi succeduta una nota di risposta della sezione regionale, adottata sulla base dell'attività istruttoria svolta e, ancora, un provvedimento di modifica del bilancio preventivo adottata dall'ente per concludersi poi questo dialogo interistituzionale con la decisione in commento.

Scendendo nel merito dell'attività di cui trattasi, si rileva anzitutto che, nel caso *de quo*, il documento oggetto di controllo⁽⁹⁾ è il bilancio preventivo di cui è necessario indagare la natura per scorgere lo scopo e l'importanza

definisce unitariamente criteri e linee guida cui debbono attenersi gli organi degli enti locali di revisione economico – finanziaria nella predisposizione della relazione di cui al comma 166, che, in ogni caso, deve dare conto del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell'osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall'articolo 119, ultimo comma, della Costituzione, e di ogni grave irregolarità contabile e finanziaria in ordine alle quali l'amministrazione non abbia adottato le misure correttive segnalate dall'organo di revisione». In merito al contenuto delle suddette relazioni vedi BORGHI, *Le linee guida della Corte dei conti e la relazione dei revisori sul bilancio preventivo 2006*, in *Azienditalia*, 2006, 435 ss.

⁽⁹⁾ La sezione regionale dell'Umbria nella pronuncia adottata nei confronti del comune di Umbertide ha rilevato che: «Sebbene il rispetto degli obiettivi programmatici in argomento sia compiutamente apprezzabile a gestione conclusa e sulla base di evidenza contabili che abbiano acquisito carattere definitivo, non vi è dubbio che nell'ambito di una contabilità autorizzatoria, quale è quella propria degli enti pubblici territoriali, i presupposti per la conformazione agli stessi della gestione vadano fissati fin dalla fase revisionale. Sono le previsioni, infatti, a segnare l'unico concreto limite per la valida assunzione di impegni contabili in corso di esercizio. Le stesse, inoltre, secondo i principi contabili di riferimento, esprimono le scelte programmatiche dell'ente in ordine alla politica allocativa e costituiscono parametri di misurazione dei relativi risultati, fungendo da indirizzi imprescindibili per l'attività degli organi preposti alla gestione». Per le problematiche attinenti al bilancio preventivo e al controllo sul medesimo vedi: COSSIGA, *Il controllo collaborativo della Corte dei conti sugli enti locali. I controlli sul bilancio preventivo*, in *La finanza locale*, 2006, 9, 127 ss. e BARBALACE, *Gli istituti contabili nell'ente locale*, Milano, 2001, 33 ss.

del riscontro cui ci si riferisce. Tale documento contabile ha natura autorizzatoria ⁽¹⁰⁾ per quanto riguarda le spese e ciò significa che ogni spesa è formalmente legittima solo se dal medesimo prevista. Risulta pertanto fondamentale che tale documento, espressivo della programmazione finanziaria dell'ente, sia conforme alle prescrizioni legislative in punto di spesa, e, per quanto in questa sede di maggiore rilevanza, al Patto di stabilità interno, in modo tale che tutte le spese compiute dall'amministrazione in virtù del medesimo siano, oltre che formalmente legittime, anche conformi alla sana gestione della cosa pubblica.

Sul punto nel *decisum* in commento si legge che: «Sebbene il rispetto degli obiettivi programmatici in argomento sia compiutamente apprezzabile a gestione conclusa e sulla base di evidenze contabili che abbiano acquisito carattere definitivo, non vi è dubbio che nell'ambito di una contabilità autorizzatoria, quale è quella propria degli enti pubblici territoriali, i presupposti per la conformazione agli stessi della gestione vadano fissati fin dalla fase previsionale. Sono le previsioni, infatti, a segnare l'unico concreto limite per la valida assunzione di impegni contabili in corso di esercizio. Le stesse, inoltre, secondo i principi contabili di riferimento, esprimono le scelte programmatiche dell'ente in ordine alla politica allocativa e costituiscono parametri di misurazione dei relativi risultati, fungendo da indirizzi imprescindibili per l'attività degli organi preposti alla gestione».

Quanto ai tempi per lo svolgimento del controllo da parte delle sezioni regionali, in ragione dell'importanza del medesimo, la sezione delle autonomie, oltre a predisporre i suddetti moduli per la relazione dell'organo di revisione, ha stabilito scadenze cronologiche per la loro presentazione e per lo svolgimento dell'attività da parte delle sezioni regionali, in modo tale che la pronuncia adottata a sua conclusione indichi eventuali incongruenze e possibili soluzioni in tempo utile ⁽¹¹⁾ da permettere all'ente di adottare le conseguenti variazioni di bilancio.

⁽¹⁰⁾ Sul punto vedi CONDEMI, *La gestione economica dell'ente locale*, Milano, 2000, che a pagina 180 afferma: «...il bilancio di previsione annuale conserva la sua natura autorizzatoria, nel senso che, come per la generalità dei bilanci di competenza finanziaria, tutte le spese e tutte le entrate possono essere effettuate se ed in quanto previste dallo stesso bilancio...».

⁽¹¹⁾ La sezione delle Autonomie della Corte dei conti, nel definire le linee guida per la compilazione delle relazioni relative al bilancio preventivo 2007 ha stabilito che: «Lo scopo delle pronunce comporta che quelle riguardanti il bilancio di previsione 2007, devono essere portate a conoscenza degli enti in tempo utile per permettere ai consigli comunali o provinciali di adottare i provvedimenti occorrenti per eliminare le irregolarità segnalate dalla Sezione, considerando che, ai sensi dell'articolo 175, comma 3, T.U.E.L. n. 267/2000 le variazioni al bilancio di previsione possono essere deliberate non oltre il 30 novembre di ciascun anno». Nel caso in esame il magistrato contabile ha avuto cura di adottare la propria pronuncia in tempo utile per permettere all'ente controllato di apportare modifiche al bilancio, depositando la medesima in data 16 novembre.

Concludendo sul punto occorre riferirsi alla natura di questa forma di verifica e all'esito che il legislatore ha previsto per essa. Come già accennato quest'attività della Corte dei Conti si inserisce nell'alveo della legge La Loggia, e, quindi, nel modello del controllo di tipo collaborativo. Tuttavia si rileva che il suo esito non è costituito da un referto indirizzato esclusivamente al consiglio dell'ente controllato, come avviene per il controllo sulla gestione, bensì da una specifica pronuncia ⁽¹²⁾, nella quale la sezione regionale indicherà le criticità riscontrate e solleciterà l'amministrazione interessata ad adottare le conseguenti misure correttive. Sempre la sezione regionale vigilerà in seguito sul rispetto da parte dell'ente dei vincoli posti dal legislatore alla gestione per il caso in cui siano violate le norme usate come parametro e sull'adozione delle suddette misure correttive.

Da questo impianto normativo emerge con tutta chiarezza la differenza di questo controllo sui documenti contabili, bilancio preventivo e rendiconto, rispetto al controllo sulla gestione. In quel caso, a differenza che in questo, legislatore e dottrina avevano avvertito la necessità di sottolineare la natura meramente collaborativa del controllo, volto non a sanzionare l'amministrazione, bensì a indirizzare la gestione ⁽¹³⁾ secondo i principi di efficienza, efficacia ed economicità, e i parametri utilizzati, appunto questi principi, non prevedevano in sé sanzioni per la loro inosservanza. Tale fenomeno si registra, al contrario, per i principi contabili, il limite all'indebitamento degli enti locali e il patto di stabilità interno, così dando luogo all'applicazione di sanzioni, in caso di loro violazione, in virtù del *decisum* che le accerta, che, di conseguenza, risulta dotata di un'efficacia rafforzata.

Anche nel caso del controllo *ex legge* finanziaria 2006, si sottolinea, non è la pronuncia del magistrato contabile ad imporre le sanzioni, non essendo questa la sua funzione; tuttavia, poiché sono le medesime disposizioni legislative usate come parametro a prevedere effetti negativi per l'ente in caso di loro infrazioni, ove queste vengano accertate dalle sezioni regionali e l'amministrazioni non apportino le necessarie correzioni in tempo utile, quegli effetti non potranno che prodursi.

Sul punto la sezione regionale dell'Umbria, nel caso in esame, ha rilevato che: "[...] la mancata osservanza delle regole del patto, determina [...] l'applicazione [...] automatica di restrizioni di carattere sanzionatorio

⁽¹²⁾ Sui particolari connotati del controllo sui documenti contabili vedi: MALTESE, *I controlli della Corte dei conti: personaggi ancora in cerca d'autore*, cit., 372; e GRECO, *Le innovazioni della legge finanziaria per il 2006 in materia di controlli della corte dei conti sulla gestione degli enti locali*, cit., 1199.

⁽¹³⁾ Cfr. la già citata Corte cost., n. 29/1995: «...il controllo sui risultati della gestione è, prima di tutto, diretto a stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati processi di "autocorrezione" sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali, sia sul piano dei controlli interni».

(vedasi per l'esercizio corrente art. 1, comma 150 con i richiami normativi ivi contenuti), a prescindere dall'entità degli scostamenti effettivamente realizzati. Di queste, secondo un elementare principio di razionalità, va anzi attentamente soppesato l'impatto potenziale sulla regolarità delle gestioni future, anche ai fini della consapevole assunzione delle connesse responsabilità politiche, proprio nelle ipotesi in cui il superamento dei limiti imposti si prefiguri come di minima entità e quindi più agevolmente suscettibile di correzione. Da tale enunciazione emerge chiaramente la forza dell'accertamento compiuto nell'esercizio del controllo, dal quale in virtù della legge derivano sanzioni automatiche in caso di violazione, circostanza, questa, che induce la Corte a sollecitare l'ente ad adottare misure correttive e l'amministrazione ad uniformarsi ai rilievi.

3. *I parametri del controllo: il Patto di stabilità interno*

Volgendo ora l'attenzione ai criteri del controllo si rileva, in via generale, che il controllo finanziario – contabile svolto dalle sezioni regionali ha un triplice parametro⁽¹⁴⁾, corrispondente al contenuto minimo delle relazioni dell'organo di revisione: il rispetto del limite all'indebitamento posto dall'art. 119 Cost., l'osservanza dei vincoli posti di anno in anno dal Patto di stabilità interno alla finanza locale, l'esistenza di gravi irregolarità contabili e finanziarie, rilevate dai revisori e per le quali l'amministrazione non si sia conformata alle indicazioni mosse dai medesimi; e che nel caso di specie la sezione ha rilevato alcune incongruenze solo relativamente al secondo.

⁽¹⁴⁾ Legge finanziaria per il 2006, comma 168 (articolo unico): «Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni di cui al comma 166, comportamenti difforni dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno».

In merito ai parametri previsti dal legislatore e diversi dal patto di stabilità interno, su cui si concentra il presente lavoro, si nota che l'art. 119 Cost. citato stabilisce: «I Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti»; mentre, relativamente all'eventuale presenza di gravi irregolarità contabili e finanziarie, si rimanda a CAROSI, *Le linee guida della Corte dei conti e il concetto di grave irregolarità contabile*, in *Azienditalia*, 2006, 6, 440 ss. e alla delibera n. 6/AUT/06 nella quale si legge: «La gravità della irregolarità contabile della quale la legge pretende la segnalazione, non è tanto da valutare alla stregua delle modalità e/o del grado di scostamento dalla norma, quanto, soprattutto, tenendo conto del rischio di ripercussioni sugli equilibri di bilancio».

Andando ad analizzare il patto di stabilità interno, parametro violato nel caso di specie, si premette che è un complesso normativo, posto di anno in anno dal legislatore nell'ambito della legge finanziaria e avente ad oggetto vincoli alla gestione finanziaria degli enti locali e che il medesimo, nel tempo, ha visto mutare sia la propria giustificazione ideologica ⁽¹⁵⁾ sia il contenuto dei vincoli posti agli enti locali ⁽¹⁶⁾.

Ponendo particolare attenzione al Patto di stabilità per l'anno finanziario

⁽¹⁵⁾ Sul punto si rileva la giustificazione del Patto di stabilità è così mutata da cambiare la natura di tale sistema normativo: questo, introdotto dalla legge finanziaria per il 1999 allo scopo di far cooperare gli enti territoriali al perseguimento degli obiettivi posti dalla CE all'Italia in termini di debito pubblico e bilancio, è stato in seguito trasformato in strumento di coordinamento della finanza nazionale, e parallelamente e, in un certo senso, conseguentemente, è mutata anche la modalità di formulazione di tali vincoli, in quanto si è passati da una determinazione concordata tra i vari soggetti istituzionali coinvolti, alla più volte stigmatizzata, imposizione eteronoma ed unilaterale dal livello di governo centrale.

Ciò, in particolare, è testimoniato dalla normativa stessa, in quanto mentre la Legge finanziaria per il 1999, art. 28, comma 1 affermava: «Nel quadro del federalismo fiscale...le regioni, le province autonome, le province, i comuni e le comunità montane concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica che il paese ha adottato con l'adesione al patto di stabilità e crescita, impegnandosi a ridurre progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese e a ridurre il rapporto tra il proprio ammontare di debito e il prodotto interno lordo...»; successivamente, la Legge finanziaria per il 2005 comma 21, (articolo unico) ha statuito: «Ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica, le regioni, le province, i comuni con popolazione superiore a 3.000 abitanti, nonché le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti concorrono... alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2005 – 2007 con il rispetto delle disposizioni di cui ai commi da 22 a 53, che costituiscono principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli art 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione. Si rileva che nel tempo sono mutati anche i vincoli posti dal medesimo patto di stabilità interno e che i medesimi hanno subito una sorta di un'evoluzione ciclica in quanto si è passati da obiettivi in termini di saldi, previsti in modo analogico a quanto disposto dalla normativa comunitaria in materia, a tetti alla spesa, posti più per ragioni di contenimento della spesa pubblica che per una reale funzionalità rispetto all'osservanza dei vincoli CE, per tornare infine a obiettivi specifici per ciascun ente calcolati sulla base di entrambi i suddetti criteri.

⁽¹⁶⁾ In merito alle numerose modificazioni subite dal patto di stabilità interno si rinvia a: BALASSONE, DEgni, SALVEMINI, *Regole di bilancio, patto di stabilità interno e autonomia delle amministrazioni locali*, in *Rassegna Parlamentare*, 2002, 3, 719 ss.; PEREZ, *I nuovi contenuti del patto di stabilità interno*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 362 ss.; BARBERO, *Il patto che verrà*, in *www.federalismi.it*, 2006, 18; ARRIGONI, *La riforma del patto di stabilità e crescita quali prospettive per l'Italia*, in *Riv. amm.*, 2006, 766 ss

2006 ⁽¹⁷⁾, applicato nella pronuncia in oggetto, si rileva che questo poneva quali vincoli tetti alla spesa sia di parte corrente che di parte capitale con un lungo elenco di esclusioni, tra cui quella per la spesa di personale, giustificata dall'esistenza di limiti specifici e che ha dato luogo ai problemi applicativi che saranno ora analizzati.

4. *Le incongruenze riscontrate nel caso di specie*

La Sezione regionale per l'Umbria, andando ad analizzare la relazione dell'organo di revisione contabile, ha rilevato talune incongruenze nel bilancio di previsione rispetto ai parametri e, in particolare, il superamento del limite alla spesa per il personale, specificamente previsto dalla legge finanziaria per il 2006.

In seguito ha avviato il contraddittorio con l'amministrazione interessata che, per rientrare nel suddetto parametro, ha modificato la modalità di gestione del servizio delle farmacie comunali. Questo, che in precedenza era svolto in economia e, quindi da dipendenti dell'ente, era stato affidato a una società a totale partecipazione pubblica, presso la quale era stato distaccato il suddetto personale.

Tale operazione non comportava problemi in termini di equilibri di bilancio giacché il costo del personale distaccato rimaneva soltanto formalmente a carico del comune, mentre era rimborsato dalla società affidataria. Questa operazione, finanziariamente neutra, ha tuttavia comportato la violazione del Patto di stabilità interno per l'anno 2006 che riportava, si ripete, vincoli in termini di spesa, a nulla rilevando il profilo dell'entrata.

La spesa in oggetto, che avrebbe portato al superamento del limite posto a quella per il personale, una volta rimborsata dalla società esterna non sarebbe infatti più potuta rientrare fra le spese escluse e, pertanto lo stesso limite veniva rispettato e, contemporaneamente, violato, come afferma il medesimo magistrato contabile: "La scelta compiuta dall'Amministrazione si riflette, tuttavia, sulla corretta quantificazione della spesa assoggettata agli obiettivi programmatici del patto interno di stabilità. Ed infatti, tra le spese da portare in detrazione a tali fini, l'art. 1 comma 142 individua quelle per il personale, in quanto a loro volta soggette a limitazioni derivanti dall'applicazione della specifica disciplina di settore. Ne deriva che detta detrazione è da escludere per quelle voci di spesa che formalmente gravano sul bilancio dell'ente ma che, per essere finanziate con risorse provenienti da altro soggetto, non sono sottoposte ai limiti propri, fissati dai commi 198 e seguenti. Ciò nella considerazione che il profilo dell'entrata non incide in

⁽¹⁷⁾ In merito al patto di stabilità interno per il 2007 vedi: AMBROSANIO, BORDIGNON, *Quanto vale il patto di stabilità interno*, in *www.lavoce.info*, del 12 settembre 2006; PEREZ, *op. loc. ult. cit.*

alcun modo sugli obiettivi del patto. In conseguenza di ciò la Sezione regionale dell'Umbria non ha potuto che rilevare l'incongruenza e sollecitare l'ente ad adottare adeguate misure correttive anche allo scopo di evitare l'applicazione vincoli alla gestione previsti come sanzione ⁽¹⁸⁾.

5. Il servizio delle farmacie comunali

Come già accennato nel paragrafo precedente, il mutamento della modalità di gestione del servizio di farmacia comunale, dal modulo in economia a quello dell'affidamento *in house*, ha causato la violazione dei vincoli posti dal patto di stabilità, perché secondo il primo schema la spesa relativa ricadeva nel computo di quelle per il personale, sottoposte ad apposito limite, in quanto l'attività era svolta direttamente da dipendenti dell'ente locale, mentre nella seconda ipotesi la spesa, rimborsata dalla società affidataria, fuoriusciva dall'elenco delle spese escluse per essere computata tra quelle di parte corrente.

Ciò deriva dalla diversa configurazione istituzionale che nei due casi la gestione del servizio di farmacia comunale assume, nell'alternativa tra attività propria dell'ente svolta dai propri dipendenti o attività di un soggetto terzo, seppur strettamente connesso all'ente locale.

Tuttavia per capire quali siano le problematiche gestorie e finanziarie sottese dall'evoluzione citata, è opportuno porre talune notazioni sulla natura del servizio di farmacia comunale e sulle possibili modalità di esercizio da parte degli enti locali.

Anzitutto occorre evidenziare che è lo stesso legislatore, con la Legge n. 475/1968 a configurare quello farmaceutico come servizio pubblico ⁽¹⁹⁾, di

⁽¹⁸⁾ La legge finanziaria per il 2006, in materia di sanzioni per violazioni del Patto di stabilità interno rinviava alla legge finanziaria per il 2005 che al comma 33 (articolo unico) prevedeva: «Gli enti locali che non hanno rispettato gli obiettivi del patto di stabilità interno stabiliti per l'anno precedente non possono a decorrere dall'anno 2006: a) effettuare spese per acquisto di beni e servizi in misura superiore alla corrispondente spesa dell'ultimo anno in cui si è accertato il rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno, ovvero, ove l'ente sia risultato sempre inadempiente, in misura superiore a quella del penultimo anno precedente ridotta del 10 per cento. Per gli enti locali soggetti al patto di stabilità interno dall'anno 2005 il limite è commisurato, in sede di prima applicazione, al livello di spese dell'anno 2003; b) procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo; c) ricorrere all'indebitamento per investimenti».

⁽¹⁹⁾ Sulle problematiche generali in materia di gestione dei servizi pubblici locali cfr. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004; ID., *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, Parte speciale, Vol. III, Milano, 2003; ID., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; F. SPEZIA, P. MONEA, E. IORIO, *I servizi pubblici locali*, Milano, 2004, 118 ss.

competenza regionale quanto a organizzazione e programmazione e, pertanto, non avente la natura di servizio locale in senso stretto.

Trattasi infatti di un'attività volta a perseguire la tutela di interessi pubblici, in particolare la salute, che nel caso di specie è intestata all'ente locale, ma la medesima, per espressa previsione normativa può essere esercitata sia da privati che dal comune⁽²⁰⁾, nelle forme che si andranno di seguito ad analizzare.

Si aggiunge che, ai sensi del testo unico sugli enti locali⁽²¹⁾, il servizio di cui trattasi non può che essere collocato tra quelli aventi rilevanza economica, poiché destinato ad essere finanziato dai ricavi dell'attività stessa, provenienti o direttamente dagli utenti o dalle a.s.l., che per le regioni sono responsabili del suddetto servizio e sono convenzionate con tutti i soggetti esercenti. Tale definizione comporta l'applicazione dei modelli gestori⁽²²⁾ espressamente disciplinati dal testo unico per gli enti locali per questo tipo di servizi, con le necessarie integrazioni con la specifica normativa di settore, individuata nella legge n. 475/1968. Questa, che prevede la possibilità di scegliere a monte tra l'affidamento del servizio a privati o al comune, per quest'ultima ipotesi compie un rinvio alla legge n. 142/1990, interpretato unanimemente dalla dottrina in senso dinamico, vale a dire riferito alla normativa realmente vigente in un dato momento storico⁽²³⁾.

Poste questa premesse, si rende evidente la necessità di coniugare la citata disciplina di settore che, in particolare, prevede la possibilità di affidare il servizio a società miste pubblico – private in cui il socio privato è

⁽²⁰⁾ Vedi MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di DE PRETIS, Trento, 2006, 7 ss.; COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, cit., 26 ss.

⁽²¹⁾ Sul concetto di servizio pubblico vedi CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 1, pt. 2, 139 ss. e IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2004, 68 ss.

⁽²²⁾ In tema di modelli di gestione dei servizi pubblici locali v. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 83 ss.; PIGNATARO, *I servizi pubblici nel nuovo sistema delle autonomie*, Cedam, Padova, 2004, 175 ss.; CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 5, 1232 ss.; CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2003, 3, 513 ss.; MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazioni: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 37 ss.

⁽²³⁾ Cfr., *amplius*, DE PRETIS, *La gestione delle farmacie comunali in forma societaria. Modelli generali e modelli di settore*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, cit., 65 ss.

costituito da farmacisti già dipendenti comunali, con le disposizioni generali in materia. Le medesime, modificate nel 2003 allo scopo di adeguare la normativa interna ai principi comunitari in materia di concorrenza, prevedono per l'esercizio dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ⁽²⁴⁾ tre possibili modelli: l'affidamento a una società privata ⁽²⁵⁾ individuata mediante gara a evidenza pubblica, oppure a una società mista pubblico – privata in cui il socio privato sia individuato mediante gara a evidenza pubblica e possa rimanere entro la compagine sociale solamente per un tempo determinato e, infine, l'affidamento diretto secondo il modello c.d. *in house* ⁽²⁶⁾, vale a dire a una società a totale partecipazione pubblica, sulla quale l'ente eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'ente controllante.

Tali modelli, diversi da quelli previsti in precedenza, dato l'assoluto *favor* mostrato dal legislatore per il modello societario ⁽²⁷⁾, a scapito di quello in economia, nonché dell'istituzione e dell'azienda speciale, devono essere necessariamente applicati dagli enti locali a partire dal 2006, con graduale trasformazione delle modalità di gestione precedentemente utilizzate.

Tuttavia i citati modelli, per il servizio di cui trattasi, non possono essere applicati puramente e semplicemente, in quanto, come già detto, è necessario integrarli con la specifica disciplina ⁽²⁸⁾ di settore.

⁽²⁴⁾ In via generale per la gestione dei servizi pubblici locali il T.U.E.L. prevede all'art. 113 comma 5: «L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con riferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

⁽²⁵⁾ Sul punto URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 179 ss.

⁽²⁶⁾ ROVERSI MONACO, *I caratteri della gestione in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 12, 1371 ss.

⁽²⁷⁾ Si rileva ad oggi la materia dei servizi pubblici è oggetto di ulteriori ipotesi riformatrici, essendo intervenuto nell'agosto 2007 il c.d. disegno di legge Lanzillotta. Tale proposta legislativa si pone nell'alveo della citata tendenza al pieno rispetto dei principi della concorrenza, in conformità con l'ordinamento comunitario, nonché dell'applicazione più generalizzata possibile del modello societario e dell'affidamento dell'esercizio dei servizi pubblici locali e società private mediante gara a evidenza pubblica.

⁽²⁸⁾ Vedi COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie*

Anzitutto si ritiene inapplicabile l'affidamento del servizio a una società privata da parte del comune, perché, come anticipato, la scelta tra titolare del servizio pubblico o privato è compiuta a monte in fase di organizzazione e ciò rende assolutamente inconcepibile il doppio passaggio, dalla Regione al comune e da questo al privato.

In secondo luogo la società mista pubblico – privata non potrà vedere quale socio privato una società in quanto, trattandosi di attività di tipo professionale – liberale non può essere esercitata da società di capitali, come statuito dal testo unico sugli enti locali, ma solamente da società di persone, come tali non idonee a entrare nella compagine sociale *de qua*. Al contrario, questo secondo modello potrà essere realizzato secondo quanto disposto dalla normativa di settore, vale a dire con l'individuazione del socio privato nei farmacisti ex dipendenti comunali e tale modalità, si ritiene, non andrà a violare i principi sulla concorrenza, poiché tali soggetti erano stati scelti in origine mediante concorso pubblico.

Rimane infine da analizzare l'attuazione dell'archetipo c.d. *in house* che ha dato luogo ai problemi applicativi visti nella pronuncia in commento. L'ente controllato, di fronte alla possibilità di modificare la modalità di gestione in precedenza adottata, ha scelto di non percorrere la strada della privatizzazione ⁽²⁹⁾ fino in fondo, ma si è fermato a metà.

L'amministrazione locale, infatti, pur abbandonando la gestione in economia in conformità delle prescrizioni di legge, a favore del modello c.d. *in house*, non ha distinto pienamente l'organizzazione interna di questi rispetto all'ente controllante, poiché anziché trasferire al medesimo il personale già impiegato, ha preferito limitarsi a distaccarlo presso di esso.

Ciò ha comportato gli effetti finanziari anomali evidenziati dalla pronuncia della sezione regionale dell'Umbria. Qualora l'ente avesse trasferito il proprio personale presso la società, avrebbe interrotto ogni legame con tali soggetti che, pertanto non avrebbero più gravato sul bilancio del comune e non avrebbero comportato la violazione del tetto previsto per le spese di parte corrente. Al contrario, limitandosi a distaccare il proprio personale, il comune lo ha mantenuto nell'ambito del proprio organico, determinando, in tal modo, la persistenza, almeno formale, dei relativi oneri a carico del proprio bilancio e, di conseguenza, le violazioni del patto di stabilità interno già viste.

6. Conclusioni

Preso atto di quanto rilevato dalla Sezione regionale nel caso di specie,

comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, cit., 26 ss.

⁽²⁹⁾ Sul concetto di esternalizzazione vedi PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.

nonché della disciplina applicata, si possono proporre talune considerazioni conclusive rispetto al patto di stabilità interno, parametro del controllo e vincolo stringente all'autonomia finanziaria degli enti locali.

Appaiono evidenti sia la macchinosità di limiti riferiti alla spesa, senza tener conto dell'entrata, che la difficoltà di definire con certezza quali sono le spese escluse, ai sensi del lungo elenco previsto dalla legge finanziaria. Per queste ragioni, devono essere salutate con favore le recenti modifiche al Patto di stabilità interno, introdotte a partire dall'anno finanziario 2007 e recanti la previsione di obiettivi finanziari calcolati in modo specifico per ciascun ente ⁽³⁰⁾, sulla base dei parametri della spesa e del miglioramento della media dei saldi dei tre anni precedenti, obiettivi facilmente individuabili grazie a tabelle fornite dal Ministero dell'economia e delle finanze, soggetto deputato anche all'attività di monitoraggio.

Analogamente è da accogliere con favore la previsione della delega al governo, recentemente adottata, della disciplina di un procedimento per la definizione concordata degli obiettivi di finanza pubblica tra i diversi livelli di governo coinvolti.

Tale procedimento, ove effettivamente introdotto e utilizzato, garantirebbe il coinvolgimento nella definizione del Patto di stabilità interno dei suoi effettivi destinatari, e, pertanto, il definitivo riconoscimento anche nella prassi dell'autonomia loro riconosciuta in Costituzione, nonché sicuri effetti positivi in termini di osservanza.

Infine si rileva che a partire dall'anno finanziario 2007 le previsioni ⁽³¹⁾ del bilancio preventivo devono essere conformi al patto di stabilità interno già al momento dell'approvazione e, in questo modo, il controllo del magistrato contabile è sicuramente facilitato.

BARBARA MINENTI

⁽³⁰⁾ Vedi PEREZ, *Gli interventi sulla finanza locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 249 ss.

⁽³¹⁾ Vedi FONTANA, M. ROSSI, *Una stabilità in bilico o un equilibrio instabile? Le possibili tinomie tra patto di stabilità e pareggio di bilancio*, in *LexItalia.it*, 2007, 1.

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

DIRITTO PRIVATO EUROPEO E CAPACITÀ NEGOZIALE DELLE UNIVERSITÀ

ROBERTO CIPPITANI e VALENTINA COLCELLI ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. *Limiti alla capacità negoziale delle università.* 2. *I contratti ad “interesse prevalente della controparte”.* 3. *I contratti senza prestazioni corrispettive.* 4. *La partecipazione delle università ai contratti di società.* 5. *Università e pubblici appalti.* 6. *La capacità negoziale delle università nel diritto comunitario.* 7. *Conclusioni.*

1. Limiti alla capacità negoziale delle università

Nel diritto italiano le fonti riconoscono alle università e agli enti di ricerca la personalità giuridica e attribuiscono ad essi l'autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile (rispettivamente art. 6 e art. 8 della legge 168/1989). La personalità giuridica di tali soggetti è regolata dai propri statuti e regolamenti (soprattutto il regolamento di amministrazione, finanza e contabilità⁽²⁾) e dalle leggi dello stato (per le università è specificato che dette leggi devono riguardare espressamente gli atenei).

Spesso le leggi e la disciplina interna di tali soggetti sembrano porre limiti alla capacità negoziale dei soggetti in parola. In effetti, la disciplina contrattuale delle università e degli enti di ricerca riguarda soprattutto i contratti con i quali tali soggetti acquistano beni e servizi⁽³⁾; sono poche le disposizioni

⁽¹⁾ Il presente lavoro è stato realizzato insieme dai due autori; in ogni modo i paragrafi 1, 2, 3, 6 sono attribuibili a Roberto Cippitani, e i paragrafi 4, 5, 7 a Valentina Colcelli.

⁽²⁾ Qualora non sia stato approvato lo specifico regolamento, si applica la disciplina esistente e, in particolare, il d.P.R. 4 marzo 1982, n. 371. Il decreto, negli articoli 74 e 75 e 93, prescrive le procedure interne per istituti e dipartimenti universitari.

⁽³⁾ È emblematico che il titolo III del d.P.R. 4 marzo 1982, n. 371, intitolato ai «Contratti», riguardano gli appalti, le forniture, le vendite, le permuta, l'acquisto di servizi.

che prevedono esplicitamente la possibilità per le università di stipulare contratti di contenuto diverso, ma soltanto in ipotesi determinate.

Si pensi all'art. 66, d.p.r. 11 luglio 1980 n. 382, rubricato «Contratti di ricerca, di consulenza e convenzioni di ricerca per conto terzi»⁽⁴⁾, in base al quale le università possono «eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati»⁽⁵⁾. Questa disposizione è stata interpretata dal Ministero competente (art. 1, 2° co., d.m. 30 dicembre 1981) nel senso che i contratti in parola sono quelli che prevedono «prestazioni eseguite dalle università, avvalendosi delle proprie strutture, che non rientrano nei compiti istituzionali delle università stesse, ed in cui l'interesse del committente è prevalente». I contratti «conto terzi», come sono poi indicati nella regolamentazione interna e nella prassi, identificano la cosiddetta «attività commerciale» delle università, contrapposta all'attività istituzionale⁽⁶⁾. Nell'interpretazione corrente, desumibile dai regolamenti e dalla prassi degli atenei, sono considerati contratti per conto terzi quelli con prestazioni corrispettive⁽⁷⁾. I contratti senza prestazioni corrispettive sarebbero da ricondurre sempre nell'attività istituzionale; quest'ultima, inoltre, non potrebbe comprendere i contratti a titolo oneroso.

Le due tipologie di attività ricevono una disciplina interna diversa: in particolare per l'attività commerciale è prevista l'incentivazione del personale docente e non docente, ai sensi del 3° co. del citato art. 66, d.P.R. 382/1980; inoltre è stabilito un prelievo in favore dell'amministrazione della struttura universitaria e dell'amministrazione centrale, solitamente maggiore del prelievo previsto per l'attività istituzionale. Nella prassi interpretativa, inoltre, molto spesso da questa distinzione tra attività com-

⁽⁴⁾ Sull'art. 66 v.: Lanza, *L'attività di ricerca e consulenza per conto terzi*, in *Manuale di Legislazione Universitaria*, Napoli, 1992, 561 ss.; FULCINITI, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, 1993, Milano, 168 ss.; SALVINI, *Attività di ricerca e consulenza svolta dalle università per conto terzi: note sull'art. 66 comma 1, d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382*, *Arch. giur.*, 1983, 1-3, 91 ss.; CALABRÒ, *Sui limiti della possibilità dei Dipartimenti universitari di partecipare a pubblici appalti*, *Foro amm. TAR*, 2002, 7-8, 2572.

⁽⁵⁾ V. anche l'art. 49, 1° co., r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, per il quale «gli Istituti scientifici delle Università e degli Istituti superiori, compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze».

⁽⁶⁾ Esempi dell'utilizzo delle espressioni «attività commerciale» e «attività istituzionale» si trovano nella disciplina interna di tutte le università italiane. A titolo di esempio v. il regolamento di amministrazione, finanza e contabilità (di seguito RAFC) dell'Università degli Studi di Perugia, in particolare l'art. 106. (Attività commerciale: convenzioni e prestazioni conto terzi).

⁽⁷⁾ In particolare gli artt. 77 e 78 del d. P. R. 4 marzo 1982 n. 371, Regolamento per l'amministrazione e la contabilità generale delle Università e degli Istituti di Istruzione Universitaria, stabiliscono che i contratti conto terzi siano a «titolo oneroso».

merciale e attività istituzionale, si fanno derivare anche conseguenze di altro genere come quelle fiscali. In particolare si ritiene che i contratti considerati nell'attività commerciale sarebbero soggetti all'imposta sul valore aggiunto, mentre sarebbero esclusi i rapporti attratti all'area dell'attività istituzionale.

In base a questa impostazione, ci si chiede se le università possano validamente stipulare contratti senza prestazioni corrispettive, e se è corretto affermare che debbano essere disciplinati in modo differente dai contratti che rientrano nella richiamata classificazione.

Si pensi ai contratti con gli enti finanziatori nell'ambito dei programmi comunitari, nazionali o internazionali, che sono generalmente considerati come un'attività di carattere istituzionale⁽⁸⁾.

Non sembrano rientrare nella previsione di cui all'art. 66 citato, inoltre, i contratti di tipo associativo, che le università sono solite stipulare per regolare una collaborazione scientifica e didattica con altre università o altri enti pubblici e privati. Questi accordi sono stipulati per realizzare corsi di studio (per esempio, corsi laurea, master o dottorati congiunti) o per partecipare a programmi di finanziamento (chiamati, di volta in volta, associazioni temporanee di scopo, *consortium* o *cooperation agreement*, e così via).

Un'altra disposizione che sembra limitare la capacità negoziale delle università è l'art. 91-*bis* del citato d.P.R. n. 382/1980 che stabilisce che «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale». La possibilità di partecipare alle società di capitali è limitata al caso in cui detta partecipazione sia finalizzata alla «progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651». Inoltre la partecipazione delle università è ammissibile solo se: «a) la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; b) l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico; c) sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; d) le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; e) ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza». Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato⁽⁹⁾,

⁽⁸⁾ V., per esempio, l'11 co. del già citato RAFC dell'Università di Perugia: «non rientrano nell'ambito di applicazione del presente articolo i finanziamenti erogati alle strutture dell'Ateneo da Enti pubblici e da privati, finalizzati al conseguimento di risultati in cui sia dimostrato il prevalente interesse dell'Università».

⁽⁹⁾ Consiglio di Stato, sezione II, parere n. 1145 del 5 giugno 1996, in *Rass. cons. stato*, 1997, I, 615.

fisserebbe i principi generali per la partecipazione delle università alle società di capitali⁽¹⁰⁾.

Un'ulteriore presunta limitazione alla capacità negoziale delle università, come di altri enti pubblici e non *profit*, è quella riguardante la legittimazione alla partecipazione ai pubblici appalti. Un certo pensiero espresso in giurisprudenza e nella prassi amministrativa sembra negare la legittimazione delle università a partecipare ai pubblici appalti. Di particolare rilievo, per le sue potenziali implicazioni pratiche, è la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenente "istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. Sistema Aree Regionali Ambientali".

La questione sottoposta all'Autorità era se potessero considerarsi "operatori economici" ai sensi dell'art. 34 del d. Lgs. n. 163/2006, e quindi partecipare agli appalti per servizi anche liberi professionisti associati, società di professionisti, nonché "raggruppamenti temporanei di Enti pubblici e privati, Università, dipartimenti universitari, istituti di ricerca".

Secondo l'Autorità la nozione di "operatore economico" è legata a quella di "esercizio professionale di una attività economica" e che a tale proposito "Giovane richiamare...l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale "imprenditore" è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi". Da tali rilievi deriverebbe che "le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non [rientrano] in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza". Con un principio che, a parere dell'Autorità, va applicato anche agli enti pubblici e, valutata la questione caso per caso, anche agli Istituti di ricerca.

L'esclusione delle Università dalla nozione di "operatore economico", inoltre, dipenderebbe dalla circostanza che tali soggetti non sono considerati nella elencazione, da considerare tassativa, di cui all'art. 34 del codice degli

⁽¹⁰⁾ Ulteriori ipotesi verrebbero stabilite dalla legge, come nel caso dell'art. 27 L. 5 ottobre 1991, n. 317, che riguarda le società consortili miste, aventi «come scopo statutario la prestazione di servizi per l'innovazione tecnologica, gestionale e organizzativa delle piccole imprese industriali, commerciali, di servizi e alle imprese artigiane di produzione di beni e servizi» (art. 27, comma 1). In queste società possono partecipare le università, il CNR, l'ENEA, le camere di commercio, istituti e aziende di credito, altri enti pubblici, privati che operano nel settore della ricerca e associazioni sindacali e di categoria (art. 27, comma 2). Le imprese artigiane e le piccole imprese devono essere titolari, complessivamente, di più della metà del capitale sociale (art. 27, comma 4). In questo caso specifico, quando si tratti di università, dovranno applicarsi le regole stabilite dal citato art. 91 bis d.P.R. 382/1980.

appalti, che avrebbe ribadito quanto già stabilito dall'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (v. sul punto anche le deliberazioni n. 83/2007 e 179/2002 in cui si afferma che "stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989"⁽¹¹⁾).

Quelle che precedono sono tra le principali ipotesi in cui si potrebbe ravvisare una limitazione della capacità negoziale delle università. Si tratta di verificare se tali limitazioni siano coerenti con il diritto vigente.

2. I contratti ad "interesse prevalente della controparte"

Come si è visto, il d.m. 30 dicembre 1981 prevede che le università possano stipulare contratti in cui vi sia un «interesse prevalente» della controparte. Si tratterebbe di contratti con prestazioni corrispettive, in base ai quali le università percepiscono un corrispettivo a fronte dell'esecuzione di prestazioni di carattere scientifico e didattico.

La disciplina in commento, tuttavia, non individua i contratti delle università in base al carattere corrispettivo o meno delle prestazioni in essi dedotte.

Innanzitutto perché la nozione di «interesse prevalente», introdotta dal decreto in parola, appare problematica sotto il profilo del diritto civile. Manca un criterio legale, nella stessa disciplina in commento, per stabilire quando

⁽¹¹⁾ L'art. 34 citato infatti stabilisce che "sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d. lgs. 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37".

un interesse possa ritenersi prevalente rispetto ad un altro. Generalmente un giudizio di prevalenza è richiesto quando bisogna decidere sul conflitto tra soggetti portatori di interessi tra loro diversi. Non sembra che in un contratto tra una università ed un altro soggetto possa parlarsi di conflitto tra interessi, tra i quali preferire uno piuttosto che l'altro. In ogni modo non sembra che in un contratto con prestazioni corrispettive si possa parlare di interessi di una parte che prevalgono su quelli dell'altra; semmai gli interessi sono considerati diversi, ma comunque posti su di un piano di parità.

Inoltre l'art. 66 del d.P.R. 382/1980, in realtà, prende in considerazione contratti per «eseguire attività di ricerca e consulenza» senza specificare che questi contratti siano con prestazioni corrispettive o meno.

Non è decisivo neppure il riferimento alla circostanza che i contratti siano per «conto terzi». Nel diritto civile quando ci si riferisce ad un soggetto che svolge un'attività per conto di un altro, il primo compie atti che hanno rilevanza per la sfera giuridica del secondo; sia che ciò avvenga in base ad un contratto (è l'ipotesi del mandato, art. 1703 ss. c.c.), sia che si realizzi per altri fondamenti considerati legittimi (è il caso della gestione degli affari altrui, di cui all'art. 2028 ss. c.c., dell'espromissione e dell'accollo, previste dagli artt. 1272 e 1273 c.c.). Ma un tale significato sarebbe in contrasto con la stessa rubrica ed il contenuto dell'articolo 66, riguardanti non certo fattispecie come il contratto di mandato o la gestione di affari altrui, ma contratti che hanno per oggetto la ricerca e la didattica.

Anche il significato civilistico usuale dell'espressione «terzi» (v. per esempio gli artt. 1372, 2° co., e 1411 ss. c.c.), non appare coerente con la stessa rubrica e con il testo della disposizione in commento.

Se letta sotto il profilo delle categorie di diritto civile, pertanto, la disciplina universitaria non varrebbe ad individuare una categoria di contratti, neppure se ci si riferisce all'ampia categoria dei contratti con prestazioni corrispettive. Infatti, anche se i regolamenti degli atenei volessero prendere in considerazione soltanto i contratti con prestazioni corrispettive, non sarebbe corretto escludere aprioristicamente, come si è detto, i contratti con gli enti finanziatori. Alcuni di questi contratti, infatti, assumono la forma di contratti di appalto, quindi a titolo oneroso, come accade sovente nei programmi di finanziamento comunitari, accanto ad altre tecniche contrattuali come le sovvenzioni⁽¹²⁾.

Occorre ricostruire il senso dell'articolo in commento nel particolare contesto, che è quello della legislazione universitaria.

L'art. 66 del d.P.R. 382/1980, nell'impianto originario, costituiva effettivamente una limitazione alla capacità negoziale delle università, così

⁽¹²⁾ Per una definizione di appalti e di sovvenzioni nel diritto comunitario v. rispettivamente gli artt. 88 e 108 del regolamento del Consiglio n. 1605/2002. Sul punto ci si permette di rinviare a CIPPITANI, *I contratti per l'attuazione dei programmi comunitari*, in PALAZZO, SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 586.

come altre disposizioni della stessa legge⁽¹³⁾. In particolare si affermava la capacità delle università di essere parti di contratti, ma nel rispetto delle finalità didattiche e scientifiche proprie degli atenei⁽¹⁴⁾.

Dalla prospettiva del legislatore del 1980, così come era accaduto per quello del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore, una tale cautela appariva necessaria soprattutto per contratti da considerare eccezionali rispetto a quella che era considerata la normale attività degli atenei (che è l'attività «istituzionale», di cui parla il d.m. 30 dicembre 1981). Si tratta di quei contratti che hanno per oggetto attività di ricerca e più in generale attività di consulenza, dietro il pagamento di un corrispettivo («provento», nella terminologia adottata dall'art. 66), tra i quali, soprattutto, il contratto d'opera (art. 2222 c.c.) e il contratto di appalto (art. 1655 c.c.). Nella visione del legislatore dell'epoca questi contratti sarebbero i soli a generare risorse che possano essere utilizzate per il pagamento dei compensi aggiuntivi al personale e per la copertura delle spese generali dell'ateneo.

Il decreto ministeriale di attuazione e la normativa degli atenei, quando richiedono la «prevalenza dell'interesse» della controparte contrattuale, non forniscono un criterio nuovo rispetto alla legge, ma indicano – in modo non certo ineccepibile sotto il profilo tecnico – quei contratti in cui l'interesse del committente è ricevere l'opera dell'università, mentre quello dell'ateneo consiste soprattutto nella percezione di una somma di denaro. Qui «interesse prevalente» sta per indicare che il committente richiede l'opera dell'università e quindi il suo interesse caratterizza il rapporto⁽¹⁵⁾: in questo senso è considerato prevalente.

Visto il senso della disposizione, non sarebbe corretto dare all'art. 66 una portata più ampia di quella che ha. Essa non limita certo la capacità negoziale degli atenei ai contratti ivi considerati. L'art. 66, semmai, pone dei limiti alla distribuzione di incentivi al personale e stabilisce l'obbligo di destinare le risorse generate dai contratti di consulenza ad alcuni scopi⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ V. per esempio, l'art. 91 *bis* d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, inserito dall'art. 13 legge 9 dicembre 1985, n. 705, che prevede la facoltà da parte delle università di partecipare a consorzi o a società di capitali per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca, finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico, nel rispetto di tutta una serie di limiti.

⁽¹⁴⁾ Al minimo, infatti, appare frutto di un equivoco del decreto ministeriale del 31 dicembre 1981 quello di tradurre l'espressione «purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica» dell'art. 66 con la richiesta che i contratti «per conto terzi» debbano non rientrare «nei compiti istituzionali delle università stesse».

⁽¹⁵⁾ Analogamente a quanto accade nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge nazionale applicabile alle obbligazioni contrattuali (v. art. 4), la «prestazione» di una delle obbligazioni viene isolata e considerata «caratteristica», al fine non certo di applicare la disciplina sulla corresponsività, ma di stabilire la legge applicabile.

⁽¹⁶⁾ Come dimostra la, seppur scarsa, giurisprudenza contabile sulla disposizione, che si occupa principalmente di delimitare l'utilizzo delle risorse derivanti dai

Peraltro, le esigenze alla base dell'art. 66 citato possono oramai manifestarsi con riferimento ad un ampio ventaglio di contratti, seppure non riconducibili a quelli "conto terzi" nel senso sopra evidenziato. Questioni, come quelle dell'incentivazione e del prelievo in favore dell'amministrazione centrale, possono essere trattate, per esempio, con riferimento ai contratti con gli enti finanziatori. I compensi accessori e la quota di spese generali potranno essere determinate ogni qualvolta l'attività dell'università genera risorse, il che è possibile in astratto per tutti i programmi di finanziamento, indipendentemente dalla tecnica contrattuale adottata, siano essi appalti o sovvenzioni.

Il potere di regolare la materia in parola è oggi esplicitamente ammesso, sia dall'art. 7, 1° co., l. 168/1989, sia dall'art. 4, 5° co., l. 19 ottobre 1999, n. 370 «Disciplina della materia da parte delle singole università» prescrive che «la materia di cui all'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, è rimessa all'autonoma determinazione degli atenei, che possono disapplicare la predetta norma dalla data di entrata in vigore di specifiche disposizioni da essi emanate», determinando un'autonoma capacità applicativa da parte degli atenei⁽¹⁷⁾.

3. I contratti senza prestazioni corrispettive

Dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente discende che la corrispettività non può essere assunta a fondamento necessario dell'attività negoziale delle università.

Ciò detto, non sembrano esserci limiti giuridici generali alla stipula di contratti a causa associativa e altri contratti senza prestazioni corrispettivi.

Oltre a quanto si dirà a proposito della partecipazione delle università alla società, si pensi agli accordi di collaborazione variamente denominati (*Consortium Agreement*)⁽¹⁸⁾, Associazioni temporanee di scopo, e così via) che hanno l'obiettivo di attuare una collaborazione tra atenei, imprese e altri soggetti per realizzare progetti o iniziative in settori quali la ricerca,

contratti. V. Corte dei conti, Sez. Contr., det. n. 4, del 10 gennaio 1991, Università degli studi di Siena (p.d. 103134); Id., Sez. Contr., det. n. 2152 del 6 luglio 1989, Università degli studi Tor Vergata di Roma (p.d. 103087); Id., Sez. Contr., det. n. 1912 del 17 marzo 1988, Università degli studi di Roma (p.d. 102350).

⁽¹⁷⁾ Solo alcune università hanno iniziato a disciplinare la partecipazione ai programmi di finanziamento. Tra queste va ricordato il regolamento per la partecipazione ai programmi di finanziamento (dell'Unione Europea, dei ministeri, degli enti territoriali, delle fondazioni e di altri enti pubblici e privati) del Politecnico di Torino, emanato con d.r. n. 832 del 22 dicembre 2005, in vigore dall'1° gennaio 2006. Nel già citato RAFC dell'Università di Perugia, l'art. 116 – Contratti con l'Unione Europea, stabilisce che "la disciplina dei contratti stipulati con le istituzioni dell'Unione Europea, aventi per oggetto attività di ricerca, di formazione e altre attività inerenti l'attuazione di tutti i programmi comunitari, è demandata ad apposito regolamento approvato dal Consiglio di Amministrazione".

⁽¹⁸⁾ V. CIPPITANI, *Il Consortium Agreement*, in CIPPITANI, FULCI, *I programmi comunitari per la ricerca l'innovazione*, Perugia, 2007, 247 ss.

l'istruzione e la formazione professionale. Generalmente questi contratti, prevedono l'attribuzione di un mandato in favore del soggetto capogruppo (con rappresentanza, collettivo, solitamente a titolo gratuito, nell'interesse dello stesso mandatario) e dell'obbligo di partecipare alla realizzazione dell'attività prevista, nonché dell'esecuzione delle obbligazioni strumentali (come quella di rendicontazione e relazione). I contratti in parola rientrano nella categoria degli accordi di collaborazione, tipizzati nell'ordinamento nazionale soprattutto nel caso diano luogo a nuovi soggetti di diritto (v. la disciplina della società, del consorzio con attività esterna, dell'associazione) e che si sono diffusi ad opera della prassi contrattualistica internazionale attraverso il modello della *joint venture*. Tali contratti, che si considerano in generale ammissibili dall'ordinamento (ai sensi dell'art. 1322 c.c.)⁽¹⁹⁾, sono esplicitamente e implicitamente previsti dagli ordinamenti delle università⁽²⁰⁾ e dalla legislazione comunitaria e nazionale, per esempio quella in materia di pubblici appalti⁽²¹⁾ e di programmi di finanziamento.

In questi ultimi, qualunque sia la metodologia di finanziamento utilizzata (appalto, sovvenzione, mutuo, garanzie, partecipazione) l'ente

⁽¹⁹⁾ I contratti di *joint venture* ed in generale i contratti di collaborazione atipici sono stati riconosciuti legittimi nell'ordinamento italiano, anche prima e indipendentemente dalla disciplina comunitaria, in materia di appalti. Il che deriva dalle fonti, nonché da una consolidata interpretazione giurisprudenziale (v., tra le altre, la prima sentenza di legittimità in materia di raggruppamenti: Cassazione 24 febbraio 1975, n. 681 qualifica il raggruppamento tra imprese come rapporto atipico; v. anche Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 1987, n. 246).

⁽²⁰⁾ V. per esempio l'art. 8 dell'Atto di indirizzo dell'attività contrattuale in materia di RS&D dell'Università di Roma "La Sapienza" (emanato con d.r. n. 385 del 15 settembre 2006), in base al quale "possono essere conclusi accordi di collaborazione scientifica con soggetti terzi operanti in settori disciplinari affini; detti accordi potranno prevedere l'erogazione di borse di studio, premi di laurea e/o contributi".

⁽²¹⁾ La fonte che attualmente regola la materia (direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE; per l'Italia v. il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di seguito "Codice degli appalti"), infatti, in coerenza con quanto stabilito dalle direttive precedenti, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con gli "operatori economici", che sono da intendere "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato... la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi". (art. 1, paragrafo 8, direttiva 2004/18/CE). Come suggerito dalla definizione appena riportata, pertanto, si coglie la possibilità per gli operatori economici di partecipare agli appalti, attraverso "raggruppamenti". Per l'articolo 4, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE "i raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi". Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica, almeno in fase di presentazione dell'offerta. Può essere imposta una data forma giuridica al raggruppamento solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto e solo nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

finanziatore predilige o impone che i beneficiari siano costituiti da una pluralità di soggetti eleggibili. In alcuni casi la pluralità dei beneficiari è obbligatoria, come accade in molti programmi comunitari che adottano la metodologia della sovvenzione (del grant), siano essi a gestione diretta (si pensi ai Programmi Quadro di Ricerca e Sviluppo Tecnologico) o a gestione indiretta (per esempio il Fondo Sociale Europeo). Per quanto riguarda i rapporti nell'ambito dei programmi di finanziamento, la base giuridica di essi presuppone un'ampia autonomia negoziale delle università nello stipulare contratti con gli enti finanziatori e altri contratti collegati (v. in seguito)⁽²²⁾.

La prassi inoltre mette in evidenza altre tipologie di contratti senza prestazioni corrispettive, posti in essere dalle università nell'ambito delle proprie attività: si pensi ai comodati di attrezzature scientifiche, alla collaborazione a titolo gratuito per altri enti. Questi accordi trovano una particolare elaborazione nella cooperazione internazionale.

In tutti questi casi le università hanno la piena capacità negoziale, seppure rispettando i principi dell'agire degli enti pubblici⁽²³⁾: la motivazione, il perseguimento delle finalità istituzionali, e ancora il principio di parità, trasparenza e non discriminazione (cfr. art. 2 della direttiva 2004/18/CE)⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Sui contratti collegati al contratto di finanziamento, v. CIPPITANI, *I contratti per l'attuazione dei programmi comunitari*, cit., 651 ss.

⁽²³⁾ Principi mutuati dalla disciplina sugli appalti, come appare evidente nella normativa comunitaria. Infatti il regolamento finanziario dell'Unione europea (regolamento del Consiglio 16/2002 e regolamento della Commissione 2342/2002) fissa il principio per cui tutti i contratti delle istituzioni comunitarie devono richiamarsi alla disciplina degli appalti pubblici (cfr. il ventiquattresimo "considerando" del regolamento 1605/2002, che si riferisce agli appalti e il trentesimo "considerando", che riguarda le sovvenzioni).

⁽²⁴⁾ In questi casi non sembra necessario adottare una vera e propria procedura selettiva per la scelta degli altri contraenti, ma è opportuno che l'università, in qualità di ente pubblico espliciti la scelta di partecipare ad un dato raggruppamento, spiegando come la partecipazione al progetto sia coerente con gli obiettivi istituzionali, quali sono le caratteristiche dei componenti del raggruppamento, la disciplina applicabile, come si intendono regolare i rapporti reciproci, quali sono le risorse impegnate, le somme percepite, l'attività da svolgere e ogni altro elemento utile. Una maggiore attenzione, probabilmente, va posta nel caso in cui la pubblica amministrazione in parola sia promotrice e/o mandataria del progetto e quindi si faccia parte attiva nell'individuazione dei componenti del raggruppamento. L'impostazione qui adottata è confermata dalle pubbliche amministrazioni che hanno stabilito una procedura di partecipazione ai raggruppamenti temporanei. E' il caso dell'Università degli Studi di Firenze e dell'Università degli Studi di Padova. Il regolamento adottato da questa ultima (Decreto Rep. n. 1095 - Prot. n. 21397 del 26 aprile 2006), non stabilisce una procedura selettiva ma un procedimento per evidenziare le motivazioni della partecipazione al raggruppamento. Allo scopo, la struttura che intende partecipare ad un raggruppamento temporaneo deve presentare all'amministrazione centrale una proposta che contenga i seguenti documenti (art. 4):

A fronte di una generale capacità delle università nei contratti senza prestazioni corrispettive, possono essere individuati limiti particolari, dovuti alla natura del contratto.

È il caso degli atti delle donazioni e degli liberalità (art. 819 c.c.). La dottrina gius-amministrativa e in qualche caso la giurisprudenza affermano la capacità di donare degli enti pubblici⁽²⁵⁾.

Sul punto la dottrina civilistica è più prudente⁽²⁶⁾, in quanto lo spirito di liberalità non sembra coerente con la finalizzazione imposta agli enti pubblici in generale⁽²⁷⁾. La liberalità infatti comporta essenzialmente una

“a. (se richiesta dal bando) dichiarazione di impegno a costituire l'associazione temporanea secondo l'allegato modello (Allegato n. 1) che sarà sottoposta alla firma del Rettore quale legale rappresentante dell'Università;

b. copia della bozza dell'atto costitutivo dell'associazione temporanea;

c. copia del bando o di altro atto emesso dall'ente finanziatore che richiede la costituzione dell'associazione temporanea;

d. copia del progetto necessario per concorrere al finanziamento;

e. delibera dell'organo collegiale della struttura universitaria interessata al progetto dalla quale emergano: l'interesse della struttura per il progetto; la compatibilità del progetto con le attività istituzionali; la durata del progetto; il responsabile scientifico; il capofila e i partner; il corrispettivo/contributo che la struttura riceverà; l'impegno della struttura a fornire le risorse (strutture, apparecchiature, personale, ecc.) necessarie per lo svolgimento della parte di progetto affidata all'Università;

f. (in caso di partecipazione al progetto di un Servizio dell'Amministrazione Centrale) decreto del Direttore Amministrativo con i contenuti di cui al punto precedente;

g. (solo nel caso in cui tra gli associati vi siano imprese private) dati sulle imprese coinvolte nell'associazione temporanea, forniti mediante un apposito modello (Allegato n. 2)”.

⁽²⁵⁾ È questa la posizione di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 764 ss., per la mancanza nell'ordinamento di una limitazione della capacità degli enti pubblici. V. sul punto anche PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione, Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 8-9; SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione, Enc. dir.*, IV, Milano, 1954, 11. In modo conforme, la giurisprudenza ammette che gli enti pubblici possano porre in essere donazioni: cfr. Cass., 17 novembre 1953; Cass., Sez. un., 18 gennaio 1955, *Foro it.*, 1955, I, 471; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311; Cass. civ. Sez. Unite, 26-01-2000, n. 6, in *Foro It.*, 2000, I nota di FALCO;

⁽²⁶⁾ Tra gli altri, cfr. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, *passim*, spec. p. 56 s.

⁽²⁷⁾ In giurisprudenza si fa notare, che anche se si deve ammettere la possibilità di compiere atti di liberalità da parte di enti pubblici, questi devono o comunque come essere diretti alla soddisfazione di un interesse pubblico. In ogni modo “quando la Pubblica Amministrazione dispone a favore di altri di un proprio diritto in vista del conseguimento di prestazioni che altri debba eseguire e che essa Pubblica Amministrazione deliberi dover essere eseguite nell'interesse generale, il fine che la muove non è lo spirito di liberalità, ma la cura del detto interesse” (Cass. civ., 7 dicembre 1970, n. 2589, in *Mass. giur. it.*, 1970).

“spontaneità” (come affermava l’art. 1050 c.c. 1865), la mancanza di un obbligo ad adempiere⁽²⁸⁾.

Un riflesso delle perplessità da ultimo citate, si ritrova nella giurisprudenza contabile che qualifica “liberalità” le spese delle università considerate illegittime⁽²⁹⁾, in quanto non riconducibili neppure allo scopo della rappresentanza dell’ateneo.

Discorso diverso è quello del potere di erogare finanziamenti a persone fisiche (borse di studio e di ricerca, prestiti d’onore) e a soggetti diversi (altre università, fondazioni, associazioni). Non si tratta in questi casi di atti di liberalità, ma di erogazioni che dipendono da rapporti a titolo gratuito, che attuano la normativa comunitaria, legge nazionale (cfr. l’art. 12 della legge 241/1990), i regolamenti degli atenei e che trovano fondamento in principi di rango costituzionale, come quello di solidarietà (art. 2 Cost., artt. 2, 3 Trattato CE). In questi casi, l’erogazione finanziaria viene attribuita «solo in quanto rientrano tra i propri fini istituzionali o siano strettamente legati da un rapporto di connessione o strumentalità con gli stessi»⁽³⁰⁾.

4. Le limitazioni alla partecipazione delle università alla società

Per ragionare intorno al problema dell’esistenza, in capo agli atenei, di limitazioni alla costituzione di società o al possesso di partecipazioni azionarie, è necessario primariamente formulare brevi considerazioni sulla

⁽²⁸⁾ JEMOLO, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi Vassalli*, vol. II, Torino, 1960, 973 ss.; CASULLI, *Donazione (dir.civ.)*, in *enc. dir.*, III, Milano, 1964, 969. La giurisprudenza romana contrapponeva *liberalitas* a *necessitas*. Nel Digesto si afferma che “*nemo in necessitatibus liberalis existat*” (Mod.D., 34, 4, 18) e “*donare videtur quod nullo iure cogente conceditur*” (D. 50, 17, 82). V. sul punto ARCHI, *Donazione (diritto romano)*, in *Enc.dir.*, Milano, vol. XIII, 1964, p. 930 ss., in particolare 935.

⁽²⁹⁾ V. per esempio la sentenza della Corte dei conti, Sez. I, 13 gennaio 1984, n. 10, in *Cons. Stato*, 1984, II, 311, che non considera spese di rappresentanza, e cioè “ispirate al perseguimento di fini dell’università...finalizzate a far conoscere ed apprezzare all’esterno l’attività dell’ateneo”, ma liberalità “le spese sostenute da università per medaglie ed altri riconoscimenti in occasione del collocamento a riposo o di altri accadimenti della vita burocratica dei dipendenti” oppure “le spese per pranzi a professori della stessa università o per il trasporto a Roma di presidi di facoltà” o anche “le spese per ospitalità in favore di funzionari ministeriali in missione”. In un’altra sentenza (Corte dei Conti, Sez. contr., 21 giugno 1990, n. 39, in *Riv.Corte Conti*, 1991, fasc. 3,5) si afferma che “è illegittima la corresponsione, da parte dell’università, di un contributo per il dopolavoro universitario, che si configura come mero atto di liberalità, trattandosi di spesa non sorretta da normativa sostanziale”. Sul concetto di spese di rappresentanza v. CELANI, *Le spese di rappresentanza nella Pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1999, 182 ss.; SOMMOVIGO, *Attuali profili della responsabilità amministrativa e contabile di amministratori e dipendenti*, in *Nuova rassegna*, 1997, 933 ss.

⁽³⁰⁾ Corte Conti, sez. contr., 26 gennaio 1989, n. 2076, *Riv. Corte Conti*, 1990, 36.

generale capacità dei soggetti giuridici pubblici di essere parte di una società la modalità con cui questo avviene⁽³¹⁾.

Ogni ente pubblico – sulla base della generale capacità di diritto privato attribuita dal legislatore⁽³²⁾ – ha legittimazione a costituire società di capitali, così come ad assumere partecipazioni azionarie.

Il limite a tale possibilità negoziale è costituito soltanto dalla conformità che la partecipazione societaria deve avere rispetto agli scopi che l'istituzione è chiamata a perseguire.

Sono società pubbliche, ai sensi dell'art. 2449 c.c., quelle nelle quali gli enti possiedono delle partecipazioni azionarie o sono tali gli enti pubblici che hanno la struttura organizzativa di società per azioni.

Quest'ultime non ineriscono la problematica in esame, perché istituite per legge o mediante atto amministrativo autorizzato dalla legge stessa. Momentaneamente, infatti, non vi sono previsioni normative che prevedono il coinvolgimento di università in siffatte tipologie di persone giuridiche. Queste sono, invero, società dal carattere necessario la cui predeterminazione funzionale sottrae la loro destinazione alla volontà dei propri organi deliberativi. Il contenuto minimo che deve avere l'atto istitutivo (la denominazione, lo scopo e l'appartenenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria) è la cifra della loro destinazione funzionale e necessaria⁽³³⁾.

Accanto a quest'ultime vi sono società semplicemente partecipate da un ente pubblico.

Le problematiche relative alla partecipazione di una università sono circoscritte a questa seconda tipologia.

⁽³¹⁾ Secondo IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1/2, 43 il quale ricorda come con l'espressione "società pubbliche" "si designano comunemente enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè pubblico non è l'ente in sé considerato, bensì i soggetti - o alcuni dei soggetti - che vi partecipano", pertanto non annovera tra tali società anche gli enti pubblici con struttura organizzativa societaria; diversamente, GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello stato*, in *Serv. pubb. e appalti*, 2004, 4, 707, qualifica come "società pubbliche" gli enti pubblici a struttura di società.

⁽³²⁾ Si legga CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, suppl. al n. 4/2004, 92, per il quale "se, quindi, i privati possono perseguire fini pubblici (...) non è lecito desumere dal fatto che un soggetto giuridico impersonale persegua fini pubblici la sua qualificazione come ente pubblico. (...) il sistema normativo non consente di unificare in uno stesso soggetto la qualifica di società e quella di ente pubblico" alla luce sia degli artt. 11, 12 e 13 del codice civile che distinguono nettamente le persone giuridiche pubbliche da quelle private che dell'art. 4 della l. n. 70/1975, che stabilisce l'impossibilità di creare o riconoscere enti pubblici se non per legge.

⁽³³⁾ Si veda Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 403, dove si conferma l'esistenza nell'ordinamento giuridico degli enti pubblici la cui forma è quella delle società per azioni, accogliendo il concetto della necessità. Per la Cass. n. 7799/2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2728 sono esempi di enti pubblici a struttura societaria le Poste italiane spa e l'Age control spa.

In queste ipotesi la presenza dell'ente pubblico nella compagine sociale potrà essere maggioritaria, totalitaria o minoritaria. Sono assimilate a detta categoria di società anche quelle che, pur non essendo partecipate direttamente da uno o più enti pubblici, sono da queste controllate o influenzate⁽³⁴⁾, anche attraverso il potere di nomina di uno o più amministratori⁽³⁵⁾.

È infatti l'art. 2450 (ex art. 2459 c.c.)⁽³⁶⁾ a stabilire che la legge o lo statuto possano attribuire allo Stato o ad enti pubblici il potere di nomina di amministratori, anche qualora il soggetto pubblico al quale tale potere compete non abbia partecipazione azionaria alla società⁽³⁷⁾.

L'art. 2449 (ex art. 2458), ultimo comma, c.c. equipara coloro che ricoprono funzioni di amministrazione e controllo in ragione della nomina rimessa dalla legge o dallo statuto ad un ente pubblico, a coloro che vengono investiti di tale ruolo dall'assemblea. Si stigmatizza così il rapporto che sussiste tra interesse sociale ed interesse pubblico, chiamando anche gli amministratori che rivestono tale qualità per nomina pubblica a realizzare gli interessi della società privata in virtù del rapporto di dipendenza discendente dall'incarico.

La norma pone con evidenza il problema del rapporto tra l'interesse pubblico dell'ente e quello privato dei soci in relazione al ruolo degli amministratori di nomina non assembleare, i quali comunque non debbono indirizzare l'impresa nel perseguimento dell'interesse pubblico⁽³⁸⁾, pur

⁽³⁴⁾ Così IBBA, *op. cit.*, 42.

⁽³⁵⁾ L'influenza può realizzarsi perché la società è legata da particolari vincoli contrattuali ad un determinato soggetto pubblico o perché a quest'ultimo è comunque riservato il diritto di procedere alle nomine di uno o più amministratori, nonostante la mancanza di una partecipazione azionaria. Si legga sulle modalità con cui si effettua il collegamento tra imprese CIPITANI, *A proposito della definizione di "piccola e media impresa" nel diritto comunitario*, in questa rivista, 1, 2004, 432 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. MONTEDORO, *Controlli delle regioni e degli enti locali territoriali sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 12, 2570 e ss, ricorda come tali previsioni normative rispondono all'esigenza di un particolare equilibrio di interessi all'interno della società legittimando il perseguimento dell'interesse pubblico nello svolgimento del rapporto sociale.

⁽³⁷⁾ Il potere di nomina può prescindere anche dalla misura della partecipazione, che può essere di minoranza o di maggioranza, conferendo così al socio di natura pubblica poteri più intensi di quelli che spetterebbero in relazione al mero possesso della partecipazione azionaria. Sul potere di nomina e di revoca si veda Cass. S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, 1, 2726, ha confermato che: "la facoltà attribuita all'ente pubblico (...) dall'art. 2458 c.c. è, quindi, sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, e deve essere qualificata estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa".

⁽³⁸⁾ Si veda *ex multis* Corte dei conti, sez. I d'appello, 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro Amm. C.d.S.* 2005, 3428, chiarendo che le attività gestionali degli ammini-

rimanendo fermo l'obbligo della conformità dell'attività della stessa agli scopi istituzionali dell'ente partecipante⁽³⁹⁾.

A tale fine la riforma del diritto societario ha permesso l'inserimento nel contratto istitutivo di clausole dirette a cautelare e salvaguardare la posizione dell'amministrazione che ad esso partecipa⁽⁴⁰⁾, fornendo agli enti uno strumento che permetta di rafforzare la tutela degli interessi pubblici da essi perseguiti all'interno dell'organismo di diritto privato di cui sono parte.

Le società in cui l'ente pubblico ha una partecipazione conservano, infatti, la loro natura giuridica privatistica⁽⁴¹⁾. In queste, inoltre, al contrario di quanto accade per le forme di società pubbliche nate da previsione di legge o da atto amministrativo, gli organi societari rimangono gli unici titolari delle funzioni, delle facoltà, dell'oggetto della società, così come della sua stessa durata ed esistenza⁽⁴²⁾.

Dalla breve e sommaria lettura delle norme generali sulla possibilità di partecipazione dei soggetti giuridici pubblici a società si possono svolgere

stratori di società pubbliche è sindacabile dal giudice contabile "quando contravvenendo a criteri di efficacia ed economicità si concreti in "abusi, arbitri od omissioni" produttive di danno patrimoniale alla società, ma anche quando contrastino o siano comunque estranee ai fini pubblici che la società, per la sua caratura pubblicistica, deve perseguire" stigmatizza incidentalmente quali sono i compiti a cui è chiamato un amministratore di nomina pubblica. Si veda sul punto BARZAZI, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche tra tutela dell'interesse pubblico e uniformità di normazione*, in *I cont. dello Stato e degli Enti pubbl.*, n. 4/2004, 521 ss.

(39) Si veda Montedoro, *op. cit.*, 2571 per cui la funzione degli amministratori e degli organi di controllo scelti dalla PA, comunque, non è quello di indirizzare necessariamente l'impresa nel perseguimento dell'interesse pubblico, quando l'interesse della P.A. coincide con quello della mera presenza all'intero della società, al fine di garantire il regolare funzionamento di quest'ultima. In tal caso gli amministratori di nomina pubblica sono chiamati a realizzare un controllo pubblico sull'attività d'impresa. In questo caso l'interesse pubblico perseguito dai pubblici poteri coinciderebbe con l'interesse pubblico al corretto funzionamento della società. Si veda Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, Torino, 1992. Se invece l'interesse dell'ente pubblico alla partecipazione alla società è quello per cui la nomina degli amministratori è finalizzata alla realizzazione di un determinato indirizzo nell'attività della società, l'amministratore nominato dai pubblici poteri nell'espletamento dei suoi compiti non dovrà operare esclusivamente in funzione dell'interesse sociale, ma farsi portatore di un interesse superiore rispetto all'interesse privatistico dei soci.

(40) Cfr. MONTEDORO, *op. cit.*, 2578: "possibilità di conformare più liberamente i modelli di *governance* societaria in relazione alle concrete esigenze dell'impresa sociale"

(41) Si veda CAMELLI e ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, 1997, Rimini, 119, per cui: "la partecipazione pubblica in organismi regolati dal diritto privato è stata da sempre considerata del tutto inidonea ad alterare la naturale qualificazione privatistica del tipo societario".

(42) Si veda Cassetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 103.

alcune considerazioni specifiche del caso in cui l'ente pubblico in esame sia un ateneo.

È regola il dato che in capo all'università, quale persona giuridica pubblica, sussista una generale capacità d'agire di diritto privato.

L'esistenza di limiti alla capacità di diritto privato di un ente – qualsiasi ente – realizzano, semmai, delle eccezioni giustificate dalla sua natura pubblica.

In quanto eccezioni queste non possono essere presunte, ma devono essere espressamente stabilite dal legislatore⁽⁴³⁾.

Se quest'ultimo non ha previsto in modo manifesto divieti o limiti alle modalità organizzative, l'ente pubblico può dar vita liberamente ad organismi di diritto privato.

In questo senso ne è esempio la necessità avvertita dal legislatore di estendere alle società a partecipazione pubblica sopra richiamate alcune specifiche norme tipicamente indirizzate agli enti pubblici. Il riferimento è alla materia dell'accesso agli atti⁽⁴⁴⁾ per cui art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato dall'intervento del legislatore del 2005, che contiene le definizioni e principi in materia di accesso. In forza della modifica si precisa che per "pubblica amministrazione" nei confronti della quale avanzare richiesta d'accesso agli atti, si intendono "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". La precisazione introdotta al fine di far rilevare che il diritto di accesso si esercita anche nei confronti degli eventuali organismi di diritto privato che, pur non perdendo la loro natura privatistica, esercitano un servizio pubblico. Vi è una applicazione generalizzata delle norme sull'accesso ai soggetti privati limitatamente all'attività funzionalizzata di cura di un pubblico interesse⁽⁴⁵⁾. Così come del pari la previsione dell'applicazione delle

⁽⁴³⁾ Cfr. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in *ivi*, suppl. al n. 4/2004, 70: "con l'applicazione generalizzata delle regole pubblicistiche risulta formalmente assicurata l'evidenza pubblica e si precludono possibili elusioni alla sfera della sicura pubblicità. In senso contrario vale però il criterio per cui in tal modo si determina una (ri)espansione del diritto pubblico per fattispecie e materie che il legislatore ha voluto sottoporre di regola al diritto comune; così invertendo il rapporto tra regola (il diritto comune) e l'eccezione (il diritto pubblico)".

⁽⁴⁴⁾ Si veda le modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, G.U. 21 febbraio 2005, al capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241, specificatamente al suo art. 22 che contiene le definizioni e principi in materia di accesso. In forza della modifica si precisa che per "pubblica amministrazione" nei confronti della quale avanzare richiesta d'accesso agli atti, si intendono "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario".

⁽⁴⁵⁾ Si veda in questo senso T.A.R. Veneto, sez. I, 14 marzo 2005, n. 975 in *Il Foro amm. TAR*, 2005, vol. 4, 7/8, con nota di FERRARA, *Brevi considerazioni sul diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*.

dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 2 D.p.r 28 dicembre 2000 n. 445⁽⁴⁶⁾. Questi due riferimenti sono il sintomo preciso di quanto sopra affermato: fuori dalle espresse previsione di legge, l'estinzione della disciplina pubblicistica alle società partecipate dagli enti pubblici non è proponibile, altrimenti poco senso avrebbe per il legislatore precisare quando ciò avviene.

Per l'università la capacità di partecipare ad organismi di natura privatistica è confermata dal dato normativo per cui gli atenei sono dotati di autonomia ai sensi della legge 9 maggio 1989 n. 168.

La loro capacità, come già sopra riportato, si estrinseca nella potestà statutaria e regolamentare⁽⁴⁷⁾ sotto forma di autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile⁽⁴⁸⁾.

La ragione per cui una università può partecipare o dar vita ad una società risiede, allora, nella possibilità che proprio attraverso nuovi soggetti partecipati dall'ateneo si realizza la gestione di servizi universitari, o comunque un servizio qualitativamente migliore delle attività strumentali ai fini istituzionali.

⁽⁴⁶⁾ Articolo 2: "le norme del presente testo unico disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione: disciplinano altresì la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi, nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza e ai privati che vi consentono. Le norme concernenti i documenti informatici e la firma digitale, contenute nel capo II, si applicano anche nei rapporti tra privati come previsto dall'articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59".

⁽⁴⁷⁾ La competenza ad emanare statuti e regolamenti è del Senato accademico in quanto mai emanata da parte dello stato la normativa particolareggiata in tema di autonomia. Prevedeva, infatti, l'art. 16 della legge 168/98 che durante il periodo di approvazione della legge sull'autonomia la competenza per la loro emanazione era del Rettore con decreto. Si prevedeva altresì che comunque qualora la legge particolareggiata sull'autonomie non fosse stata approvata entro un anno dall'entrata in vigore della normativa istitutiva del MIUR la competenza sarebbe passata al Senato accademico, integrato per i lavori con i rappresentanti della diverse componenti delle realtà universitarie. E' quindi tutt'ora del Senato non essendo mai intervenuta la normativa prevista dall'art. 6, comma 8, l. 168/89. Si veda per esempio, di come l'autonomia si realizza l'art. 54 ("autonomia negoziale") del RAFC dell'Università di Perugia: "l'Università ha piena autonomia negoziale e può stipulare contratti e convenzioni di ogni tipo per perseguire le proprie finalità istituzionali".

⁽⁴⁸⁾ Il contenuto del citato art. 6 della legge 168/1989 costituisce la principale e compiuta realizzazione della riconosciuta autonomia universitaria, realizzando ancora oggi il maggiore riferimento. In realtà proprio il medesimo articolo 6, suo comma 8 (*La legge di attuazione dei principi di autonomia di cui al presente articolo stabilisce termini e limiti dell'autonomia delle università, quanto all'assunzione e alla gestione del personale non docente*) contiene espresso riferimento all'approvazione di apposita legge sull'autonomia, che avrebbe dovuto esplicitare in modo esplicito i principi propri dell'autonomia. Approvazione di una legge che fosse in grado di dare attuazione in modo esplicito al dettato costituzionale, ma che oggi - a circa 10 anni dall'entrata in vigore della L. 168/1989 - può dirsi un appuntamento mancato.

In forza del ruolo rivestito dall'università potranno essere inserite nel contratto di società – nel quale la partecipazione potrà essere maggioritaria o minoritaria – previsioni volte a rafforzare la tutela degli interessi pubblici da essa perseguiti.

Questo non significa che non sussistano dei limiti per gli atenei alla partecipazione a società, seppur come eccezioni rispetto alla regola.

Esistono impedimenti in capo alle università per la costituzione o la partecipazione ad una società solo se a ciò consegue l'elusione dei divieti normativi concernenti le attribuzioni dell'ente; ovvero di norme precettive di carattere procedurale che sono poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche affidate agli atenei, sì che si verifichi uno spoglio, totale o parziale, dei compiti istituzionali che derivano dall'esercizio di pubbliche funzioni ad esse affidate⁽⁴⁹⁾.

Quanto detto costituisce il limite generale oltre il quale la costituzione di società per gli atenei non è consentita.

Esistono, poi, limiti particolari, seppur circoscritti alle previsioni di cui all'art. 91 *bis* DPR cit.⁽⁵⁰⁾, relativamente alla partecipazione dell'università a consorzi o società di capitali diretti alla progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico, ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Si veda sul punto Corte dei Conti, sez. contr. Enti, 86/883, *Nuova giust. civ. comm.*, 87, 141. Va tenuto comunque in considerazione, secondo Cass. 77/5245, che "i caratteri distintivi dell'ente pubblico non stanno nelle finalità da esso perseguite, dal momento che alcuni enti, sicuramente privati, perseguono finalità a cui tende lo stato stesso mentre quest'ultimo svolge anche attività privatistiche, ma sono dati in modo preminente dalla titolarità di pubblici poteri, di auto-organizzazione, di certificazione e di autotutela, dalla operatività necessaria, ossia dall'impossibilità che i suoi compiti vengano espletati da altri soggetti che non siano altri enti pubblici ad essi preposti, e dall'impossibilità che l'ente stesso fallisca o si estingua per propria volontà, nonché dal controllo e dall'ingerenza dello stato o di altri enti pubblici sulla formazione della sua volontà".

⁽⁵⁰⁾ Articolo aggiunto dall'art. 13 della legge n. 705/85.

⁽⁵¹⁾ Il d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, avente oggetto il "riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica" ha permesso di superare il limite che notoriamente aveva impedito alle Università di partecipare a società. Il riferito limite era stigmatizzabile nel dato che nell'ipotesi di ricerca universitaria l'interesse pubblico veniva fatto coincidere non con la necessità di svolgere una attività di ricerca che potesse dirsi pura e finalizzata alla didattica. Negli anni il concetto delle finalità istituzionali delle Università si è andato evolvendo e si è arrivati ad una rinnovata visione della ricerca che "ne valorizza sempre più l'aspetto sperimentale ed applicativo". Tale evoluzione ha fatto cadere poco alla volta gli ostacoli alla partecipazione universitaria a società. In tal senso è intervenuto l'art. 91-*bis* DPR cit., per il quale è possibile la partecipazione dell'Università a consorzi o società di capitali la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico. Si legga DUGATO,

Nel caso in esame la partecipazione è condizionata al rispetto di alcune regole che stigmatizzano operativamente la funzione sociale che è chiamato a svolgere l'ateneo.

L'adesione dell'università alla società, pertanto, sarà possibile a condizione che la sua partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di opera scientifica; l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti, ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico; sia assicurata la partecipazione paritaria dell'università nell'impostazione dei programmi di ricerca; le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri ed ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza.

Il già citato articolo 66 stabilirà le modalità di corresponsione dei proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o consulenza richiesti agli atenei. Sarà obbligo dell'università destinare a fini di ricerca gli eventuali utili⁽⁵²⁾.

L'art. 91-*bis* cit. prevede, quindi, il divieto per le università di effettuare apporti al capitale sociale diversi dalla prestazione di opera scientifica.

La previsione in esame è stata dettata al fine di ridurre i rischi economici dell'università alla partecipazione societaria, ma nel contempo pone il problema del suo coordinamento con le previsioni codicistiche in materia di conferimenti alle società di capitali.

La questione che si pone è quella di quale forma debba assumere la società *partecipata* dall'ateneo in ragione della modalità con cui questo è chiamato ad effettuare il suo conferimento.

Le università possono con sicurezza partecipare a società di capitali a responsabilità limitata.

L'art. 2464 c.c., infatti, prevede come possano essere oggetto di conferimento anche le prestazioni d'opera o di servizi.

Al contrario l'art. 2342 c.c., così come modificato dal d.P.R. 1986 n. 30, prevede che la partecipazione ad una società di capitali possa avvenire solo attraverso il conferimento di danaro, di beni in natura e di crediti, escludendo che le prestazioni di opera e servizi possano formare oggetto di conferimento.

Il d.P.R. n. 30/1986, modificando l'art. 2342 c.c., ha previsto accanto al conferimento di danaro anche il conferimento in natura e di crediti, ed ha escluso nel contempo il conferimento mediante prestazioni di opera o di servizi.

L'art. 91-*bis* cit., stabilendo che i conferimenti da parte dell'Ateneo avvengano esclusivamente mediante attività scientifica, si pone in termini di

La partecipazione dell'università a società di capitali: il caso dell'Università degli Studi di Bologna, in *Contratto e Impresa*, 2, Padova, 1995, 701.

⁽⁵²⁾ Sull'argomento DE ANGELIS, *L'associazione a fini di ricerca scientifica: forme giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 601.

specialità rispetto alle previsioni codicistiche dettate in materia di società per azioni.

La lettura comunemente accolta fa dell'art. 2342 c.c. norma generale di illimitata applicabilità. Con essa, infatti, si sono introdotte modifiche imperative ad un articolo del codice civile che rendono non applicabile il principio della prevalenza della legge speciale – normativa universitaria – sulla legge generale posteriore, essendo quest'ultima di portata generalissima.

In ogni caso limite alle partecipazioni a società di capitali, derivante dalla modalità con cui l'università è chiamata ad effettuare i conferimenti, è destinato ad operare in modo circoscritto alla sola presenza di un ateneo all'interno di società di capitali dirette alla progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca, e non relativamente ad ogni possibile partecipazione societaria di un ateneo.

L'art. 91-*bis* cit., infatti, non è norma di portata generale alla quale attingere per regolare qualsiasi forma di partecipazione universitaria a società.

La disciplina in essa contenuta è limitata a regolare solo la partecipazione degli atenei a società aventi quale scopo sociale quello della realizzazione di programmi di ricerca applicata e di sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651.

Fuori dal settore di riferimento della norma in esame, rimane ferma la possibilità per le università di utilizzare tutti gli strumenti associativi previsti dal codice civile per il perseguimento dei propri fini istituzionali, al pari di ogni altra amministrazione pubblica⁵³.

Tale considerazione finale è rafforzata dalla stessa disciplina normativa degli *spin-off* universitari.

Il d.lgs. del 27 luglio 1999 n. 297, disciplinando gli interventi di sostegno alla ricerca industriale, alla formazione e alla diffusione delle tecnologie derivate, afferma che i soggetti destinatari dei riferiti interventi sono società, consorzi e società consortili costituite da imprese e centri di ricerca, nonché università.

Delle tipologie di società disciplinate dal decreto legislativo richiamato, dal D.M. 8 agosto 2000 che al precedente a dato attuazione, nonché dai regolamenti degli *spin-off* dei singoli atenei, la tipologia di imprese *spin-off* rilevanti ai fini del presente discorso sono quelle in cui l'ateneo è titolare di quote di partecipazione come socio proponente o come socio partecipante al progetto, su richiesta del proprio personale docente.

Va immediatamente rilevato come il citato articolo 2 nella sua lettera d), sottolinei significativamente che si può ipotizzare la partecipazione di università o enti di ricerca a società, consorzi e società consortili *comunque questi siano costituiti*.

⁽⁵³⁾ Cfr. DUGATO, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università degli Studi di Bologna*, cit., 705, il quale ricorda che diversamente si impedirebbe all'università come ente pubblico di fare ciò che ogni amministrazione può fare.

Appare chiaro che detta affermazione apre la possibilità per le università, così come per gli enti di ricerca, di scegliere qualsiasi forma giuridica per la costituzione di organismi di diritto privato, e ciò senza alcuna limitazione

L'analisi di alcuni regolamenti in materia, adottati da diverse università, confermano la lettura data della legge. Si faccia riferimento ad esempio al Regolamento dell'Ateneo perugino sugli *spin-off* universitari⁽⁵⁴⁾ che la suo articolo 1, secondo comma, definisce *spin-off* le società per azioni o a responsabilità limitata aventi per scopo l'utilizzazione imprenditoriale, in contesti innovati, dei risultati della ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti o servizi (quindi *spin-off* come strutture dirette all'esercizio in maniera professionale di un'attività economica organizzata alla produzione o allo scambio di beni e servizi).

Le società – *spin-off* universitari sono pertanto organismi di diritto privato che non perdono affatto la loro natura in forza della partecipazione dell'ateneo, nonostante – anche in questo caso – il possibile inserimento di norme di salvaguardia dell'ente nell'atto istitutivo o nello statuto.

Si può anzi affermare che la scelta di costituire dette organizzazioni in forma di società di capitali, comprese quelle per azioni, sia proprio strumento diretto a salvaguardare l'ente partecipante, in ragione della patrimonialità perfetta che le caratterizza.

Va comunque rilevato come sia *policromo* il sistema dei rapporti di collaborazione nella ricerca scientifica. In detto settore, infatti, esiste un ricorso a diverse forme contrattuali, scelte spesso perché non danno luogo a centri di rapporti o di interessi giuridici autonomi rispetto agli stessi soggetti che vi partecipano. È il caso ad esempio dell'associazioni in partecipazione (art. 2549 c.c.), dei consorzi con attività interna (art. 2602 c.c.) così come del diffusissimo fenomeno dell'associazioni temporanee di impresa⁽⁵⁵⁾.

Parimenti vi è un assoluto ricorso a contratti atipici per disciplinare i rapporti tra soggetti che partecipano ad una attività di ricerca.

Di solito ciò avviene per determinare liberamente il contenuto del rapporto e per non incorrere nei presunti limiti che si pensano caratterizzare l'ingresso di un ateneo in una società. Ma non sempre la scelta che appare meno impegnativa è sempre la più adeguata. Basti a tal proposito ricordare come l'utilizzo di accordi associativi implichi il ricorso a schemi giuridici non sempre adeguati proprio a tutelare l'ente partecipante. Si pensi alla disciplina delle associazioni non riconosciute, di cui agli art. 14 ss cc., in termini gestione del potere, determinazione e competenze degli organi sociali, così come di garanzie per i terzi, nonché della stessa impossibilità di bilanciare gli interessi dei partecipanti, compresi quelli di cui sono portatori

⁽⁵⁴⁾ L'università degli studi di Perugia in attuazione al d.lgs. n. 297/99 ha emanato il d.r. n. 620 del 19.03.2003 e sue successive modifiche.

⁽⁵⁵⁾ Disciplinate per la prima volta relativamente al sistema di partecipazione degli appalti pubblici con la L. 8 agosto 1977, n. 584.

i soggetti pubblici, attraverso il principio del *una testa-un voto* tipico dello svolgimento dell'attività assembleare nelle associazioni⁽⁵⁶⁾.

In questo ambito è, altresì, assolutamente variegato il panorama degli schemi di diritto privato utilizzati per lo svolgimento di attività scientifica consortile in collaborazione, aventi rilevanza soggettiva esterna.

Si possono, così, trattare le forme del consorzio-associazione disciplinato dal libro primo del codice civile, nonché del consorzio per il coordinamento della produzione e degli scambi di cui al libro IV del codice civile, al quale è assimilabile il ricorso alla disciplina del Gruppo Europeo di Interesse Economico⁽⁵⁷⁾. Il Gruppo, infatti, al pari del consorzio di cui all'art. 2612 ss c.c. ha rilevanza esterna, ma è privo dello scopo di lucro. Il G.E.I.E. è, precisamente, un contratto a causa associativa, concluso tra almeno due persone fisiche o giuridiche, che sviluppano la loro attività in due diversi paesi comunitari⁽⁵⁸⁾ o che in essi hanno la loro sede legale o l'amministrazione. Il Gruppo possiede capacità giuridica⁽⁵⁹⁾, in quanto ha la possibilità riconosciuta dalle norme di essere titolare a proprio nome "di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio"⁽⁶⁰⁾, per agevolare e sviluppare l'attività economica dei suoi membri, migliorare o aumentare i risultati di questa attività.

L'attività del G.E.I.E. è connessa a quella "economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima"⁽⁶¹⁾. Pur non essendo una società il Gruppo è comunque soggetto alle forme della pubblicità nel registro dell'impresa ed ha obblighi contabili⁽⁶²⁾.

Si fa così ricorso al G.E.I.E. soprattutto in tema di progetti di ricerca finanziati dall'Unione europea di durata limitata, e privi di scopo di lucro.

Di solito la scelta tra le diverse forme organizzative sopra riportate è dettata dalla finalità dell'attività di ricerca.

Ai sensi delle norme del codice civile, infatti, è consorzio quello al quale partecipa un'azienda pubblica con altri imprenditori privati, ma anche quello al quale partecipa un ente pubblico non economico – come può essere un

⁽⁵⁶⁾ Rileva detto problema RIZZUTO, *L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica*, in *Cont. e imp.*, 2000, 733.

⁽⁵⁷⁾ Istituito con il regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985. In Italia l'attuazione del regolamento n. 2137/85 è avvenuta con d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240.

⁽⁵⁸⁾ Art. 4, par. 2, regolamento 2137/85.

⁽⁵⁹⁾ Così CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in PALAZZO e SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, 60.

⁽⁶⁰⁾ Art. 1, par. 2, regolamento n. 2137/85.

⁽⁶¹⁾ Cfr. art. 3, par. 1, regolamento n. 2137/85.

⁽⁶²⁾ Relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.), in G.U.C.E. n. L 199 del 31 luglio 1985, pp. 1-9. Il regolamento n. 2137 disciplina il contenuto del contratto che istituisce il Gruppo (art. 5), la registrazione (art. 6) e le forme di pubblicità degli atti (articoli 7 ss.) - il tutto con il richiamo delle direttive in materia di società - gli organi (art. 16), e altre disposizioni relative al funzionamento e la chiusura.

ente di ricerca - quando il consorzio è chiamato a svolgere un'attività di impresa anche marginale rispetto ai propri compiti istituzionali.

È l'ipotesi, per esempio, di un ente di ricerca che al fine di ridurre i propri costi di gestione o conseguire entrate, prende parte ad un appalto insieme ad altri imprenditori per lo svolgimento di un servizio, la realizzazione di un'opera o di un progetto dietro corrispettivo.

In questi casi l'ente pubblico non economico svolge un'attività come operatore economico per il quale riceve una retribuzione sulla scorta del prezzo di mercato.

Se al contrario il consorzio viene costituito al fine di realizzare una forma di collaborazione intergrata, strettamente connessa alle finalità istituzionali che l'ente è chiamato a realizzare, il legame con fini istituzionali incide profondamente sullo scopo del consorzio, così come spesso anche sulla formulazione dello statuto attraverso, ad esempio, la previsione in quest'ultimo di riserva di nomina alla pubblica amministrazione di cariche all'interno degli organi consortili oppure la previsione di una forma di controllo da parte della stessa amministrazione.

Sarà privilegiato l'istituto del consorzio-associazione, allora, quando la volontà dei partecipanti ad un progetto sarà quella di realizzare una attività di ricerca non commerciale, erogativa, divulgativa e soprattutto con risultati non riservati. L'eventuale svolgimento di attività di ricerca imprenditoriale dovrebbe rimanere marginale.

Nel caso in cui l'attività di ricerca è imperniata sull'utilizzabilità di risultati di ricerca riservati e destinati a rimanere nell'ambito dell'impresa consorziate, lo strumento giuridico utilizzabile sarà quello di cui agli articoli 2612 s.s. c.c. per i consorzi con attività esterna, nonché quello delle società consortili di cui all'art. 2615-ter c.c.

In questi casi, infatti, l'attività di ricerca costituisce una fase dell'attività d'impresa.

Il problema della presenza di un ateneo o di un ente di ricerca in una società consortile ha una sua innegabile rilevanza⁶³. Sono numerose, infatti, le disposizioni di legge che prevedono la partecipazione di enti di ricerca ed università a consorzi per lo svolgimento di attività di ricerca, e che a tal fine promuovono la costituzione di consorzi misti o società consortili⁶⁴.

⁽⁶³⁾ Pur non essendo possibile affrontare in questa sede la questione relativa ai consorzi misti e soprattutto risolvere il dubbio circa la loro natura imprenditoriale o meno, quel che è certo è che l'eventuale partecipazione di un ente pubblico ad un consorzio misto non implica necessariamente il venir meno, solo per questo fatto, della eventuale natura imprenditoriale dello stesso.

⁽⁶⁴⁾ Il riferimento può essere fatto a L. 25 ottobre 1965, n. 1089, art. 4; L. 2 maggio 1976, n. 183; L. 21 maggio 1981, n. 240, art. 6, lett. g) e art. 17; L. 17 febbraio 1982, n. 46, art. 2; D.M. 1 settembre 1989, art. 2, L. 5 ottobre 1991, n. 317, art. 27; L. 29 marzo 1995, n. 95, art. 3; L. 24 giugno 1997, n. 196 e successive disposizioni di attuazione D.M. del M.U.R.S.T. 1 dicembre 1997; d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297; nonché

L'art. 2615-ter c.c. tratta infatti la questione delle società consortili. Per quest'ultime, specificamente, si ripropone il problema iniziale della presenza per gli atenei di eventuali limiti alla partecipazioni a società. L'articolo richiamato, infatti, rinvia – anche se con una disciplina più dettagliata – alle figure della s.n.c. e della s.p.a..

Queste forme di società nel caso di atenei ed enti di ricerca sono di solito previste da disposizioni di legge specifiche.

Non è pacifica in giurisprudenza l'ammissibilità di società consortili miste con atenei e enti di ricerca fuori dei casi e requisiti appositamente stabilite da norme specifiche⁽⁶⁵⁾.

Di fronte alla possibilità di istituire società consortili il problema dei limiti, pertanto, si pone in una duplice direzione: da un lato i possibili limiti rinvenibili nelle disposizioni specifiche che trattano l'autorizzazione alla partecipazione degli atenei e degli enti di ricerca a siffatte tipologie di società; dall'altro nella possibilità per questi di partecipare a società consortili fuori dei casi stabiliti dall'apposita normativa di settore.

La prima problematica in realtà ruota attorno alla previsione di cui all'art. 91-bis citato. Ed anche nell'ipotesi di società consortili possono essere assunte le stesse conclusioni alle quali si è giunti relativamente alla partecipazioni degli atenei e degli enti di ricerca alle società di capitali.

Relativamente al secondo possibile limite rintracciabile nella impossibilità di costituire società consortili a partecipazione mista fuori dei casi previsti per legge, in realtà ciò non può essere aprioristicamente esclusa.

Si può affermare da una lettura della norme che in materia prevedono la costituzione di società consortili con la presenza di atenei ed enti di ricerca che i requisiti della composizione soggettiva delle società consortili miste previste nelle norme speciali rispetto alle previsioni codifiche, sono imposte al fine di poter usufruire delle agevolazioni stabilite dalla norma (fiscali o altro).

Non avvalendosi delle possibili agevolazioni sancite dalle singole disposizioni di legge, ben può ammettersi la costituzione, da parte di atenei e enti di ricerca, di società consortili miste fuori dai casi sopra riferiti⁽⁶⁶⁾, con il solo limite del rispetto della funzione pubblica da essi esercitata.

R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, art. 60 mai esplicitamente abrogato, naturalmente il d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 91 e art. 91-bis; L. 28 marzo 1991, n. 113; D. M. del M.U.R.S.T 17 maggio 1996, 18 giugno 1997, 27 marzo 1998.

⁽⁶⁵⁾ Si veda in questo senso Trib. Napoli, 8 aprile 1989, in *Riv. dir. impresa*, 1989, 73, con nota di VOLPE PUTZOLU, *Società consortili tra non imprenditori*; nonché Trib. Milano, 17 giugno 1982, in *Società*, 1983, 33; e Trib. Milano, 24 gennaio 1984, in *ivi*, 1984, 689.

⁽⁶⁶⁾ Si legga SPOLIDORO, *La società consortile*, Milano, 1984, 68 ss; BARCELLONA, *La costituzione di consorzi misti*, in *Società*, 1991, 23, nonché specificamente sull'argomento RIZZUTO, *L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica*, in *Cont. e imp.*, 2000, 737.

5. Università e pubblici appalti.

Come anticipato, discende dalla nozione di imprenditore di cui all'art.2082 c.c il possibile limite della partecipazione ai pubblici appalti dell'università.

Perché detta lettura possa trovare giustificazione è necessario interrogarsi e verificare di conseguenza se la normativa sugli appalti utilizzi la nozione di "operatore economico" e di "imprenditore" desumibile dal codice del 1942.

L'articolo 2082 c.c. fonda la definizione di impresa sugli elementi della "professionalità" e della "soggettività", infatti l'impresa è l'attività economica svolta in modo abituale da alcuni soggetti. La legge li identifica formalmente. Le persone fisiche che svolgono abitualmente un'attività economica sono qualificate imprenditori, distinte nettamente da coloro che esercitano una professione intellettuale. Per le persone giuridiche sono imprese le società commerciali. Il codice del 1942 esclude invece che altri soggetti, come associazioni, fondazioni o enti pubblici, possano svolgere attività di impresa, salvo che questa avvenga occasionalmente. Lo svolgimento di una attività d'impresa contrasterebbe, infatti, con le finalità che sono loro proprie.

La definizione di impresa, o meglio di imprenditore che emerge dal nostrano codice civile, non coincide con quella di provenienza comunitaria. Ciò è tanto più importante se si riflette che per l'interpretazione della disciplina sugli appalti pubblici l'ordinamento comunitario costituisce il sistema di riferimento.

È impresa, infatti, per il supremo organo giurisdizionale comunitario "qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità"⁽⁶⁷⁾.

La vendita di beni e servizi in un mercato determinato, compresi i servizi che discendono dall'esercizio delle professioni intellettuali è per la giurisprudenza comunitaria "attività economica"⁽⁶⁸⁾.

Tale affermazione dilata necessariamente i possibili soggetti che possono essere chiamati ad esercitare una attività d'impresa: è il dato oggettivo dell'attività che si svolge l'elemento qualificante, non certo l'abitudine o la professionalità con cui questa avviene.

⁽⁶⁷⁾ Corte di giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, in *Racc.*, 1991, I-1979. La giurisprudenza sul concetto di impresa per il diritto comunitario è vasta. Tra le più recenti v., per esempio, Corte di giustizia, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband e altri*, nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, in *Racc.*, 2004, I-2493; Id. 22 maggio 2003, *Freskot*, C-355/00, in *Racc.*, 2003, p. I-5263; Id. 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris / Commissione*, C-82/01, in *Racc.*, 2002, I-9297; Id. 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, I-1577; Id. 22 gennaio 2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, 2002, I-691. Per la dottrina v. DI VIA, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, II, 54 ss.

⁽⁶⁸⁾ Corte di giustizia, 12 settembre 2000, *Pavlov e altri*, cause riunite C-180/98 e C-184/98, in *Racc.*, 2000, I-6451.

Su tale presupposto la Corte di giustizia ha considerato imprese non solo le società, comprese quelle cooperative⁽⁶⁹⁾, ma anche le associazioni⁽⁷⁰⁾, le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica⁽⁷¹⁾ e le associazioni di categoria tra imprese⁽⁷²⁾.

L'estrema duttilità di questa definizione⁽⁷³⁾ ha permesso di estendere anche a coloro che svolgono professioni intellettuali la definizione di impresa. È il caso delle sentenze sugli agenti immobiliari, periti assicurativi⁽⁷⁴⁾, medici specialisti⁽⁷⁵⁾, avvocati⁽⁷⁶⁾ e spedizionieri⁽⁷⁷⁾.

Le stesse istituzioni nei loro documenti mutuano la definizione d'impresa elaborata dalla giurisprudenza.

Il riferimento è ad esempio alla raccomandazione del 6 maggio 2003, C(2003) 1422 def., emanata dalla Commissione che definisce il concetto di "piccola e media impresa". L'art. 1 dell'allegato alla raccomandazione, infatti, stabilisce come si consideri impresa "ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica."

⁽⁶⁹⁾ Corte di giustizia, 25 marzo 1981, *Cooperative Stremsele en Kleuselfabriek / Commissione*, 61/80, in *Racc.*, 1981, I-3851.

⁽⁷⁰⁾ Decisione della Commissione 92/521/CEE del 27 ottobre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990, in G.U.C.E. L 326, 31.

⁽⁷¹⁾ Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris / Commissione*, T-128/98, in *Racc.*, 2000, II-3929, punti 106-130.

⁽⁷²⁾ Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309-99, in *Racc.* 2002, I-1577, punto 50 ss.

⁽⁷³⁾ L'espressione calzante è di CIPPITANI, *op. cit.*, 60.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. AGCM, 25 marzo 2004, *Guardia di Finanza c. Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali*, in *Boll.* n. 13/2004 e AGCM, 15 luglio 2004, *Tariffe dei periti assicurativi*, in *Boll.* n. 29/2004.

⁽⁷⁵⁾ Corte di giustizia 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, in *Racc.*, 2000, I-6451, punto 77.

⁽⁷⁶⁾ Per quanto concerne gli avvocati, la stessa Corte ha di recente affermato che essi svolgono attività economica e, pertanto, costituiscono impresa, in quanto offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti, nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi. V. Corte di giustizia 19 febbraio 2002, *Wouters, e altri*, cit., punto 48.

⁽⁷⁷⁾ Per quanto riguarda gli spedizionieri, la Corte di Giustizia ha specificato come il fatto che "l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani, non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE [ora, artt. 81 e 82]." Corte di giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione / Italia*, C-35/96, in *Racc.*, 1998, I-3851, punto 38.

Ad ulteriore chiarificazione dell'indirizzo della Corte in meta di definizione di impresa, è doveroso ricordare come sia estraneo alle fonti comunitarie l'intento lucrativo perché una attività sia definibile attività d'impresa. Ed infatti l'art. 48 Trattato CE riconosce espressamente come società quelle cooperative, alle quali le legislazioni nazionali non attribuiscono alcun carattere lucrativo.

Le fonti comunitarie derivate, inoltre, evidenziano proprio come le cooperative realizzino imprese ad economia sociale⁽⁷⁸⁾ al pari di associazioni, fondazioni e mutue⁽⁷⁹⁾, il cui obiettivo primario è quello di "fornire servizi ai propri membri o a una comunità più ampia" e non perseguire come scopo principale la realizzazione di un profitto⁽⁸⁰⁾.

Dall'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia emerge chiaramente come anche le università possano considerarsi imprese nel momento in cui queste svolgano attività di produzione di servizi, anche qualora ciò si realizzi senza alcun scopo di lucro. Nel momento in cui un'università produce servizi pur prescindendo dallo scopo di lucro e dall'occasionalità con cui questo avviene, essa svolge una attività d'impresa.

Parimenti non possono essere desunti limiti alla partecipazione agli

⁽⁷⁸⁾ V. il Libro verde della Commissione, "L'imprenditorialità in Europa", COM(2003) 27, del 21 gennaio 2003.

⁽⁷⁹⁾ Sull'importanza dell'economia sociale v. anche le conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del novembre 1997; l'istituzione della nuova voce di bilancio "terzo settore e impiego", per opera del Parlamento; i libri bianchi della Commissione sulle cooperative e le mutue; la Comunicazione della Commissione "Promuovere il ruolo delle fondazioni e delle organizzazioni di volontariato in Europa" (in questa comunicazione la Commissione propone una serie di provvedimenti per sostenere l'economia sociale: acquisizione di competenze adeguate per la comprensione del settore; adozione di forme di partneariato, nonché regimi fiscali e giuridici favorevoli; formazione degli operatori; migliore accesso ai fondi strutturali); il nuovo regolamento FSE, che all'art. 3, par. 1, lettera d) fa riferimento alla possibilità di destinare i fondi ad attività che rientrano nell'economia sociale, il parere del Comitato economico del 2 marzo 2000, sul tema "L'economia sociale ed il mercato unico".

⁽⁸⁰⁾ V. la Comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa, COM (2004) 18, del 23 febbraio 2004, che così individua i caratteri delle cooperative europee: "le cooperative operano nell'interesse dei loro membri, che sono al tempo stesso utilizzatori, e non sono gestite nell'interesse di investitori esterni. I profitti sono percepiti dai membri in proporzione alle loro transazioni con la cooperativa; le riserve e gli attivi sono detenuti in comune, non sono distribuibili e sono utilizzati nell'interesse comune dei membri. Poiché i legami personali tra i membri sono di norma stretti e importanti, le nuove adesioni sono soggette ad un'approvazione, mentre il diritto di voto non è necessariamente proporzionale alla quota detenuta (una persona, un voto). La dimissione di un membro conferisce a quest'ultimo il diritto al rimborso della quota e determina una riduzione del capitale. Tutte le cooperative agiscono nell'interesse economico dei loro membri e alcune di esse, inoltre, perseguono obiettivi sociali o ambientali più ampi, nell'interesse dei loro membri e nell'interesse collettivo più generale." (Introduzione, par. 1.1)

appalti da parte delle università dalla lettura restrittiva che spesso viene realizzata dell'art. 34, d.lgs. 163/2006.

Si è ritenuto, infatti, così come sopra riportato, che dal novero degli "operatori economici" riportati nel citato articolo siano escluse proprio gli atenei, in quanto l'elenco di esso debba considerarsi tassativo.

La lettura considerata si ferma al dato letterale della norma, decontestualizzandola però dalla normativa del settore appalti al quale si riferisce. Se, infatti, dell'art. 34 cit. si ricostruisce, ai sensi dell'art. 12 prel., il significato attraverso la connessione con espressioni ivi contenute con le altre disposizioni del codice degli appalti, i risultati sono diversi da quelli sopra riportati.

L'art. 2, comma 6, del codice degli appalti, infatti, stabilisce che "gli "appalti pubblici" sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice". Ed ai sensi del successivo comma 22 per operatori economici devono intendersi, "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi". Il comma 19 stabilisce che il termine "imprenditore" riguarda una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica.

Dal confronto tra le definizioni di cui all'art. 2 del codice sugli appalti e l'art. 34, non sembra che si possa affermare che quest'ultima disposizione è da intendersi in modo tassativo. Altrimenti non ci sarebbe stata alcuna necessità di stabilire che ai contratti pubblici possono partecipare operatori economici e cioè imprenditori in senso più generale; sarebbe infatti bastato il riferimento all'art. 34 dello stesso codice.

Inoltre, per pacifica giurisprudenza del giudice comunitario, il significato proprio di una fonte nazionale di recepimento va correttamente intesa ai sensi del diritto comunitario e specificamente della direttiva recepita. Per quanto detto l'elemento interpretativo più rilevante è quello che discende dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, alla luce delle quali vanno interpretate le disposizioni del codice sugli appalti. Gli atti di diritto derivato richiamati non contengono alcuna tassativa elencazione comparabile a quella del citato art. 34 (v. l'art. 4 delle direttive che, tra l'altro, è richiamato dalla sotto rubrica dell'art. 34) e fanno esclusivo riferimento alla nozione di operatore economico e di imprenditore.

Quest'ultimo concetto, lo si è visto, nel diritto comunitario riceve una definizione diversa da quella civilistica.

Va ricordato inoltre che la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, tenda normalmente a riconoscere a soggetti *no profit*, come enti di promozione sociale, le fondazioni, le associazioni senza finalità di lucro, la capacità di partecipare alle gare di appalto pubbliche, al pari di quanto si verifica per le imprese commerciali⁽⁸¹⁾.

⁽⁸¹⁾ Si veda *ex multis* T.A.R. Lazio sez. III *quater*, 18 luglio 2006, n. 5993, in *Sannità pubbl.*, 2006, 6, 79; nonché T.A.R. Emilia Romagna sez. II Bologna, 25

La posizione della giurisprudenza amministrativa trova radici lontane⁸². Da tempo infatti i giudici si sono pronunciati a favore dell'assoluta impossibilità di precludere la partecipazione a gare pubbliche ad organizzazioni non lucrative qualora queste siano capaci di offrire un servizio qualitativamente ed economicamente competitivo.

Sarebbe paradossale, quindi, sia alla luce della richiamata giurisprudenza nazionale che da tempo apre gli appalti ai c.d enti *no profit* e soprattutto della definizione di impresa proveniente dall'ordinamento comunitario, introdurre limiti alla partecipazione agli appalti degli atenei alla luce di una interpretazione dell'art. 34, d.lgs. 163/2006 realizzata in maniera avulsa dalla connessione con le altre norme di settore, comprese quelle comunitarie, contraria in questi termini alla stessa previsione di cui all'art. 12 delle preleggi.

6. La capacità negoziale delle università nel diritto comunitario.

Dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si può osservare che il diritto comunitario ha ampliato il ruolo delle università nell'ordinamento e di conseguenza anche la loro capacità giuridica.

Come è accaduto per le persone fisiche, anche per i soggetti diversi il diritto comunitario prevede un riconoscimento più ampio, che non è legato allo svolgimento di una particolare attività economica, come parrebbe dalla sola lettura di disposizioni quali l'art. 48 Trattato CE (che sembrerebbe limitarsi alle società ed agli altri soggetti lucrativi).

Il diritto comunitario, infatti, prende in considerazione materie che spesso riguardano direttamente e indirettamente le università, quali la politica sociale (di cui all'art. 136 ss. Trattato CE)⁽⁸³⁾, la ricerca (articoli 163 ss. Trattato CE), l'istruzione e la formazione (articoli 149 ss. Trattato CE), la cultura (articoli 151 ss. Trattato CE), l'ambiente (articoli 174 ss. Trattato CE), lo sport (v. la dichiarazione n. 29 allegata all'Atto unico europeo).

Il ruolo delle università, in quanto enti che si occupano di istruzione, formazione e ricerca⁸⁴, è divenuto particolarmente importante nella cosid-

maggio 2005, n. 822, in *Mass. redazionale*, 2005 che fa operare il divieto solo per le associazioni di volontariato.

⁽⁸²⁾ Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 1999, n. 108, in *TAR*, 1999, I, 878, ed a T.A.R. Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in *Urb. appalti*, 2000, 11, 1249.

⁽⁸³⁾ V. la dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Maastricht "sulla cooperazione con le associazioni di solidarietà sociale", secondo la quale: "la conferenza sottolinea l'importanza che riveste, per il perseguimento degli obiettivi dell'art. 136 del trattato che istituisce la Comunità europea, una cooperazione tra quest'ultima e le associazioni e le fondazioni di solidarietà sociale, in quanto organismi responsabili di istituti e servizi sociali.

⁽⁸⁴⁾ L'università ha iscritto nel suo "patrimonio genetico" questo intreccio tra

detta “strategia di Lisbona”, nell’ambito della quale è particolarmente enfatizzato “Il ruolo delle università nella società della conoscenza”⁽⁸⁵⁾.

Questo nuovo ruolo è desumibile dalle fonti comunitarie e dalle riforme dell’istruzione a livello continentale (come il processo di Bologna e quello di Copenaghen)⁽⁸⁶⁾. Nel settore dell’istruzione e della formazione, il diritto comunitario esclude qualsiasi intervento armonizzatore da parte delle istituzioni dell’Unione. Gli stati membri conservano il potere esclusivo di decidere i percorsi educativi e di riconoscere i relativi titoli, soprattutto per quanto riguarda quelli emessi all’estero. Gli attuali processi di convergenza in materia di istruzione e formazione, ed in particolare il Processo di Bologna, prevedono però strumenti che consentono una leggibilità e una comparabilità dei titoli (*Diploma Supplement*, dei titoli di studio congiuntamente rilasciati dalle università, ma soprattutto il sistema di trasferimento dei crediti formativi, ECTS, *European Credit Transfer System*)⁽⁸⁷⁾. Questi strumenti sono attuati direttamente dalle università dei diversi paesi attraverso reciproci accordi, senza la necessità di un preventivo riconoscimento statale. Gli accordi che attuano strumenti come l’ECTS o i titoli congiunti possono essere realizzati non solo a livello europeo, ma anche con paesi extra-europei. Programmi specifici dell’Unione (i programmi di cooperazione internazionale come *Tempus*, *Alfa*, *Erasmus Mundus*) danno supporto finanziario a tali accordi internazionali.

Nella costruzione della società della conoscenza, inoltre, le università sono il fulcro del cosiddetto “Spazio europeo della ricerca e dell’innovazione” (V. Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, “*Verso uno spazio europeo della ricerca*”, COM (2000) 6 del 18 gennaio 2000). In questa prospettiva le università europee sono i principali centri di elaborazione e valorizzazione della conoscenza, in collaborazione con gli altri atenei, gli enti pubblici e privati di ricerca pubblica, le imprese (art. 163 Trattato CE);

insegnamento e ricerca, come diceva RUBERTI, *L’Università tra memoria e futuro*, discorso tenuto all’Università di Roma “La Sapienza”, 8 novembre 1999.

⁽⁸⁵⁾ Comunicazione della Commissione, *The role of the universities in the Europe of knowledge*, COM(2003) 58 del 5 febbraio 2003.

⁽⁸⁶⁾ Il documento base del “Processo di Bologna” è una “dichiarazione” sottoscritta a Bologna nel giugno del 1999 da ventinove paesi europei (oggi sono diventati quaranta). Il “Processo di Bologna” prevede una revisione biennale degli obiettivi e l’individuazione di nuovi impegni, da realizzare in occasione di appositi vertici dei ministri competenti, e la costituzione di gruppi di lavoro. Gli obiettivi del “Processo di Bologna” sono tramutati in testi giuridici nazionali, adottati in applicazione delle particolari regole interne. In un modo simile si realizza il “Processo di Copenaghen”, in materia di formazione professionale, che si basa sulla dichiarazione del 30 novembre 2002.

⁽⁸⁷⁾ Per maggiori approfondimenti su tali temi, si rinvia a CIPPITANI, *L’Europa della conoscenza (la ricerca e l’educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in SEDIARI (a cura di), *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, 2005, 81 ss.

a supporto di questa collaborazione sono previsti i programmi quadro (art. 164) e le altre iniziative.

L'azione comunitaria in queste materie presuppone il pieno riconoscimento della soggettività giuridica dei soggetti coinvolti nella partecipazione ai programmi, nella mobilità e nelle attività di collaborazione transfrontaliera.

Il processo di integrazione europeo, soprattutto per opera dei programmi di finanziamento e degli altri strumenti di intervento, presuppone una generale capacità negoziale delle università, come si è anticipato negli esempi dei capitoli precedenti.

Una importante conseguenza del diritto comunitario nell'attività negoziale delle università, è che, nell'ambito di sistemi nazionali, come quello italiano, basati sulla tipizzazione dei contratti, le fonti europee influenzano il giudizio di meritevolezza sui contratti. Si pensi, per esempio, agli accordi stipulati tra università, nel settore dell'educazione e della ricerca, che sono previsti dalle fonti europee, mentre sono spesso ignorati dalle normative nazionali o addirittura sottoposti a limiti. Tali accordi perseguono interessi sicuramente meritevoli di tutela, proprio in ragione della considerazione che ricevono nelle fonti comunitarie e non potrebbero essere giudicati con sfavore nel diritto nazionale.

La capacità riconosciuta dal diritto comunitario alle università e agli enti di ricerca spesso amplia quella attribuita dagli ordinamenti nazionali.

7. Conclusioni

Discende dai principi generali dell'ordinamento giuridico il dato che le università siano dotate di generale capacità di diritto privato.

Ai singoli atenei, infatti, proprio in quanto persone giuridiche non si può non riconoscere piena capacità giuridica e capacità d'agire ai sensi dell'art. 33 della Costituzione, nonché dell'art. 11 del codice civile⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1933, 352: "se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole. (...) Deroghe sussistono per singoli enti pubblici e per singoli tipi di enti pubblici, se e in quanto previste da norme espresse". Sul punto CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 218: "sulla questione della sussistenza in capo agli enti pubblici o alle pubbliche Amministrazioni (...) di una generale capacità di diritto privato, la risposta affermativa è da ritenersi un dato ormai acquisito in dottrina; e anche in giurisprudenza", con ampio riferimento alla dottrina e alla giurisprudenza in materia. In particolare merita un richiamo la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; si veda anche MONTE-DORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *www.Giustizia-amministrativa.it*, il quale evidenzia che: "sul punto la giurisprudenza amministrativa dopo una notevole chiusura, e ripetute oscillazioni, sembra

L'ente pubblico, quale persona giuridica, è dotato di autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento ad ogni soggetto, la cui natura, pubblica o privata, è indifferente ai fini del riconoscimento di detta capacità generale di diritto privato.

La capacità di diritto privato propria delle università si realizza nella partecipazione - al pari di qualsiasi ente pubblico - ad organismi di diritto privato e nella stipula di negozi giuridici di tale natura.

Anche per le università vale il principio per il quale un ente pubblico, prima che di essere pubblico, è in ogni caso un *ente*, un soggetto giuridico come un qualsiasi soggetto di diritto privato, per cui il carattere pubblicistico non può costituire un *minus* rispetto alla normale capacità di diritto privato rappresentando, al contrario, ed eventualmente, un'espansione della capacità giuridica⁽⁸⁹⁾.

Per tale ragione, gli atenei - come più in generale gli enti pubblici - sono legittimati a far ricorso agli strumenti del diritto privato ogni volta che a ciò non vi sia un espresso divieto in tal senso posto dal legislatore⁽⁹⁰⁾.

Da quanto sopra riferito discende che le università proprio perché enti pubblici possono disporre di tutti gli strumenti che l'ordinamento giuridico possiede al fine di raggiungere i propri scopi.

Se il ricorso agli strumenti privatistici discende direttamente dai principi generali dell'ordinamento, allora l'università potrà farvi riferimento per il perseguimento dei propri scopi anche in maniera alternativa rispetto ai modelli autoritativi. E sicuramente, comunque, prescindendo dall'esistenza di una norma che di volta in volta legittimi ed autorizzi l'ente all'abbandono dell'attività provvedimentale⁽⁹¹⁾.

Il ricorso agli strumenti offerti dal diritto privato, quindi, non solo è possibile, ma è anche lecita quando ciò è strumentale alla realizzazione dei fini che sono propri dell'amministrazione pubblica⁽⁹²⁾.

orientata nel senso del riconoscimento pieno della capacità generale alle persone giuridiche pubbliche, allineando la loro posizione a quella delle persone giuridiche private". Come riferimento normativo art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990.

⁽⁸⁹⁾ Così DUGATO, *op. cit.*, 704. Sull'argomento si veda PIRAINO, *La capacità dell'ente pubblico nell'evoluzione dei moduli dell'azione amministrativa*, in *Nuova rass.*, 20, 2000, 2117 ss.

⁽⁹⁰⁾ Sempre DUGATO, *op. cit.*, 704.

⁽⁹¹⁾ Sempre DUGATO, *op. cit.*, 704.

⁽⁹²⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - I parte*, in *www.giustamm.it*: "da un punto di vista sistematico la norma [art. 1] vuol significare una inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione e in caso di dubbio interpretativo sono sempre le norme di diritto pubblico a doversi applicare da parte delle pubbliche Amministrazioni e non quelle di diritto comune. L'agire secondo il diritto pubblico è la regola per le pubbliche amministrazioni; l'agire secondo il diritto privato l'eccezione, da tenere limitato ai casi espressamente previsti dalla legge. Questo principio, peraltro, da ritenere superato sia nella prassi

In realtà la lettura fornita in queste pagine non potrebbe essere diversa se non volendo porre nel nulla l'ormai chiaro disegno del legislatore. I più significativi interventi del legislatore sono infatti nel senso di fare dei poteri pubblici e di quelli privatistici strumenti fungibili per il perseguimento di uno scopo comune che è identificabile nel c.d. interesse pubblico⁽⁹³⁾, attraverso una sorta di interscambiabilità tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato⁽⁹⁴⁾.

Si pensi in questo senso alle previsioni di cui all'art. 1-*bis*, 11 della L. 241/90.

Fin dalla formulazione originaria di questo articolo⁽⁹⁵⁾ è apparso chiaro che l'ordinamento avesse realizzato un preciso giro di boa⁽⁹⁶⁾. Con esso, infatti, ha da un lato si è permessa la stipula di accordi all'interno del procedimento amministrativo prescindendo da apposita autorizzazione a farlo⁽⁹⁷⁾, e dall'altro il legislatore ha manifestato una sicura preferenza alla ricerca della conclusione del procedimento attraverso la formula consensuale piuttosto che mediante quella unilaterale ed impositiva realizzata dal provvedimento⁽⁹⁸⁾.

applicativa delle pubbliche Amministrazioni, sia nelle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali, viene ribaltato dalla norma in esame. Secondo essa infatti l'agire secondo il diritto pubblico dev'essere oggetto di espressa previsione normativa; ché altrimenti le pubbliche Amministrazioni agiscono secondo il diritto privato".

⁽⁹³⁾ Testualmente CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 150.

⁽⁹⁴⁾ Si veda in questo senso Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 28 aprile 1997, n. 35, in *Cons. Stato*, 1997, I, 592 ed anche Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 novembre 1995, n. 336, *ivi*, 1995, 1607.

⁽⁹⁵⁾ Gli accordi tra pubblica amministrazione e privati sono oggi previsti dall'art. 11 della legge 241/90, articolo che ha avuto la capacità di fondare giuridicamente la figura degli accordi, la quale, prima di tale intervento legislativo, riceveva disciplina solo relativamente a singole fattispecie, come ad esempio le convenzioni di lottizzazione, gli accordi di cessione di bene espropriato, *etc.* Cfr. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1215, il quale rileva come anche le previsioni di cui all'art. 11 della L. 241/90 rientrino in una operazione di crescente privatizzazione dell'attività amministrativa così come a qualche decennio a questa parte si sta realizzando, basti pensare al crescente coinvolgimento dei privati nella realizzazione di opere pubbliche, alla esternalizzazione delle funzioni amministrative, alla partecipazione e all'accesso agli atti ed al procedimento.

⁽⁹⁶⁾ Parla di giro di boa descrivendo l'art. 11 L. 241/90 GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 77, il quale sottolinea come le previsioni di cui al citato articolo schiudano nuove potenzialità all'azione amministrativa segnando il passaggio da un'amministrazione che impone obblighi ad un'amministrazione che assume obbligazioni.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. SALA, *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazione soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 228, il quale ricorda come la giurisprudenza abbia sempre considerato la mancanza di apposita autorizzazione alla stipula di patti come causa di nullità dell'accordo in quanto viziato da causa illecita.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. LEDDA, *appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 391, proprio sulla preferenza che l'art.

L'articolo in esame è stato, infatti, identificato da autorevole giurisprudenza come il fondamento giuridico per la stipula di contratti da parte della P.A.. Ed oltre ad essere un ulteriore riconoscimento della capacità privatistica esistente in capo all'amministrazioni è soprattutto espressione della tendenziale equivalenza tra l'attività amministrativa qualificabile di diritto pubblico e quella identificabile come diritto privato⁽⁹⁹⁾. Ciò è tanto più vero se ci sofferma sulla novella dell'art.11 cit. Questo è stato infatti modificato dalla legge del 2005 citata nella parte in cui fa venir meno il riferimento alla riserva di legge nella tipizzazione degli accordi sostituitivi e nella previsione che introduce il comma 4-*bis*, per cui "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento"⁽¹⁰⁰⁾.

11 l. cit appare accordata all'azione amministrativa fondata sul consenso piuttosto che sull'autorità.

⁽⁹⁹⁾ Si veda già Cons. giust. Amm. Sicilia, 4 novembre 1995, in *Foro it.*, 1996, III, 466, per cui "gli Enti pubblici, salvo espresse eccezioni di diritto positivo nei limiti delle loro finalità istituzionali, hanno capacità negoziale; capacità messa in particolare rilievo dall'art. 11 L. 7 agosto 1990 n. 241, che, ammettendo largamente la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti e sottoponendo gli accordi al regime dei contratti, ha ammesso una tendenziale equivalenza tra attività amministrativa di diritto pubblico e l'attività amministrativa di diritto privato".

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge 241/90*, in www.giutam.it/new-2005/Cerulli-Irelli, parte I, 5 ss, il quale osserva che l'art. 1-*bis* della riformata l. n. 241/90 opera un'inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale e che quindi lo strumento negoziale vada sempre privilegiato, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativo. Anche BACOSI, LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della 241*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005, sostengono che la nuova formulazione degli accordi sostitutivi sia una spinta verso la privatizzazione dell'azione amministrativa, pur ritenendo che la clausola contenuta nell'art. 1-*bis* ridurrebbe sensibilmente la valenza generalizzante del ricorso alla enorme di diritto privato. Ossia non vi è - leggendo in combinato disposto l'art. 1-*bis* e l'art.11 della l. 241/90 - una spinta verso la totale privatizzazione dell'azione amministrativa "è pacifico, infatti, che l'attività della pubblica amministrazione, anche quando operi *iure privatorum*, sia funzionalizzata al pubblico interesse: l'equiparazione di tale forma di attività con l'attività negoziale tradizionalmente riservata ai privati riguarda solo le forme, non anche l'interesse perseguito. Ciò si riflette nella adeguata motivazione richiesta dalla giurisprudenza a sostegno della scelta del modulo negoziale di azione" (LOMBARDO, *I principi dell'azione amministrativa alla luce della "nuova" legge 241/90*, in *Riv. amm.*, fasc. 1/2006, 14, oggi forse anche dalla previsione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 11 legge 241/90. E sembra quindi ancora valida la conclusione che fa Greco (GRECO, *op. cit.*, Torino, 2003, 295) per cui "l'accordo amministrativo è un contratto, cui l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri ammi-

In tale già chiaro contesto sembra non aver innovato nulla la novella dell'art.1-*bis* della legge 241/90, il quale espressamente afferma: "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Se del caso l'articolo in ultimo richiamato non fa altro che confermare l'impianto sopra descritto.

La previsione di cui all'art. 1-*bis* cit. non si occupa affatto della scelta di fondo tra autonomia negoziale ed esercizio del potere amministrativo. Sottolinea più limitatamente come nell'ambito degli atti di natura non autoritativi, esista l'assoluta possibilità, riconosciuta alle amministrazioni, di far ricorso, in difetto di contrarie previsioni normative, agli strumenti di diritto privato⁽¹⁰¹⁾.

Non viene ad essere smarrito il perseguimento del primario interesse pubblico attraverso l'uso di strumenti privatistici, anzi "la finalità pubblicistica è presente in atti di diritto comune, che restano comunque disciplinati dalla normativa civilistica"⁽¹⁰²⁾. Ossia l'atto autoritativo non è più il solo strumento della cura degli interessi pubblici, essendo divenuti fungibili gli strumenti attraverso cui perseguirli: "il diritto privato assunto dalla sfera pubblicistica si rivela in sé neutro strumento organizzatorio (e si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo (accordo ex art. 11, l. n. 241/1990) utilizzabile, nei casi previsti dalla legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 c.c."⁽¹⁰³⁾.

Gli strumenti (e le relative discipline) provenienti dal diritto privato civile sono di fatto e sempre più utilizzati nel settore amministrativo. Hanno acquisito ormai la fisionomia di strumenti (e di discipline) di diritto comune, inteso come un patrimonio di esperienza che si è affrancato dalla rigida dicotomia diritto privato - diritto pubblico⁽¹⁰⁴⁾.

nistrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare ed integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario".

⁽¹⁰¹⁾ In questi termini DE MARZO, *op. cit.*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 4, 383.

⁽¹⁰²⁾ In questi termini Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Cons. Stato*, 2000, I, 533; nonché in dottrina CORSO, *op. cit.*, 149 e MANFREDI, *op. cit.*, 94 i quali sostengono che anche nell'ambito del diritto privato sia possibile una funzionalizzazione per cui il perseguimento dell'interesse pubblico può avvenire da parte della PA anche con forme privatistiche.

⁽¹⁰³⁾ Testualmente Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2636, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2 del 2005, 432.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, si ritiene ormai quasi pacificamente che “né la peculiare connotazione soggettiva di una delle parti del contratto, né la direzione dell’atto al perseguimento dell’interesse pubblico, siano circostanze tali da legittimare l’introduzione di deroghe sostanziali alla disciplina ordinaria dell’interpretazione del contratto⁽¹⁰⁵⁾, e più in generale della normativa dei contratti così come degli altri istituti di diritto privato utilizzati nello svolgimento dell’attività amministrativa.

E ciò proprio al fine di circoscrivere il più possibile le forme di immunità e di privilegio che possono essere riconosciute ad uno dei contraenti in quanto soggetto di diritto pubblico⁽¹⁰⁶⁾.

In ogni caso, questa tendenziale parificazione tra le posizioni dei soggetti parte di un rapporto privatistico, e dunque la soggezione della P.A. alle regole del diritto comune, non significa completa svalutazione di ogni aspetto e differenza. La presenza di un’amministrazione pubblica come controparte del contratto non è un dato privo di rilevanza⁽¹⁰⁷⁾.

Infatti, anche non tenendo conto del momento strutturale della formazione di un contratto con la P.A. (si pensi all’eventuale procedimento preparatorio alla stipula di un contratto di diritto privato), dal punto di vista funzionale deve riconoscersi come anche attraverso l’utilizzo di uno strumento negoziale l’azione amministrativa è chiamata a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, efficienza, economicità e proporzionalità.

E innegabile, quindi, che esista una qualche peculiarità propria dell’attività negoziale della P.A.⁽¹⁰⁸⁾. Questo aspetto sembra essere insopprimibile anche dentro l’attività della P.A. qualificabile come di puro diritto privato (si pensi ai c.d. detti contratti strumentali), nella quale non possono non affiorare momenti autoritativi-provvedimentali, non fosse altro con riferimento agli atti preparatori del contratto⁽¹⁰⁹⁾.

È infatti opinione diffusa che ogni attività della P.A., anche quella in cui la stessa agisca strettamente come soggetto privato, sia strumentale al

⁽¹⁰⁵⁾ Sempre PENNASILICO, *op.cit.*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2 del 2005, 432.

⁽¹⁰⁶⁾ Si pensi alla evoluzione che nel tempo ha caratterizzato proprio l’attività negoziale della PA o alla esclusione prima dell’intervento della C. Cass n. 500/99 della risarcibilità dell’azione amministrativa.

⁽¹⁰⁷⁾ Ancora PENNASILICO, *op. cit.*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2005, 437 anche se l’autore si riferisce espressamente al piano ermeneutico del contratto che vede parte la P.A..

⁽¹⁰⁸⁾ Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2503: “la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle Pubbliche amministrazioni sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alla persone giuridiche in genere; tuttavia, in conformità dei principi relativi all’evidenza pubblica, le persone giuridiche pubbliche non possono assumere impegni contrattuali se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l’attività, finalizzata al perseguimento di interessi pubblici”.

⁽¹⁰⁹⁾ Così MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 67.

perseguimento di fini istituzionali⁽¹¹⁰⁾: il fine dei contratti di diritto privato della PA è sempre il perseguimento di interessi pubblici⁽¹¹¹⁾.

Si pensi solo, nei contratti conclusi *iure privatorum*, al rispetto delle norme sulla contabilità e sui controlli da parte dei competenti organi, oppure ai modi di pagamento di debiti pecuniari da parte della P.A., e al richiamo della procedura speciale contabile per la formazione del ritardo del titolo di spesa⁽¹¹²⁾.

Esiste innegabilmente una centralità dell'interesse pubblico anche nell'azione amministrativa consensuale che emerge da una serie di elementi: da un lato l'interesse pubblico costituisce la giustificazione logico giuridica delle deviazioni previste dalla legge alla disciplina privatistica; dall'altro anche in un ottica panprivatistica, il necessario perseguimento dell'interesse pubblico sembra doversi considerare un dato imprescindibile⁽¹¹³⁾.

Variamente viene spiegato questo riferimento al perseguimento dell'interesse pubblico anche attraverso l'agire *iure privatorum* della P.A..

Si è fatto riferimento alla vigenza, anche per l'attività consensuale della P.A., del principio di legalità che come tale creerebbe al potere negoziale dell'amministrazione un vincolo nel fine⁽¹¹⁴⁾, come avviene e

⁽¹¹⁰⁾ Si veda per esempio ROSSI, *Gli enti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, SANTANIELLO (diretto da), vol. VIII, Padova, 1990, 52. Infatti per GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 447, "la distinzione fra attività privata dell'amministrazione – quella, cioè disciplinata dal diritto privato e rivolta al mantenimento di sé stessa come: la provvista degli edifici per i propri uffici e servizi, la provvista di materiali di consumo necessari per il funzionamento dell'apparato burocratico – ed attività amministrativa di diritto privato – concernente (...) quella posta in essere da amministrazioni soggettivamente pubbliche ma che operano esclusivamente in regime di diritto privato (istituti di credito di diritto pubblico, enti gestori di imprese in regime di libera concorrenza) (...) è stata elaborata dalla dottrina essenzialmente per dimostrare che con la prima non vengono direttamente curati interessi della collettività. (...) Sotto il profilo storico-evolutivo [però] va tenuto presente, che la progressiva diminuzione del peso dell'entrate patrimoniali ed il correlativo incremento delle entrate tributarie per il finanziamento delle spese pubbliche hanno condotto all'esigenza di una disciplina unitaria dell'attività della P.A. finanziata con denaro pubblico", pervenendo così "alla graduale pubblicizzazione, e quindi funzionalizzazione, dell'attività privata dell'amministrazione pubblica".

⁽¹¹¹⁾ *Ex multis* Cass. civ., Sez. III, 8 gennaio 2005, n. 262, in *Notariato*, 2005, 599.

⁽¹¹²⁾ Cass. 21 febbraio 1983 n. 1308 in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2386 sentenza che precisa che i poteri discrezionali della P.A. in ordine alla formazione e alla liquidazione del titolo di spesa, non certo all'impegno di spesa già predisposto al momento della formazione del contratto.

⁽¹¹³⁾ Così CANGELLI, *La dimensione attuale del vincolo teologico nell'attività amministrativa consensuale*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del convegno, Milano 2002, 265.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. GOTTI, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa fra interpretazione problematica del diritto vigente e profili di rilevanza costituzionale: a proposito di un "accordo" sostitutivo in materia di edilizia economica popolare*, in *Foro amm.*, 1998, 819.

per l'attività amministrativa autoritativa unilaterale⁽¹¹⁵⁾.

Si è anche precisato che il principio di legalità a cui debba farsi riferimento nel senso sopra indicato sia quello di legalità-indirizzo, rintracciando in quest'ultimo "un'obiettiva funzione ordinativa, la funzione di limitare e incanalare l'attività dello Stato nell'interesse dello Stato medesimo"⁽¹¹⁶⁾.

Va rilevato infatti come proprio l'evoluzione dell'amministrazione in senso pluralistico – e la conseguente introduzione dei diversi interessi in gioco – acuisce l'esigenza della legalità come legalità-indirizzo⁽¹¹⁷⁾. Per tale ragione proprio il richiamato principio di legalità-indirizzo, espressione del collegamento tra amministrazione e popolo per il tramite della volontà popolare⁽¹¹⁸⁾, dovrà considerarsi vigente anche per l'attività amministrativa consensuale.

Altri, invece, parlano più propriamente di vigenza in tutti i campi di azione della P.A. del principio di doverosità, dove il punto di partenza è la considerazione della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dell'amministrazione all'interesse pubblico. Come detto, infatti, è oggi dato assolutamente pacifico che il contratto sia mezzo per la realizzazione dell'interesse dei cittadini al pari del provvedimento⁽¹¹⁹⁾.

Si può sintetizzare nei termini seguenti cosa si intenda, nell'azione amministrativa, rispetto del principio di doverosità.

Nel linguaggio comune il concetto di doverosità inerisce a comportamenti e la necessarietà di porli in essere. Nel linguaggio giuridico della teoria generale, invece, il termine usualmente viene richiamato per descrivere la caratteristica comune a certi comportamenti, attivi od omissivi, come dovuti.

La doverosità è utilizzata per indicare il rapporto sussistente tra una norma dell'ordinamento ed un atto, e precisamente per esprimere tale rapporto in termini di *necessitas agendi* (od *omittendi*).

Nell'ottica strettamente normativistica il concetto viene quindi contrapposto a quello di facoltà.

Nel diritto amministrativo la doverosità ha iniziato sin dagli anni 50, e proprio in seguito al superamento dell'interpretazione dell'interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione, ad essere menzionata

⁽¹¹⁵⁾ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 88; ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 155.

⁽¹¹⁶⁾ NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 27.

⁽¹¹⁷⁾ Così ancora CANGELLI, *op. cit.*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del convegno, Milano 2002, 267.

⁽¹¹⁸⁾ MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, Milano, 1982, 23.

⁽¹¹⁹⁾ MARZUOLI, *op. cit.*, Milano, 1982, 23; LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Padova, 1957, 48; ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, I, 534 ss.; in giurisprudenza Cass. civ. 27 luglio 1982 n. 4322, in *Mass. Cass.*, 1982; Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 1994, n. 899, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1330.

nell'accezione tecnica di *preordinazione necessaria dell'azione amministrativa agli interessi pubblici legislativamente determinati*.

Il significato di doverosità, quindi, ha cessato di essere identificato con la mera necessità nell'adozione o nel convenuto del singolo atto, andando invece a descrivere l'azione amministrativa nel suo complesso, sul presupposto che l'ordinamento impone alla P.A. il risultato più che il comportamento ad esso prodromico.

Il concetto successivamente è stato richiamato come principio del diritto amministrativo e non più, unicamente, come sostantivo riassuntivo una caratteristica dell'azione della P.A.⁽¹²⁰⁾.

Il richiamo al concetto di doverosità dell'azione amministrativa realizza la perdita dell'idea di funzionalizzazione come privilegio più che come situazioni vincolate.

E' innegabile, infatti, che funzionalizzazione dell'attività privata della P.A, ossia l'acquisizione della consapevolezza della utilizzabilità del contratto in luogo del provvedimento al fine di realizzare anche con il negozio l'interesse pubblico, significasse - almeno inizialmente - puro riconoscimento di privilegi all'amministrazione e come espressione della sua autorità⁽¹²¹⁾.

Nell'ambito dell'attività negoziale privata della P.A. sicuramente il concetto di doverosità porta con se limiti e doveri negativi, ma sicuramente si concretizza meglio e più pienamente in obblighi e doveri positivi.

O meglio, riflettere sul concetto di doverosità dell'azione negoziale della P.A. significa non solo e non certo analizzare la correlazione tra contratto e fine pubblico in termini di compatibilità, ma soprattutto significa interessarsi a tutte le regole legislativamente dettate, ossia positivamente dettate e non diversamente desunte, per assicurare la concreta realizzazione dello scopo ed il rispetto dei contraenti privati nell'intento di perseguire il bene comune.

Rintracciare obblighi e doveri comuni nell'attività amministrativa

⁽¹²⁰⁾ L'intero periodo di descrizione del concetto di doverosità è attribuibile a GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 58 ss.

⁽¹²¹⁾ Cfr. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti in imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblico in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 703 ss. Va ricordato, comunque, come la scienza giuridica dell'800 negasse che l'attività privata della P.A. fosse strumento idoneo a realizzare l'interesse pubblico ed era vista essenzialmente solo come mera attività strumentale al procacciamento di mezzi per la pubblica amministrazione. Tale lettura è stata rafforzata dall'affermarsi dello stato a diritto amministrativo e l'affrancarsi di quest'ultimo dal diritto privato. Già all'inizio del secolo del novecento, però, non solo si negò l'asserto per cui l'inerenza di un contratto all'interesse pubblico fosse capace di alterarne la sua natura, ma anzi si fece largo l'opinione che i contratti di diritto privato potessero certo essere utilizzati dalla P.A. per adempiere a i suoi compiti. Si veda per una critica forte alla teoria della funzionalizzazione dell'azione privata della pubblica amministrazione ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, *passim*.

provvedimentale così come in quella contrattuale significa capire l'esigenza trasversale per la legge di fissare un nocciolo duro di garanzie, a prescindere dal mezzo prescelto dall'amministrazione, tanto per l'interesse primario quanto per quelli secondari della P.A..

La comparazione della doverosità presente nel contratto con quella nelle funzioni e nei servizi fa emergere una neutralità del principio di doverosità sia in relazione allo strumento prescelto per il perseguire l'interesse pubblico, sia relativamente al soggetto a cui in concreto spetta di soddisfarlo.

Al contrario l'analisi dei doveri dell'amministrazione che decide di contrarre a fronte dei suoi corrispondenti poteri, fa affermare che ciò che rende peculiari i contratti della PA. non è il potere, alla luce del quale giustificare eventuali privilegi, ma del caso il perseguimento del dovere che le è proprio⁽¹²²⁾, il quale trova concretizzazione nella stessa scelta degli strumenti privatistici per la sua realizzazione, salvo emergere espressamente quando la legge, e solo la legge, introduce deroghe espresse a favore della P.A. per la sua concretizzazione talvolta avvertita come diretta.

Nell'attività degli atenei, al pari di ogni altro ente pubblico, quindi il ricorso allo strumento privatistico è espressione del principio di finalizzazione dell'attività amministrativa⁽¹²³⁾.

Ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, infatti, tutto il complesso dell'azione di una pubblica amministrazione deve essere diretto al persegui-

⁽¹²²⁾ Testualmente sempre Goggiamani, *op. cit.*, Torino, 2005, 194: "la bilateralità dello strumento prescelto per la cura del pubblico interesse implica, inoltre, un ulteriore piano di rilevanza della doverosità, la quale, infatti, finisce per coinvolgere di riflesso anche il contraente privato, più di quanto non si è visto accadere nell'attività funzionale. La parte privata del contratto, infatti, in quanto coinvolta nella realizzazione del bene collettivo, risulta dalla legge gravata di obblighi che non trovano equipollenti nei contratti *inter-privati*, si pensi, esemplificativamente, al sistema della qualificazione, all'obbligo di versare la cauzione, all'obbligo di pagamento delle spese del contratto. La ratio di tali ulteriori obblighi è quella di evitare che il fine pubblico sia pregiudicato dagli inadempimenti del contraente privato, mentre in un contratto tra privati l'ordinamento ritiene sufficiente gli ordinari mezzi di tutela contro l'inadempimento, essendo in gioco unicamente interessi di natura individuale. Il legislatore, quindi, per non rischiare che i comportamenti dei privati compromettano in alcun modo il fine prefissato detta una doverosità che può dirsi riflessa, in capo a loro e la rilevanza di tale dovutezza proviene dal codice penale al pari di quanto si è visto per i servizi pubblici". Si pensi a tutti i reati che coinvolgono il privato nella fase antecedente la conclusione dell'accordo che turbano la doverosità nel procedimento di stipulazione, lesivi dell'interesse pubblico alla regolare formazione del contratto dell'amministrazione, o quelli della fase esecutiva come i reati di inadempimento di contratti di pubbliche forniture, la frode nelle pubbliche forniture, la malversazione in danno dello stato etc. Ci si potrà semmai domandare se il concetto di doverosità nel senso indicato come fondamento dell'azione negoziale della pa che condiziona, pur non modificandone la causa, i negozi privati che la stessa stipula anche per fine strettamente strumentali.

⁽¹²³⁾ Si veda CASSETTA, *op. cit.*, 57 ss.

mento dell'interesse che la norma nello specifico le attribuisce. Se l'ente pubblico in esame è l'università, quindi, il ricorso agli strumenti propri del diritto civile è possibile se quest'ultimi realizzano lo scopo proprio dell'ente: istruzione superiore e ricerca⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁴⁾ In generale si veda DOMENICHELLI, *Giurisdizione e "controversie societarie pubbliche"*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2005, 276: "il legislatore ha favorito l'ingresso delle amministrazioni pubbliche nel sistema delle società consentendo loro di servirsi dello strumento societario proprio per superare le limitazioni del diritto amministrativo, per aggiungere rapidità e responsabilità alle decisioni pubbliche in un'area, quella dei servizi pubblici, nella quale il legislatore chiede iniziativa imprenditoriale e concorrenza".

L'INESIGIBILITÀ, LA PUNIBILITÀ E LA DISCREZIONALITÀ NEL QUADRO DEL PRINCIPIO DI OPPORTUNITÀ DELL'ORDINAMENTO PENALE

SOMMARIO: *Dalla radicata antinomia al contrasto “apparente” tra legalità e opportunità. – La legalità come connotato fondamentale dell’ordinamento penale. – La tassatività, l’irretroattività e l’idea di precisione che assecondano le prescrizioni penali positive. – Il proporzionalismo come criterio limitativo di grandezza nell’ordinamento penale: rinvio all’estratto della Rassegna Giuridica Umbra - fascicolo unico 2006. – La legalità e la convenienza delle disposizioni del diritto positivo. – Apparenza e/o effettività dei due principi: legalità ed opportunità. – Collegamento e limiti del riferimento al giusto ed alla convenienza. – La previsione giuridica come richiamo accertativo delle dottrine utilitaristiche che fondano la nozione del diritto (penale). – Le sequenze improprie delle considerazioni e degli accertamenti che distinguono l’inesigibilità, la punibilità e la discrezionalità. – L’inesigibilità e la graduata enunciazione della punibilità. – Fondamento e scopo della discrezionalità: correlazioni e funzioni della discrezionalità. – Contributo delle varie caratteristiche alla tipizzazione delle fattispecie penali e determinazioni gradate delle previsioni incriminatrici. – L’art. 132 e 133 c.p. e la struttura aperta delle determinazioni penali. – Segue: l’inesigibilità, la punibilità e la discrezionalità delle indicazioni espresse dalla composizione dell’illecito penale. – La previsione graduale delle scelte discrezionali collegate in via di presupposizione alla previsione normativa. – Inefficacia di ogni scelta di opportunità che eluda il senso delle disposizioni enunciate. – Il riferimento a dottrine più o meno recenti che riaffermano il principio. – L’inesigibilità come caratteristica d’avvio del Principio d’opportunità. – Analogo rilievo e l’esigenza di determinazioni delle fattispecie elastiche. – Corrispondenza delle nozioni elastiche coi principi affiorati dalla valutazione degli elementi indeterminati. – L’utilitarismo che traborda dalla nozione di “esigibilità” e che implica l’esclusione delle azioni riferibili all’umana disponibilità dei soggetti. – L’umanizzazione dell’ordinamento*

penale e l'assetto positivistico della dottrina dell'utilitarismo. – Il riflesso utilitaristico collegato alla verifica della nozione di utilità. – Premesse utilitaristiche al rimprovero penale. – Significato della reazione sanzionatoria. – Sanzione e punibilità. – Le condizioni di Punibilità. – Il collegamento delle condizioni di Punibilità con l'entità della sanzione. – La Punibilità come calmiera del rimprovero penale. – Le condizioni obiettive di Punibilità nello schema della gradazione dell'illecito penale. – Punibilità e Illiceità: correlazione proporzionalistica. – Le condizioni di Punibilità e la Legalità dell'ordinamento. – Compatibilità tra condizioni di Punibilità con le esigenze legalistiche. – Il riflesso più significativo della Punibilità con riguardo alla tipizzazione della fattispecie. – Le fattispecie "aperte" e la determinazione degli elementi indeterminati. – Indeterminatezza e limiti dell'accertamento normativo. – Idea della discrezionalità come presupposto dell'indicazione del precetto e della sanzione. – La discrezionalità come accertamento generale e speciale. – La nozione dell'Art. 133 C.p. . – Le varie opzioni della discrezionalità. – La discrezionalità e la scelta della natura della sanzione. – La discrezionalità e la misura dell'entità della sanzione. – I Limiti paradigmatici della Discrezionalità del diritto penale. – Determinazione dei confini concettuali della Discrezionalità penale. – Discrezionalità penale e riserva di legge. – Discrezionalità penale e tassatività della fattispecie. – Discrezionalità e legalità. – Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla discrezionalità penale. – Doverosità dell'esercizio discrezionalità. – La discrezionalità ed il potere d'indulgenza. – L'indeterminatezza della fattispecie. – Influenze concettualistiche nella ricostruzione della fattispecie penale. – Analisi dell'art. 133 C.p.p. come paradigma della discrezionalità penale. – Tassatività della elencazione dell'art. 133 C.p.p. . – Legalità e discrezionalità penale. – Tassatività della fattispecie penale come esigenza di natura costituzionale. – Imprescindibilità della discrezionalità penale anche nel quadro dei rapporti con l'art. 25 della Costituzione. – I criteri legali della discrezionalità. – L'imprescindibilità della legalità dalla discrezionalità ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ BELLAVISTA; *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milano 1939; BETTIOL, *Pena retributiva e potere discrezionale del Giudice* in Riv. It. 1941. È una circostanza palese che il potere discrezionale del Giudice aumenti nelle moderne legislazioni penali orientate dai criteri di individualizzazione sebbene non si possa affermare che questo criterio risulti attualmente illimitato come se le funzioni giurisdizionali venissero esercitate dal medesimo organo dello Stato. Si avrebbe, per verità, discrezionalità assoluta, ovvero, pura quante volte il magistero penale risulti illimitato. V. HENKEL, *Strfichter und Gesetz im neuen Staat, Hambrg, 1934*. Già nel 1930 il Drost (*Das Ermessen des strafrichters*, Berlin, 1930) in *Zeitung für die ges. Strafrechtswissenschaft*, 54 B pag. 426 ess; s. MESSINA, *La discrezionalità*

L'esigibilità, la punibilità e la discrezionalità sembrano esaurire nell'ordinamento penale il riferimento agli istituti che insistentemente richiamano gli schemi dell'opportunità e della convenienza.

In un primo tempo nel dare avvio a questo saggio avevo immaginato un'intitolazione che facesse riferimento ad un passaggio obbligato dell'indagine e che, in definitiva, sottolineasse l'attinenza dell'apparente contrasto di principio tra legalità ed opportunità.

Successivamente, però, mi è parso che dovessi abbandonare un'intitolazione così complessa, e forse anche viziata da un certo intellettualismo, per restare fedele al senso di questa ricerca: poiché in definitiva di questo si tratta, e cioè di verificare la consistenza e l'effettività dei due principi: la rettitudine e la utilità, che da tempo impegnano la teoria generale del reato, o, se si vuole, financo la teoria generale del diritto e che, segnatamente, nell'ordinamento penale rifiutano, quasi con sdegno, il richiamo all'opportunità quale caratteristica inconfondibile dell'indagine dogmatica⁽²⁾.

Posto che non sembra pensabile un ordinamento sanzionatorio in cui la previsione normativa possa isolare l'enunciazione dell'illecito dalla sua significazione contenutistica⁽³⁾, di riflesso all'indicazione che segnala esplicitamente la natura del diritto e l'imperiosa determinazione della

nel diritto penale, S.D., Roma 1947; NOVAKOWSKI, *Probleme der Strafzumessung in Strafrechtliche, Probleme der Gegenwart*, 1974; KUNST, *Strafzumessung, Tatschuld van Spezialpraktik in Osterreich – Juristenzeitung*, 1977; DEL ROSAL, *La funzione giudiziaria nell'applicazione e nella determinazione della pena nella legislazione penale spagnola*, in *Ind. Pen.*, 1969; NUVOLONE, *Il ruolo del Giudice nell'applicazione della pena in trent'anni*, ecc.; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, 64 c.p.; DOLCINI, *La Commisurazione della pena*, Padova, 1979; ROMANO *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Commentario*; ROXIN, *Prevention und strafzumessung in festschirafecht*, Bruns, 1978, 183, JESCHECK, *La pena pecuniaria. Moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, in *Indice Penale*, 1977, 365; PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, Padova, Cedam; HASSEMER, *Prevenzione generale e commisurazione della pena in teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980 p. 125.

⁽²⁾ Il titolo provvisorio che avevo adottato nell'affrontare l'argomento, si riferiva all'antinomia tra l'apparente contrasto di principio tra Legalità ed Opportunità; l'indicazione supponeva l'insanabile contraddizione tra legalità ed opportunità che già nel mondo classico si contrapponevano rigidamente escludendo ogni profilo di convenienza nella determinazione dei canoni regolativi dei rapporti tra diritto e utilità.

⁽³⁾ L'evoluzione della dottrina dell'inesigibilità nel secondo dopoguerra e nella sua attuale configurazione, V. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità, cit.*, IX ove si afferma l'eterno ritorno del diritto naturale e la ripresa della teoria dell'inesigibilità, pg. 135 e ss.

sua flessibilità⁽⁴⁾ cui si deve necessariamente conformare l'efficacia del comando in coordinazione con i canoni insopprimibili dell'unità dell'ordinamento e della certezza del diritto.

Nello scorcio di queste succinte considerazioni introduttive si impone, peraltro, la verifica indifferibile della compatibilità tra la correttezza ermeneutica e l'utilità dell'interpretazione⁽⁵⁾. Il che appare di particolare rilievo in quelle caratterizzazioni che sembrano particolarmente segnate da incertezza ed ambiguità: l'esigibilità, la punibilità e la discrezionalità che tutte appartengono agli schemi più significativi dello *ius puniendi*⁽⁶⁾.

Il moderno diritto penale è fondato su alcuni canoni essenziali: il Principio di Legalità, il Principio di Materialità, il Principio di Offensività e il Principio di Soggettività⁽⁷⁾. *Nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa* assolvono una complessa funzione di delimitazione dell'illecito penale per il quale, una dottrina meno recente ha con Alessandro Bonucci⁽⁸⁾ determinato elementi costitutivi e differenziali ormai definitivamente acquisiti dalla dogmatica penalistica che nell'ultimo dopoguerra ha insistentemente affrontato il problema della Legalità formale e sostanziale.

Questo dilemma, domina l'intero sistema penale non soltanto per

⁽⁴⁾ Sul collegamento della flessibilità del diritto con la certezza del diritto è enunciato chiaramente da Kelsen pur in una prospettiva parzialmente diversa richiamata dallo stesso Kelsen in *La dottrina pura del diritto*, pg. 281 e ss.

⁽⁵⁾ Il confronto del "giusto" con l'"utile" ripropone la prospettiva utilitaristica che da sempre pervade la definizione e la determinazione del diritto. Ove per utilitarismo si intende (*Cfr. infra* pg. 6 del testo) una concezione che ravvisa nel Principio d'utilità il fondamento e la valutazione dell'esperienza giuridica (umana). Sotto il profilo giuridico, morale e politico, a questo punto di vista si rapportano le indicazioni di BENTHAM e di JOHN STUART MILL che possono considerarsi i precursori della visione utilitaristica del diritto che ha espressione più significativa nella cultura anglosassone del XIX secolo e, segnatamente, con riferimento alla fondazione della rivista *Westminster Review*.

⁽⁶⁾ Il moderno diritto penale è fondato su alcuni canoni essenziali: il Principio di legalità, il Principio di materialità, il Principio di offensività e il Principio di soggettività. *Nullum crimen sine lege, actione, iniuria, culpa* assolvono una complessa funzione di delimitazione dell'illecito penale per il quale una dottrina meno recente ha, con ALESSANDRO BONUCCI, (*Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, estratto dalla *Riv. It. di Dir. Pen. e proc. pen.* diretta da BERENINI, FLORIAN, GAROFALO e ZERBOLIO, fasc. 5/6, Milano 1919) determinato gli elementi costitutivi e differenziali ormai definitivamente acquisiti dalla dogmatica penalistica che nell'ultimo dopoguerra ha insistentemente affrontato il problema della legalità formale e sostanziale. Questo dilemma domina l'intero sistema penale non soltanto per quanto concerne il "fatto", ma anche con riguardo ai problemi della personalità e delle conseguenze penali.

⁽⁷⁾ V. MANTOVANI, *Diritto Penale*, pg. 39 e ss..

⁽⁸⁾ V. BONUCCI, *op. cit.*

quanto concerne il “fatto”, ma anche con riguardo ai problemi della personalità e delle conseguenze penali.

Come si può desumere già dalla sofisticata intitolazione di questo saggio che legalità ed opportunità, vincolate dalle sopravvenute imposizioni costituzionali correlate all'irretroattività ed alla personalità della responsabilità penale, non debbano necessariamente concludersi in caratteristiche antitetiche, apparendo il contrario, sempre più convincente soltanto che si considerino i complessi percorsi degli accertamenti correlati alle caratteristiche espressamente articolate.

La secolare contrapposizione tra legalità ed opportunità ⁽⁹⁾ non sembra essere pervenuta alla sua più convincente enunciazione in cui si conferma la caratteristica dell'illegalità espressa nella forma della convenienza.

Tenuto conto che nel concetto di Diritto non sembra che si possa prescindere dagli schemi dell'inesigibilità, della punibilità e della discrezionalità, giova ripercorrere in qualche modo la controversa sequenza che emerge dalla indicazione della “pretesa”⁽¹⁰⁾ che costituisce l'armonioso sollecito della volizione del soggetto nei confronti delle indicazioni tratte dal significato e dalla portata dell'ordinamento giuridico.

L'indagine sulle condizioni di esclusione dell'elemento soggettivo del reato, non pare che possa prescindere dalla teoria di origine tedesca che fa riferimento alla c.d. “inesigibilità” (*Nichtzumutbarkeit*).

Nella sua lapidaria indicazione questa teoria sostiene che tanto il dolo, quanto la colpa, restano esclusi quante volte il soggetto-agente si trovi in condizioni che umanamente impediscono di potersi esigere un comportamento diverso da quello tenuto, e quindi conforme al precetto.

L'inesigibilità⁽¹¹⁾ designa una condizione ultralegale di esclusione della colpevolezza che trae il proprio fondamento in disposizioni che,

⁽⁹⁾ V. ARISTOTELE, *Op. loc. cit.*

⁽¹⁰⁾ V. Kelsen, *La pretesa e diritto soggettivo in La dottrina pura del diritto*, pg. 148 e ss, che richiama la specie e la misura della pena, le quali entrambe fissano contorni e limiti del rimprovero che caratterizza la Tipicità del precetto secondario e della prevenzione come finalità della sanzione..

⁽¹¹⁾ V. FORNASARI, *Il Principio di inesigibilità nel Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1990, *passim*; La critica della dottrina in un'attenta ricostruzione storica che dopo avere acquisito compiutamente la teoria dell'inesigibilità nell'età di WEIMAR, e nel periodo nazional-socialista (pg. 113, e ss), approfondisce la teoria dell'organizzazione e il principio di esigibilità (pg. 117, e ss); v. anche, *Teoria e critica dell'argomentazione e principio di esigibilità; concetto di esigibilità, op. cit.*, (pg. 195, e ss); *concetto di inesigibilità* (pg. 195, e ss); BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza – Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963.

pur distinte da quelle scritte e/o consuetudinarie, al pari di queste partecipano all'ordinamento giuridico di una data comunità ⁽¹²⁾.

Autorevolmente, in particolare, si identifica nell'inesigibilità una condotta distinta che costituisce una circostanza inevitabile che sta a fondamento di numerose ipotesi contemplate dalla legge penale.

Così, ad esempio, lo stato di necessità (art. 54 c.p.), i fatti punibili dalle diverse norme incriminatrici (artt. 361-366, 369, 372, 374 e 378 c.p.) realizzati per salvare se medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile pregiudizio alla libertà o all'onore e, in generale, a fondamento di tutte le forme di esclusione della colpevolezza (forza maggiore, costringimento fisico, costringimento psichico).

Sempre secondo questo punto di vista l'impossibilità di pretendere dall'agente una condotta diversa, costituisce la *ratio* comune di tutte queste disposizioni.

Di tal ché, sarebbe quindi giustificato il ricorso all'interpretazione analogica quante volte un caso, non espressamente previsto dalla legge, sia riferibile a quel principio comune ⁽¹³⁾.

A questa teoria non sono mancate, per tempo, censure sistematiche e funzionali.

È stato osservato che il suo inserimento tra le cause di esclusione della colpevolezza appare forse del tutto improprio trattandosi, invece, di una causa di esclusione dell'antigiuridicità, posto che implicherebbe il venir meno della norma nel suo momento imperativo.

Per quanto concerne il riferimento testuale di altri autori che si sono occupati espressamente dell'argomento ⁽¹⁴⁾, alla formula che non si possa in quelle circostanze umanamente esigere una condotta diversa, può osservarsi che tale rilievo risulta tutt'altro che persuasivo poiché deriva soltanto da sentimenti tipici dell'interpretazione che non possono essere negati come espressione autenticamente giuridica dell'intelligenza dell'interprete.

⁽¹²⁾ V. BETTIOL, *Diritto Penale*, XII edizione, CEDAM, Padova.

⁽¹³⁾ Sulla origine storiche dell'analogia in materia penale V. DELITALIA, *Criteri Direttivi nel nuovo Codice penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1935, pg. 574 e ss, ove si sostiene che il "latinetto" *Nullum Crimen, nulla poena sine previa lege poenali*, rileva Delitalia, non deve trarre in inganno; è un latino moderno di marca tedesca che proviene da ANSELMO FUERBACH che ha per primo rivestito il principio con la toga romana, forse per renderla più solenne. I giuristi tedeschi, osserva sempre Delitalia, non avevano ancora inaugurato l'attuale crociata: *Los vom römischen Rechts!* (Liberiamoci dal diritto romano), non si era ancora contrapposto Arminio a Cesare. L'origine del divieto è controversa: per MEZGER il principio è, invece, di origine inglese ed avrebbe trovato originariamente la consacrazione nella Magna Charta di Re Giovanni nel 1215.

⁽¹⁴⁾ V. SCARANO, *cit.*

Difficoltà non minori, secondo la dottrina dominante, la “Nichtzumutbarkeit” incontra nell’insuperabile tentativo di giustificare ogni azione criminosa (*tout comprendre c’est tout pardonner*) che, come è stato rilevato, costituirebbe una vera e propria capitolazione della società di fronte al delinquente, del quale gli istinti e le passioni sono valorizzati sino a influenzare le regole della legge e della sua applicazione.

La casistica, che nella letteratura penalistica esemplifica gli argomenti a sostegno della teoria dell’inesigibilità, non sembra particolarmente persuasiva: si possono verificare episodi in cui il giudice venga a trovarsi nell’angoscioso dilemma tra l’osservazione della “lettera” della legge, che impone la condanna, ed i problemi di coscienza che ne reclamano l’assoluzione.

Per dirimere questa situazione, forse, può essere sufficiente un ampliamento della scriminante dello stato di necessità che nel nostro diritto è regolata in maniera eccessivamente rigorosa: ma il sancire espressamente il principio della inesigibilità sembra, forse, contrastare con una valutazione equilibrata delle scriminanti ⁽¹⁵⁾.

Sembra piuttosto scontato che, con una sorta di funambolismo interpretativo si finiscano col riproporre “fatalmente” quegli inconvenienti manifestamente gravi che, già prima del codice Zanardelli, si lamentavano nel nostro ordinamento per l’applicazione della discussa scriminante della “forza irresistibile”⁽¹⁶⁾ che, per evitare abusi incontenibili, finì con l’imporre la sua decretata abolizione.

⁽¹⁵⁾ La *Inesigibilità*, come condizione generale di esclusione della colpevolezza, soddisfa ad una duplice esigenza: 1) La sistemazione con un profilo comune di tutta una serie di scusanti codificate che non sembrano escludere il nesso psichico e la colpevolezza, e che presentano una *ratio* comune: lo stato di necessità, la non punibilità di alcuni reati contro l’amministrazione della giustizia, se commessi per salvare il soggetto da un grave ed insanabile pregiudizio; 2) L’ammissione, sul presupposto dell’*Analogia juris*, di cause di esclusione non codificate delle colpevolezza in ipotesi che parrebbero ingiustificate come i casi dell’autista che non provvede a soccorrere l’investito, nel timore del linciaggio della folla, ovvero, del medico condotto che ometta di visitare un infermo a causa della stanchezza dovuta alle numerose visite compiute. (V. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in Ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrecht*, Berlino, 1930.); V. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfestellung*, Berlino.

⁽¹⁶⁾ V. SANTAMARIA, La *Forza Irresistibile* costituiva una causa di esclusione del reato o, come anche si diceva, una derimente che ebbe notevole applicazione nel Diritto Penale del secolo XIX. Era espressamente prevista dall’art. 94 C.p. dell’epoca che, ripetendo il modello francese, stabiliva che non vi è reato se l’imputato si trovi in stato di imbecillità, pazzia, od un morboso furore nel commettere l’azione, ovvero, se vi fu tratto da una forza alla quale non potè resistere. Formula analoga si ritrova nel codice austriaco (paragrafo II) quando il fatto avvenne per forza irresistibile; in quello delle Due Sicilie (art. 62 C.p. – “Non esiste reato quando colui che lo ha

L'afflato utilitaristico che ispira e governa questa indagine, ravvisa il Principio d'Utilità dell'esperienza umana, considerata sotto il profilo morale, politico e giuridico, quale orientamento di pensiero che risale a Jeremy Bentham e a Jhon Stuart Mill che anche per la loro attitudine sistematica, possono considerarsi i principali esponenti dell'utilitarismo ⁽¹⁷⁾.

commesso vi era costretto da una forza irresistibile che lo spinse all'atto nonostante il dissenso della sua volizione".); in quello degli estensi (art. 55 C.p., paragrafo II – "...se vi fu spinto da una forza esterna alla quale non poté resistere."). La forza irresistibile nonostante che esprimesse un'esigenza generalmente accolta e per la quale, quando un agente fosse stato spinto all'azione da un impulso incontrollato o, comunque, da una motivazione anormale, era tutt'altro che indiscusso il contenuto ed il limite che risultavano di difficoltosa determinazione, ivi compreso lo stato di necessità. La concezione psicologica della Forza Irresistibile dominò la letteratura giuridica meno recente. Nella relazione al Progetto Mancini del 1876 si sostenne la necessità di evitare, nella formulazione del codice, la nozione della "*Forza irresistibile esterna*" per adottare, preferibilmente, la nozione di "*Forza irresistibile interna*". Viene ricordato che alcune virtù e, nonché, nobilissimi atteggiamenti possono, in taluni casi, far apprezzare comportamenti virtuosi e nel contempo palesemente ingiusti. Così, nell'ipotesi nella quale sia stata sedotta una figlia innocente, e che una cieca esaltazione è quasi con furore attende ed uccida il seduttore. Secondo un autore dell'epoca abbastanza celebrato, la Forza irresistibile trovò applicazione giustificativa negli impulsi invincibili. L'atto chiaramente contrario, deriva da un funzionamento anomalo che, tuttavia, non si identifica con l'infermità mentale. In contrasto con il CARRARA, il PUGLIA dava rilievo ad elementi, o circostanze, che rendevano improbabile il controllo delle reazioni. Così il SETTI, che optava per la validità del concetto della Forza irresistibile ravvisando nella cattiva interpretazione ed applicazione, i dubbi e le perplessità che attenevano a Forze irresistibili in cui si fronteggiavano conflitti di situazioni obbligatorie con lo stato di necessità. Di tal che, si teorizzò financo la "*Forza Semi-irresistibile*" che nelle codificazioni preunitarie (art. 95 Codice Sardo) prevedeva una diminuzione di pena nell'ipotesi in cui la Forza irresistibile non avesse raggiunto un grado sufficiente per escludere la responsabilità. Di guisa che, già il problema dell'art. 95 si innestava in quello più generale della Teoria della Semimputabilità, sulla quale le opinioni della dottrina erano discordi.

⁽¹⁷⁾ L'utilitarismo designa un orientamento che, richiamate le proposte di JEREMY BENTHAM e JHON STUART MILL, può essere definito, per il suo carattere sistematico, come la complessa e particolare tendenza cui puntualmente si rapporta lo stesso DAVID HUME. Tornando alle origini meno recenti giova ricordare, innanzitutto, l'esposizione di FRANCOIS HUTCHESON (ideatore dell'*An inquiry concerning the origin of our ideas of virtue*). Lo stesso HUME deve considerarsi uno dei promotori del pensiero utilitaristico classico per l'elaborazione delle nozioni di virtù e di giustizia. Meritevole di segnalazione è poi la tradizione anglosassone del XVIII secolo, nonché la teorizzazione degli economisti classici, tra i quali svetta ADAM SMITH, nonché l'utilitarismo teologico di JOHN GAY e WILLIAM PALEY, volto a conciliare virtù ed edonismo postulando l'intervento della volontà divina. Rafforzata dalle teorie sensistiche e pulsionistiche di HELVETIUS e di D'HOLBACH la dottrina utilitaristica sovrasta l'illuminismo lombardo e ispira, in particolar modo, i contributi di PIETRO VERRI e di CESARE BECCARIA. L'apice dell'utilitarismo si verifica nell'Inghilterra del secolo XIX

In un efficace osservazione riepilogativa, movendo da Hutcheson (*An inquiry concerning the origine of our ideas of virtue*), e ritenuto lo stesso Hume tra gli iniziatori del pensiero utilitaristico, richiamate le scuole anglosassoni del XVIII Secolo, nonché, le teorizzazioni degli economisti classici, tra i quali Adam Smith, che subì l'influenza determinante dalla Hutcheson, e gli orientamenti utilitaristici di Helvetius e Pietro Verri anche con riferimento a Cesare Beccaria, generalmente si considera con l'elaborazione di Jhon Stuart Mill, che ha evidenziato un sistema basato sul calcolo della felicità, gli elementi e le circostanze che convergono in una impostazione positivistica della morale e del diritto.

L'utilitarismo, peraltro, non va confuso con le posizioni che attengono alla discussione che inerisce alla sfera morale, politica e giuridica.

Giova muovere da Hutcheson per ricordare espressioni della "*Massima felicità per il massimo numero di persone*" così da ricomprendere lo stesso Hume, per la sua elaborazione del concetto di virtù e di giustizia, come uno dei sostenitori di codesta indicazione.

Le tematiche utilitaristiche ispirarono, poi, la scuola anglosassone (scozzese) del XVIII secolo nonché i teorizzatori, come ricordato dalla Zanuso, degli economisti classici tra i quali svetta Adam Smith.

Meritevole di particolare attenzione è anche la dottrina dell'utilitarismo ideologico di Jhon Gay e William Paley volta a ricollegare la

con il sistema bentheniano e con i fondamentali contenuti di JOHN STUART MILL e con l'apparizione della *Westminster Review*, trasformata poi nell'Università Londinese. A JEREMY BENTHAM va riferito il calcolo destinato all'applicazione della felicità per tutti gli individui e, oltre a JOHN STUART MILL sono rammentati già nel ricordo di JOHN BOWRING, GEORGE GROTE, CHARLES BURLER, ETIENNE DUMONT, EDWIN CHADWICH e WILLIAM MOLESWORTH. Particolare segnalazione merita JOHN AUSTIN che approfondì e sistemò la teoria del BENTHAM inserendolo nella teoria generale del diritto. L'utilitarismo non va confuso con le idee che hanno riservato particolare enunciazione alla dimensione economica e al perseguimento dell'utilità individuale e collettiva, per quanto concerne la sfera morale, politica e giuridica. Se il perseguimento dell'utilità appartiene alle prerogative del pensiero illuministico e, segnatamente, di quello anglosassone, il che non significa che nella storia della cultura occidentale non siano state rappresentate teorie mirate al tema dell'utilità. Prescindendo dalle reminiscenze classiche e, così dalla distinzione della "*utilitas legum*" e la "*veritas legum*" che connotarono dopo Cicerone il dilemma dei Padri della Chiesa, con il sopravvenire della modernità l'"utile" occupa costantemente l'attenzione di fondamentali pensatori. La ZANUSO ricorda MACCHIAVELLI, SPINOSA, MARX E CROCE i quali tutti hanno riconosciuto l'essenzialità dell'utile senza ignorarne la complementarietà con altre caratteristiche ad esso connesse ma in esso non comprese. BENEDETTO CROCE prospetta una filosofia dell'utile riservando a questa indicazione un rilievo di palese principalità per quanto concerne la vita economica, politica e giuridica; CROCE concepisce, comunque, l'utile come categoria spirituale riferibile, grazie alla dialettica dei distinti, all'unità circolare dello spirito. La concezione utilitaristica va distinta dalla tendenza neoutilitaristica, insorta più recentemente dopo una prolungata eclissi delle concezioni utilitaristiche a seguito della concorrenza delle idee.

virtù e l'edonismo, postulando l'intervento in una presunta volontà divina. Rafforzata dalle teorie sensistiche e funzionistiche di Helvetius e D'Holbach, l'idea utilitaristica influenza palesemente l'illuminismo lombardo e così, segnatamente, i contributi di Pietro Verri e Cesare Beccaria, giungendo al suo apice nel XIX secolo con la fondazione della rivista "*Westminster review*".

A Jeremy Bentham, però, l'utilitarismo tributa la più coerente e radicale sistemazione: pur senza introdurre novità di rilievo, Bentham contribuisce alla diffusione dell'utilitarismo.

Merita, inoltre, una particolare segnalazione J. Austin che approfondì e sistemò la dottrina di Bentham nella teoria generale del diritto.

L'utilitarismo non può essere confuso con quelle indicazioni che hanno ritenuto opportuno assegnare precise attenzioni alla dimensione economica ed al perseguimento dell'utilità individuale e collettiva sotto il profilo della sfera morale, politica e giuridica.

Se la ricerca dell'utilità appartiene al pensiero illuministico, e segnatamente anglosassone, il che non significa che nella storia della cultura occidentale non si siano prospettate idee-forza sul tema dell'utilità se è vero, come non può essere negato, che già i padri della chiesa ebbero a distinguere *l'utilitas legum* e *la veritas legum*.

La Zanuso ricorda che studiosi come Machiavelli, Spinoza, Marx e Croce a titolo esemplificativo, hanno valorizzato l'essenzialità dell'utile connesso ad altre caratteristiche.

Benedetto Croce prospetta una filosofia dell'utile riservandogli un rilievo fondamentale per quanto attiene alla dialettica dei distinti, all'unità circolare dello spirito.

L'utilitarismo non deve essere confuso con le idee che occupano quella corrente di pensiero che va sotto il nome di "neoutilitarismo"⁽¹⁸⁾.

Il neoutilitarismo dopo un lungo periodo di eclissi della tematica utilitaristica, non può essere confuso con le posizioni che riservano particolare attenzione alla dimensione economica ed al perseguimento dell'utilità individuale e collettiva per quanto attiene alla sfera morale, giuridica e politica.

Nell'epoca moderna l'utile attira l'attenzione di svariati pensatori, come efficacemente già richiamato dalla Zannuso⁽¹⁹⁾, si ricorda Machiavelli, Spinoza, Marx e Croce i quali, tutti, hanno riconosciuto l'essenzia-

⁽¹⁸⁾ Per un'articolata espressione delle varianti del Neoutilitarismo V. PONTARA, *Utilitarismo*, in Dizionario di Politica (AA. VV. BOBBIO- PASQUINO-MATTEUCCI, Torino, 1983, pg. 1225 e ss), V. anche AA.VV. *L'utile e le giuste* in Archives de Philosophie du droit, 1981.

⁽¹⁹⁾ V. ZANUSO, *Utilitarismo*, in Enc. Dir.

lità dell'utilità senza ignorarne le insuperabili connessioni.

Benedetto Croce ⁽²⁰⁾ propone una filosofia dell'utile assegnando al concetto un'importanza fondamentale per quanto riguarda l'esperienza economica, politica e giuridica.

L'utile, in breve, costituisce una categoria spirituale necessariamente connessa, per effetto della dialettica dei distinti, all'unità circolare dello Spirito. Secondo numerosi studiosi, e segnatamente per i seguaci della scuola marginalistica, è lo stesso concetto di utilità a modificare nel neoutilitarismo ⁽²¹⁾.

Gli utilitaristi, ma soprattutto Bentham ed Austin, hanno assolto un ruolo fondamentale nella costruzione teorica del diritto moderno; in particolar modo il loro punto di vista ha rappresentato un essenziale contributo all'elaborazione della idea giuspositivistica della *Jurisprudence* analitica ed alla formulazione della funzione e dei limiti della pena.

Le dottrine di Bentham e di Austin costituiscono il punto di riferimento essenziale per la *Jurisprudence* anglosassone e per la filosofia analitica (HART).

In generale, l'utilitarismo affida all'intervento del legislatore il compito di programmare la società in senso totalizzante allo scopo di riempire i limiti sul piano morale e sociale.

Una definizione esaustiva della norma giuridica, si ritrova negli scritti di Jhon Austin, il quale sviluppa le tesi di Bentham sottese, nella maggior parte dei casi, ai contributi degli utilitaristi classici. La norma sarebbe un'espressione di volontà, una sorta di comando generale ed astratto.

La norma giuridica, come promanazione di un ente Sovrano, ovvero da un soggetto indipendente, implica una concezione imperativistica.

Conseguentemente, gli utilitaristi censurano il sistema della Common Law e dell'ordinamento inglese ⁽²²⁾.

Per quanto attiene al rapporto tra normatività giuridica e normatività morale, Austin ⁽²³⁾, dopo aver evidenziato tra i tratti caratteristici

⁽²⁰⁾ V. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, 1907.

⁽²¹⁾ V. MUSACCHIO, *Gli indirizzi dell'utilitarismo contemporaneo*, Bologna, 1981; SMART e WILLIAMS, *Utilitarismo: un confronto*, Napoli, 1907; ZECCHINATO, *Il punto archimedeo. Ragione ed etica nella filosofia italiana dal '45 ad oggi*, Padova, 1986, secondo cui il perseguimento dell'utilità è, inoltre, invocato

⁽²²⁾ L'utilitarismo esalta in primo luogo il tentativo di trasformare l'etica in una scienza positiva della condotta umana che Bentham aspirava a rendere equivalente alla matematica (*Introductin to the Principles of Morals*). Di conseguenza questo collegamento implica un aspetto fondamentale del positivismo (BOBBIO).

⁽²³⁾ ARDUINO AGNELLI osserva come Austin attribuisca particolare rilievo alla reazione della opinione pubblica connessa alla violazione della moralità positiva;

della giustizia legale e di quella morale e sociale, e dopo aver affermato che alla giurisprudenza compete la riflessione solo attorno alla prima, sottolinea come non si possa mai parlare di scissione o di separazione tra diritto e morale ma solo di distinzione, riprendendo così un'idea fondamentale di Bentham.

L'utilitarismo sostituisce così alla considerazione della finalità desunta dalla natura metafisica dell'uomo, la considerazione dei moventi che determinano l'umana azione.

Il riconoscimento della natura superindividuale del piacere, di guisa che lo scopo di ogni azione umana diventa "la massima felicità ripartita nel maggior numero di persone", costituisce una formula che, già enunciata da Cesare Beccaria, fu accolta dallo stesso Bentham che con tutti gli utilitaristi inglesi sottolineò la coincidenza dell'utilità privata con l'utilità pubblica: in conformità ai canoni del liberalismo che risalendo a Comte aveva messo in luce la sua religione dell'umanità. La norma è quindi un comando generale ed astratto accompagnato dalla previsione di una sanzione conseguente alla sua affermazione imperativistica, statualistica e positivistica dell'esperienza giuridica.

John Stuart Mill appare il più moderato nel suo giudizio critico in quanto richiede la tutela dei diritti individuali, una forma privilegiata per garantire l'utilità e la felicità della maggior parte dei consociati ⁽²⁴⁾.

I seguaci più ortodossi dell'utilitarismo designano una complessa e composita idea dell'utile, che risponde ad un orientamento che alcuni studiosi vogliono far risalire alla dottrina epicurea ⁽²⁵⁾.

John Stuart Mill rivendica la paternità dell'espressione "utilitarismo", derivandola da GALT ⁽²⁶⁾ a cui è dovuto il successo della formulazione che in passato era già stata occasionalmente utilizzata dal Bentham.

Le indicazioni più significative dell'utilitarismo possono essere sommariamente riepilogate: innanzitutto come si è già sottolineato, va annotato il tentativo di trasformare l'etica in una scienza positiva della condotta umana.

Conseguentemente l'utilitarismo sostituisce alla considerazione del fine, tratto dalla natura metafisica dell'uomo, l'enunciazione dei moventi che in linea di fatto determinano l'uomo all'azione.

Per questo aspetto rivive il collegamento con la tradizione edonisti-

queste reazioni attengono alle principali sanzioni del Sovrano: "...non è limitato dalla legge positiva di cui è l'autore, il sovrano è limitato dalle altre leggi che si affermano nel mondo dell'azione soprattutto dal principio di utilità" (ARDUINO AGNELLI, *Jhon Austin*, cit. pg. 119 e ss).

⁽²⁴⁾ V. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, TORINO 1979, 131 e *passim*.

⁽²⁵⁾ V. Enc. del Diritto, *Utilitarismo*, GIUFFRÈ, Milano.

⁽²⁶⁾ V. GALT, *Annali of Paris*.

ca che fissa nel piacere come motivazione della massima felicità, come originariamente sviluppato dal Beccaria.

L'accoglimento di questa formula suppone la sovrapposizione dell'utilità privata con l'utilità pubblica, in senso del tutto conforme all'indirizzo del liberalismo moderno.

Secondo gli utilitaristi e segnatamente per James Mill e per John Stuart Mill⁽²⁷⁾, che li collegava alla regola dell'associazione psicologica, l'altrui felicità veniva sollecitata perché intimamente collegata con la felicità personale e propria.

La stretta associazione dell'utilitarismo con le insorgenti determinazioni economiche di Malthus e Ricardo provocarono la condivisione dello spirito informatore e positivo.

Nell'ambito politico e sociale gli utilitaristi si preoccuparono di assistere la loro dottrina morale come fondamento di riforme e che potessero aumentare il benessere della felicità degli uomini, per questo profilo l'utilitarismo fu anche indicato come radicalismo⁽²⁸⁾.

Sotto il profilo strettamente penalistico va ricordata l'ideazione da parte di Bentham della c.d. "*Panopticon*", singolare struttura architettonica che, se adottata, avrebbe reso possibile riformare in modo economico, umanitario ed efficiente, interi sistemi penitenziari trasformando i detenuti in soggetti nuovi, alieni dalla dimensione del conflitto intersoggettivo, perché programmati all'obbedienza ed alla produzione.

Sebbene l'orientamento che accosta il "*bene*" con "*l'utile*" si possa far risalire ad Epicuro⁽²⁹⁾, dal complesso di queste indicazioni l'Utilitarismo, inteso come tendenza storicamente determinata, corrisponde ad un indirizzo del pensiero economico, etico, politico delle esperienze anglosassoni.

Stuart Mill ritenne di aver per primo usato l'espressione "*Utilitaristica*" (*utilitation*) tratta da un'espressione fondamentale del Positivismo.

L'Utilitarismo trasforma l'etica in una scienza positiva, derivata da Galt, che Bentham voleva rendere esatta come la matematica (*Introduction to the Principles of Morals*).

⁽²⁷⁾ Significativa è la distinzione seguita da J.S. MILL tra i vari tipi di libertà: libertà di pensiero, di espressione, di azione e di associazione. Per quanto concerne la libertà nello Stato per MILL essa è sempre libertà dello Stato.

J.S. MILL cerca di fissare in senso strettamente individualistico la sua difesa della libertà civile sulla distinzione dei comportamenti che riguardano l'agente e i comportamenti che concernono gli altri individui.

⁽²⁸⁾ V. *The English Utilitarians*; ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di C. Beccaria*, NAPOLI 1971

⁽²⁹⁾ V. EPICURO, *Op. loc. cit.*

Questo accostamento restituisce all'Utilitarismo un aspetto fondamentale del Positivismo, garantendo a questo indirizzo un ruolo importante del movimento positivistico, per altro verso, assicurando all'Utilitarismo un ruolo decisivo nella storia dell'etica.

Conseguentemente, si finisce col sostituire alla considerazione del "*fine*", desunto dalla natura metafisica dell'uomo, la considerazione dei "*moventi*" che, in linea di fatto, determinano l'azione umana.

Per questo aspetto reclamano una correlazione tra l'uomo, come essere vivente, e l'edonismo.

L'accettazione di questa formula fu accolta dal "*liberalismo*" moderno (James Mill e Jhon Stuart Mill) orientando la coincidenza dell'utilità privata al sentimento di utilità umana che, già Comte, aveva messo in luce con la sua relazione dell'Umanità.

Lo stretto collegamento dell'utilitarismo con le dottrine della nascente scienza economica, coinvolge Thomas Malthus e David Ricardo che la condivisero nel suo spirito positivo e riformatore.

Tale spirito, dal punto di vista politico e sociale degli utilitaristi che si preoccuparono di collegare la loro dottrina morale come fondamento di riforma che avrebbero dovuto, nei più diretti settori, aumentare il benessere e la felicità degli uomini.

L'ulteriore contesto problematico in cui è avvertita la necessità di cogliere, sotto il profilo dell'opportunità, l'esigibilità riflessa da rappresentazioni irriducibili del diritto sembra esprimere, come si è annunciato in precedenza, il non sempre assetto organico della *punibilità*.

* * *

LA PUNIBILITÀ

SOMMARIO: *Premesse e note introduttive alla definizione della punibilità; Dal vecchio conio all'enunciazione più recente dell'assoggettabilità del reato alla pena; La Punibilità e la bipartizione e tripartizione del reato. La pena e la sussistenza di un fatto antigiuridico e colpevole. Le difficoltà e gli inconvenienti del collegamento tra le condizioni di punibilità e il fatto antigiuridico e colpevole. Il Principio di opportunità regolativo delle condizioni di punibilità. Irrilevanza della loro putatività. Le cause personali di non punibilità e la teoria generale dell'immunità. Le immunità collegate al diritto pubblico interno, ovvero, al diritto internazionale. I criteri di convenienza che ispirano le varie forme di immunità. Fondamento ed efficacia dei vari tipi di immunità. La distinzione tra immunità assolute e relative e i criteri di convenienza che ne ispirano l'enunciazione. L'immunità e l'adeguamento della pena (sanzione) all'illecito. Ambiguità*

del rapporto fra la pena e la punibilità. La comparsa (tardiva!) dell'art. 44 c.p. ed il significato della disposizione con riferimento alle condizioni di punibilità. La punibilità e la corrispondenza dell'adeguamento della pena all'illecito (penale). Il rilievo del Kelsen sulla flessibilità della previsione normativa anche con riferimento alla certezza del diritto. Il contributo della punibilità alla malleabilità (duttilità) del diritto. La variante applicativa dell'indicazione Kelseniana, e il rapporto tra determinazione normativa e natura delle cose. La punibilità ed il suo riferimento contenutistico. Le nuances contenutistiche dell'indirizzo formalistico kelseniano. La punibilità e l'illecito penale nella saggistica meno recente di Alessandro Bonucci. Le irresistibili deviazioni del formalismo kelseniano. La flessibilità del diritto e la certezza del diritto. La flessibilità come forma di elasticità ed il suo significato equivalente: la pieghevolezza della flessione.

Insoluto l'annoso dilemma⁽³⁰⁾ che oppone la tripartizione alla bipartizione del reato, pur ritenendo con la migliore dottrina che la teoria tripartita rappresenti quanto di meglio la dogmatica penale abbia saputo esprimere nella considerazione analitica del reato⁽³¹⁾, si deve segnalare l'avvincente novità che aggiunge un ulteriore elemento dell'analisi del reato: *La Punibilità*⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ In un'aggiornata edizione del *Corso di Diritto Penale*, DOLCINI E MARINUCCI (GIUFFRÈ editore, III° ed. 2001), integrano la tradizionale tripartizione del reato che, previa distinzione, riunisce il fatto tipico, all'antigiuridicità ed alla colpevolezza, con un ulteriore elemento che in epoca meno recente l'estrosa riflessione di GIULIO BATTAGLINI proponeva in alternativa all'antigiuridicità, come caratteristica imprescindibile della fattispecie criminosa. Ne risultava, pertanto, un'analisi del fatto illecito fondata su uno schema quadripartito in cui il riferimento alla Punibilità completava l'essenza del reato scomposto dalle significazioni irrinunciabili della struttura dell'illecito.

⁽³¹⁾ V. MAGGIORE, *Diritto Penale*, I, precisa: "Qui vogliamo ribadire la legittimità della teoria tripartita, della teoria, cioè, che analizza e studia il reato sotto il triplice aspetto: azione, antigiuridicità e colpevolezza. Essa è quanto di meglio la scienza abbia saputo dare finora e resta – nonostante le critiche e i tentativi di sostituzione – insuperata".

⁽³²⁾ V. MUSOTTO, *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato*, Palermo, 1936; ALIMENA, *Le condizioni di punibilità*, Milano, 1938; AZZALI, *Le condizioni di punibilità*, Pavia, 1959; CURATOLA, voce *Condizioni di punibilità*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 807; PECORELLA, *Riflessioni in tema di pubblico scandalo nel delitto di incesto*, in *Riv. Dir. Matr.*, 1963, 232; GIULIANI, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966; BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 588; NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, 184; RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971; DURIGATO, *Osservazioni sull'art. 44 del codice penale*, in *Indice pen.*, 1980, 417; ID., *Ancora un interrogativo*

Questa circostanza designa la caratteristica più significativa che consegue al perfezionamento del reato e conclude, in conformità alle attese del legislatore, il rapporto punitivo che sigla gli aspetti salienti della ricomposizione dell'illecito penale.

Si tratta di uno degli argomenti più difficoltosi e scabrosi della dogmatica penale, non soltanto perché in esso confluiscono istituti diversi e di differente rilievo nell'ordinamento positivo, strutturalmente e funzionalmente non sempre riducibili ad omogeneità, ma anche perché riflette l'ambiguità di una categoria giuridica sottratta al controllo critico dei percorsi orientati dalla volontà.

La punibilità ha datità⁽³³⁾ recente: compare nell'elaborazione della dottrina intorno agli anni trenta del secolo ventesimo con il sostegno di una teorizzazione originale ma rimasta isolata.

Concepita a ridosso della tradizionale tripartizione del reato come sofisticata variante dell'antigiuridicità, la Punibilità, nelle minoritaria elaborazione della dottrina, resta invischiata nella deviante alternativa che contrappone le caratteristiche generiche dell'azione agli elementi essenziali del reato.

Vincolata da una radicale per quanto sterile contrapposizione tra gli elementi costitutivi del reato e le caratterizzazioni soltanto generiche della fattispecie penale⁽³⁴⁾, la Punibilità stenta a trovare il proprio ruolo

sulle condizioni obiettive di punibilità, *ivi*, 1989, 733; ANTONINI, *La funzione delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 1278; BELLINI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Torino, 1988; ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 733; VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, 1992; D'ASCOLA, *Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 652.

⁽³³⁾ V. G. BATTAGLINI, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1940; MARINUCCI, tuttavia, osserva che la Punibilità affiora già nella sistematica del reato di BELING (*Die Lehre Vom Verbrechen*, pp. 51) il quale la fa ricondurre ad un complesso di istituti presenti nell'ordinamento tedesco all'inizio del XX secolo.

⁽³⁴⁾ V., implicitamente, B. CROCE, *La critica della Ragion pura*. Costituisce un problema eminentemente dogmatico, che non comporta conseguenze pratiche, stabilire se le condizioni di punibilità rientrano tra gli elementi costitutivi del reato, ovvero, presuppongono il reato già perfetto rispetto al quale rappresentano un *quid* aggiuntivo o supplementare. Occorre inoltre, perché la condizione di punibilità si verifichi, che essa acquisti un rilievo determinante in conformità all'art. 158, II° comma, C.p. ai fini della decadenza del termine prescrizione. L'orientamento che sottolinea l'estraneità delle condizioni obiettive al reato, e quindi alla materia del diritto penale, si riscontra nello stesso tenore letterale dell'art. 44 c.p. il quale, con la formula "per la punibilità del reato" esige il verificarsi di una condizione e sembra, quindi, ammettere la possibilità che il reato sia configurabile e già perfetto a prescindere dalla sua concreta punibilità. Questa tesi, precisando che la condizione rappresenta un'aggiunta al fatto illecito, convince che l'idea della previsione di condizioni obiettive di punibilità tende a soddisfare le ragioni di convenienza che

nella scomposizione del reato in cui esprime, per equivalenza, l'assoggettabilità del reato alla pena e cioè, in breve, l'applicabilità della pena.

Non può, per verità, neppure negarsi la congruenza dell'enunciata alternativa tra le caratteristiche essenziali del fatto punibile e la sua ritenuta soggezione alla pena.

Annunciata dalla corrispondenza al tipo, imposta dall'illiceità penale collegata alla materialità della condotta, la Punibilità emerge dalla scomposizione delle caratteristiche del reato: accanto alla punibilità intesa come giuridica possibilità di applicazione della pena minacciata, solitamente si raggruppano istituti diversi di controversa individuazione e differente rilievo dogmatico: le condizioni obiettive di punibilità, le cause della pena e le cause di estinzione del reato e della pena⁽³⁵⁾.

In breve, la Punibilità corrisponde all' "assoggettabilità del reato alla pena", che può talvolta essere impedita⁽³⁶⁾ dal verificarsi di condizioni *che ostacolano la possibilità della sanzione penale*.

Muovendo dalla tripartizione del reato che, come abbiamo già precisato, costituisce un apprezzabile espressione con cui la scienza ha saputo esprimere fin d'ora, nonostante le critiche ed i tentativi di sostituzione che hanno vanamente tentato di superarla, Maggiore osserva che tra i tanti tentativi di sostituzione va ricordato quello di Giulio Battaglini⁽³⁷⁾

vanno oltre i limiti dell'offesa. In termini più aggiornati, la condizione di punibilità si aggiungerebbe ad un fatto di per sé già meritevole di pena: essa rispecchierebbe valutazioni pratiche di convenienza che implicano l'effettiva necessità di punire un fatto di per sé già riprovevole per l'ordinamento.

⁽³⁵⁾ V. MANTOVANI, *Diritto Penale*, pg. 847-848, ove nel capitolo riferito alla Punibilità ed alle cause di esclusione ed estinzione della pena, si occupa esplicitamente delle condizioni obiettive di punibilità e, più in generale, delle cause giuridiche e naturali dell'estinzione della Punibilità.

⁽³⁶⁾ V. CARNELUTTI, che al trinomio *azione, antigiuridicità, colpevolezza*, sostituisce lo schema pentapartito *capacità, legittimazione, forma vietata, causa illecita, volontà colpevole*. Ma non è agevole criticare delle teorie nella quali, una contaminazione di diritto privato e di diritto penale, finiscono per non raccapezzarsi più né i civilisti né i penalisti. Diremo solo che arbitraria e ingiustificata è la distinzione tra elementi e requisiti; che il concetto di *legittimazione* è una categoria di diritto processuale del tutto infertile e fuori posto nel campo del diritto sostanziale penale; si rileva che la espressione «forma» tolta dal negozio giuridico non combacia affatto con l'elemento della «conformità al tipo» della teoria del reato: che il preteso requisito della causa, se non si voglia identificare col movente, non è suscettivo di impiego penalistico, poiché nel diritto penale il concetto di causalità, non solo per tradizione ma per intima esigenza dommatica, è ben altra cosa che la causa dei contratti.

⁽³⁷⁾ Tra i tentativi di sostituire i nuovi schemi a quelli adottati nel testo, notiamo quello di G. BATTAGLINI (*Gli elementi del reato*, in «Annali», 1934; *Diritto Penale*, P.G., 1940, 199) che, con abile dialettica, si è ingegnato di introdurre la *punibilità* al posto della antigiuridicità, così che gli elementi del reato sarebbero il *fatto tipico, la colpa, la punibilità*. Ma la difficoltà difficilmente sormontabile consiste nel

che con abile estro dialettico si è ingegnato di introdurre la Punibilità.

Ma l'inconveniente difficilmente superabile, consisterebbe nel concepire la Punibilità, che costituisce l'essenza stessa del reato da un punto di vista formale, con un aspetto od elemento di esso.

Ulteriore difficoltà sarebbe poi quella di avvicinare in tale modo le cause di giustificazione che sono cause del "non sorgere del reato" alle cause di estinzione del reato che presuppongono, invece, che il reato sia già sorto.

Per dare libero accesso a tutte queste novità, occorrerebbe immaginare un Diritto Penale diverso da quello vigente, che abbia un'innovata consistenza e non un mero rivestimento, come puntualmente viene osservato, con i rimasugli ed i brandelli di tutte le altre scienze giuridiche ⁽³⁸⁾.

Accertato che sussiste un fatto antiggiuridico e colpevole, osservano Dolcini e Marinucci ⁽³⁹⁾ che si è ormai prossimi all'affermazione conclusiva: il fatto costituisce reato. Questa conclusione però non può ancora essere delineata.

È senz'altro concepibile un ordinamento nel quale una pena minacciata in astratto dal legislatore possa trovare applicazione quante volte sia stato commesso un fatto antiggiuridico e colpevole; ma non è questa la scelta del Diritto Penale italiano. Nel nostro ordinamento, e così in altri sistemi giuridici, le minacce di pena funzionano "con riserva"⁽⁴⁰⁾:

concepire la punibilità che costituisce l'essenza stessa del reato dal punto di vista formale, come un aspetto o elemento di esso. Altra difficoltà è quella di avvicinare le cause di giustificazione, che sono cause del «non sorgere» del reato, alle cause di estinzione del reato, che presuppongono il reato già sorto. (Per la critica a questa teoria, v. GRISPIGNI, *Corso*, II; F. ALIMENA, *Illiceità obiettiva e punibilità*, in Riv. It. Dir. Pen., 1935). Un'altra innovazione è quella proposta dal GRISPIGNI, che vorrebbe, in luogo dell'antigiuridicità, prospettare il requisito negativo dell'assenza di cause di giustificazione. Sennonché tale dottrina espone con qualche tortuosità il tema dell'antigiuridicità, se è vero che due negazioni equivalgono ad un'affermazione. Non esistenza di cause *negatrici* dell'illiceità significa senz'altro *esistenza* dell'illiceità. Contro tale teoria sostenuta da MERKEL (*Lehrbuch*), dal BAUMGARTEN (*Aufbau des Verbrechens*) e altri, v. LISZT-SCHMIDT e gli autori da lui citati. Insomma per dare libero accesso a tutte codeste novità, bisognerebbe immaginare un diritto penale che non ha nulla da vedere con quello che è stato insegnato e sarà insegnato, finché il diritto penale avrà un decoroso abito proprio e non una veste fatta con i rimasugli e i brandelli, mal cuciti, di tutte le altre scienze giuridiche.

⁽³⁸⁾ V. MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bologna, 1955.

⁽³⁹⁾ V. G. MARINUCCI, *Corso di Diritto Penale*, III° Ed., pg. 650 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Osserva a tal riguardo MARINUCCI (*Corso di Diritto Penale*, III° Ed., pg. 651)

che quando si è accertato un fatto antiggiuridico e colpevole, si è ormai prossimi alla conclusione del fatto che costituisce reato. Tale conclusione, tuttavia, non può

si applicano, cioè, ai fatti antigiuridici e colpevoli solo in presenza di ulteriori condizioni. Se tali condizioni non si verificano, la pena è inapplicabile ed il fatto non costituisce reato.

Nell'ambito di questa categoria vanno, dunque, ricondotte l'insieme delle condizioni *ulteriori ed esterne* rispetto al fatto antigiuridico e colpevole che possono convincere a determinare od escludere *l'opportunità* di punirlo ⁽⁴¹⁾.

Convieni distinguere, così, le condizioni determinative da quelle impeditive ⁽⁴²⁾ della Punibilità.

Le prime, sono designate dal legislatore come *condizioni obiettive di punibilità* che la dottrina più aggiornata indica come condizioni estrinseche di punibilità che concernono accadimenti, previsti dalla norma incriminatrice, che non contribuiscono a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla stessa ma esprimono soltanto *valutazioni d'opportunità* con riguardo all'inflizione della pena: art. 216, I° comma, n°1 e 217, I° e II° comma, L. Fall., ovvero, violando gli obblighi della documentazione contabile indispensabile ai creditori per l'individuazione dei beni suscettibili di realizzo e per la ricostruzione dell'attivo (c.d. Bancarotta documentale, artt. 216, I° comma, n°2 e 217, II° comma, L. Fall.).

Entrambe le forme di offesa, sono punibili tutte le volte che sia stato commesso un fatto soltanto se interviene, come condizione di punibilità, la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che è una condizione ispirata a mere ragioni di opportunità.

Un ulteriore esempio è la sorpresa in flagranza che testualmente la legge esprime con la formula "...essere colto in una serie di reati contravvenzionali come il possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio, l'ubriachezza (art. 688 c.p.), il possesso ingiustificato di chiave alterate o grimaldelli (art. 707 c.p.), la partecipazione ai giochi d'azzardo (art. 720 c.p.)".

Possono, invece, designarsi come cause impeditive della punibilità:

1. alcune situazioni concomitanti alla commissione del fatto antigiuridico e colpevole che attengono alla posizione personale dell'agente, od ai suoi rapporti con la vittima (*cause personali di non punibilità*);

ancora essere tratta: è sicuramente ipotizzabile un ordinamento in cui la pena minacciata dal legislatore si applichi quante volte venga realizzata un fatto antigiuridico e colpevole: ma non è questa la scelta del nostro Diritto Penale. Nel nostro ordinamento, e così in altri, le minacce di pena operano con riserva: si applicano, cioè, ai fatti antigiuridici e colpevoli solo col verificarsi di ulteriori condizioni. Se tali condizioni non si verificano la pena è inapplicabile ed il fatto non costituisce reato.

⁽⁴¹⁾ V. MESSINA, *La Discrezionalità*, pg. 17, che distinguendo tra discrezionalità libera e discrezionalità vincolata, accenna al Principio d'Opportunità, che affronta criticamente.

⁽⁴²⁾ Quelle condizioni, cioè, che secondo MANTOVANI (*Diritto Penale*, pg. 654) accreditano, ovvero, escludono la Punibilità.

2. alcuni comportamenti del soggetto successivi alla commissione del fatto antigiusuridico e colpevole (*condizioni sopravvenute impeditive o risolutive della punibilità*);
3. alcuni fatti successivi alla commissione del fatto antigiusuridico e colpevole che sono del tutto indipendenti dal comportamento dell'agente (cause di estinzione del reato).

Un esempio di *causa personale di non punibilità* può trarsi dall'art. 649 c.p. che dichiara "non punibile" chi ha commesso gran parte dei delitti contro il patrimonio in danno di un familiare, e più precisamente il coniuge non legalmente separato, un ascendente o discendente, ovvero, un affine in linea retta, l'adottante o dell'adottato, un fratello o una sorella che convivono ⁽⁴³⁾.

Un ulteriore esempio di condizione sopravvenuta impeditiva o risolutiva della punibilità, è fornito dalle immunità in presenza delle quali il legislatore ritiene, in applicazione del Principio d'opportunità, che non si debba applicare la pena ed ogni altra conseguenza penale: esse escludono non la illiceità, ma soltanto la punibilità del fatto.

Con alcune conseguenze significative: la loro putatività è irrilevante, di talché sono configurabili la legittima difesa contro il fatto non punibile, la ricettazione delle cose da esso provenienti, la calunnia se di esso è accusato un innocente; non sono estensibili ai concorrenti e permane l'obbligo della restituzione e del risarcimento.

Queste condizioni operano obiettivamente, anche se non conosciute dall'agente.

Come immunità si distinguono quelle assolute, che si estendono a tutti i reati e che l'immune può commettere senza distinzione tra attività funzionali ed extrafunzionali (così riguardo al Pontefice ed ai capi di Stato esteri in visita in Italia), e relative che sono, invece, quelle limitate ai soli reati perfezionati in costanza di carica.

Mentre alcune immunità nascono dal Diritto Pubblico interno, la maggior parte si fonda invece sul Diritto Internazionale.

Le immunità collegate al Diritto Pubblico interno, comprendono:

1. l'immunità del Capo dello Stato che non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione (Art. 90 Cost.). In questi casi è messo sotto accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri. Competente a giudicare è la Corte Costituzionale, a differenza del passato che prevedeva un'immunità assoluta affermando la persona del Re sacra ed inviolabile.
2. le immunità dei membri del Parlamento nazionale e dei consiglieri

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 649 C.p. .

regionali, i quali non possono essere perseguiti per le opinioni espresse e per i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Analogamente ciò vale anche per i giudici della Corte Costituzionale e per i membri del Consiglio Superiore della Magistratura.

Le immunità derivanti dal Diritto Internazionale: in tal caso si parla anche di extraterritorialità degli edifici in cui risiedono i diplomatici.

Le immunità riguardano le persone, mentre gli stabili in cui risiedono restano parte integrante del territorio dello Stato:

1. la persona del Sommo Pontefice che per l'alta posizione spirituale è parificata a quella del Re (sacra e inviolabile) secondo l'art. 8 del Trattato Lateranense;
2. i capi di Stato Estero ed i reggenti che si trovino in territorio italiano con estensione al seguito ed ai membri della famiglia che eventualmente lo accompagnino, i quali possono essere perseguiti per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, in conformità alla Convenzione di Vienna del 1961;
3. gli agenti diplomatici accreditati presso il nostro ordinamento che godono di immunità assoluta (Convenzione di Vienna del 1961). L'immunità ha carattere "funzionale" nel senso che si estende anche al personale tecnico delle missioni ed alle loro famiglie che abbiano permanente residenza nel territorio nazionale;
4. gli agenti diplomatici e gli inviati dei governi presso la Santa Sede, posto che il Trattato del Laterano, all'art. 19, stabilisce che essi fruiscono delle immunità corrispondenti a quelle riconosciute agli agenti diplomatici presso lo Stato italiano;
5. i consoli, i viceconsoli e gli agenti consolari nei limiti in cui i trattati internazionali stabiliscono le immunità (Art. 43 della Convenzione di Vienna del 1961);
6. i Giudici della Corte dell'Aja ed i Giudici della Corte Europea dei diritti dell'uomo;
7. i membri del Parlamento Europeo (art. 10 del Protocollo di Bruxelles) che nel territorio nazionale godono delle stesse immunità riconosciute ai parlamentari del loro paese;
8. gli appartenenti ai corpi di truppe straniere che si trovino, autorizzati, nel territorio dello Stato;
9. i membri delle istituzioni specialistiche dell'O.N.U. (Legge n°1740/51);
10. i membri e le persone al seguito delle forze armate della NATO di stanza nel territorio italiano.

Si discute se si tratta di limiti all'obbligatorietà, per cui i soggetti immuni non sarebbero sottoposti all'impero della legge penale (Art. 3 C.p.), ma risulterebbero "legibus soluti".

La natura ed il fondamento delle immunità sono particolarmente controversi.

Secondo un orientamento abbastanza seguito, le immunità costituirebbero cause d'impedimento all'esercizio dell'azione penale, ovvero, condizioni per l'esenzione della giurisdizione.

Sotto il profilo più rigorosamente sostanziale le immunità, inoltre, costituirebbero un limite all'efficacia obbligatoria della norma penale. Tale conclusione, tuttavia, trasferisce ingiustificatamente il concetto di immunità da un punto di vista sostanziale ad un profilo processuale.

Il Capo dello Stato ed il Sommo Pontefice, secondo un'altra diffusa dottrina, risulterebbero privi di capacità penale e resterebbero, per difetto di punibilità, assimilati agli immaturi ed agli infermi di mente. Da ciò, comunque, deriverebbe una diminuzione dello stato giuridico degli immuni mentre, al contrario, l'immunità implica un accrescimento delle loro caratteristiche.

Alle varie spiegazioni offerte, si contrappone una vigorosa concezione secondo cui le immunità identificherebbero delle cause personali di esclusione della pena: qualità che escluderebbero l'illiceità penale del fatto, e quindi, l'esistenza del reato.

Quest'ultima spiegazione, condivisa e valorizzata dall'Antolisei ⁽⁴⁴⁾, suggerisce un'indicazione che implica una valutazione di elasticità come sviluppo palese del Principio d'opportunità, che sottintende una scelta legislativa slegata dai parametri logici più ricorrenti.

Si rinnova, così, un accostamento abbastanza singolare tra il Principio della certezza del diritto e le esigenze di convenienza (opportunità) che, in alcuni casi, connotano l'ordinamento penale il quale, soltanto raramente, contempla la coordinata coesistenza della legalità con l'opportunità.

Sulla scia dell'insegnamento kelseniano che più in generale collega la flessibilità del diritto con la certezza del diritto, e così, sulla premessa che, talvolta, non si possa prescindere dalla correlazione dell'ipotesi normativa con la realtà della "natura delle cose" ⁽⁴⁵⁾.

Il che appare più evidente riflettendo sull'esigenza tipica delle immunità collegate con l'iniziativa diplomatica che una prassi consolidata, e apprezzabilmente disinvolta, impone che sia libera e, a differenza di ogni altra immunità, sottratta a residui legalistici dei vincoli presenti nelle altre forme di immunità ed inconcepibili, invece, con la spregiudicatezza della manovra diplomatica.

* * *

⁽⁴⁴⁾ V. ANTOLISEI, in *Manuale di Diritto Penale*, edizione XV, 197.

⁽⁴⁵⁾ V. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 281.

Tornando più da vicino al tema che occupa la nostra indagine, giova riprendere l'impegnativo percorso che giunge a determinare la consistenza delle condizioni obiettive di punibilità le quali costituiscono – si passi l'espressione – una “sorta” di calmiera del rimprovero attinente alla natura dell'illecito penale ⁽⁴⁶⁾ ed alle sue graduazioni.

Può quindi abbandonarsi, per un momento, l'irriducibile formalismo ⁽⁴⁷⁾ Kelseniano, e spingersi a teorizzare una sorte di flessibilità sanzionatoria corrispondente alle variazioni dell'illecito penale.

Ove il concetto di flessibilità del rimprovero penale inerisce alle modalità, ovvero, all'entità della punizione in conformità a quanto già anticipato dal Bonucci che ha da tempo intuito la particolarità della situazione.

La punibilità contribuisce così, in ragione della propria pieghevolezza, a confortare e confermare l'idea di un adeguamento della sanzione all'illecito penale secondo l'antico insegnamento affiorato ed espresso già da eminenti seguaci della Terza scuola ⁽⁴⁸⁾.

In breve ed in sintesi riepilogativa, la nozione di punibilità alimenta funzionalmente il contributo puntuale dell'adeguamento della sanzione al tipo e grado della violazione perpetrata (illecito), giovandosi della duttilità (flessibilità) ⁽⁴⁹⁾ che ne garantisce la conformità alla certezza del diritto.

Solo così, tra l'altro, si giustifica la comparsa nell'ordinamento positivo dell'art. 44 c.p., altrimenti ingiustificato, che regola testualmente il rilievo della condizione di punibilità.

⁽⁴⁶⁾ V. A. BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*. Estratto dalla Riv. di Diritto e Procedura Penale diretta dagli Avv.ti Berenini, Florian, Garofalo e Zerboglio, Fasc. 5-6, Milano 1919.

⁽⁴⁷⁾ Sul FORMALISMO V. in generale JHERING, *Geist des römischen Rechts*. Sul formalismo come aspetto tecnico di ogni ordinamento, V. A. RAVÀ, *Il Diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911; G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932; N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934; P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ., 1955); A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista (Pagine sparse di diritto e storiografia)*, Milano, 1957; H. L. A. HART, *Positivism and the separation of law and morals* (*Harvard law Rev.*, 1958); L. FULLER, *Positivism and fidelity to law* (*Ibid.*, 1958); R. STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtsheorie*, Halle, 1899.

⁽⁴⁸⁾ V. ZERBOGLIO, e gli AA. VV., *cit.*, in BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, *cit.*

⁽⁴⁹⁾ Quando si parla di flessibilità, con riferimento alla certezza del diritto, si immagina la conclusione per cui a fronte della rigidità di un coefficiente giuridico inalterabile corrisponde un'attitudine che si indica anche come pieghevolezza della caratteristica che sottrae alla certezza del diritto la rigidità che proviene dalla sua indicazione. Nel brocardo “*dura lex sed lex*” si riflette la consapevolezza che la scarsa duttilità dell'ordinamento giuridico si collega in fondo con l'avvertenza della sua elasticità, per cui il concetto di flessibilità restituisce al diritto il paradigma di una sua certezza.

Contrariamente al nostro, infatti, nei vari ordinamenti positivi attuali non vi è una testuale previsione delle condizioni di punibilità e ciò per l'ovvia considerazione che il riferimento all'evento, di cui è menzione nell'art. 44 C.p. medesimo, deve ritenersi un richiamo generico, e quindi improprio, soltanto ad un risultato della condotta e non al risultato della condotta.

In definitiva punibilità e certezza del diritto procedono di pari passo nell'assicurare congiuntamente la legalità della pena in un sistema penale sottratto all'arbitrio e alla determinazione incontrollata e dispotica del legislatore e/o dell'interprete ⁽⁵⁰⁾.

At the last, but not the least, deve considerarsi l'angoloso tema della Discrezionalità, che da tempo affatica la dottrina penalistica la quale, di recente, ha dedicato a tale istituto un rinnovato impegno elaborativo che consacra, nello specifico tema, il palese rilievo delle valutazioni di opportunità che confortano la natura dell'essere dal rilievo sempre più significativo della tipizzazione penale, che non sembra possa prescindere da criteri di opportunità espressi dalle molteplici varianti delle fattispecie che connotano la sistematica penalistica.

Il Principio di Opportunità nel Diritto Penale trova la sua più completa enunciazione nell'istituto della Discrezionalità in confor-

⁽⁵⁰⁾ A conclusione e chiusura delle cause che affermano o negano la Punibilità, DOLCINI E MARINUCCI (*cit.*) osservano che in alcuni casi il legislatore rinvia al giudice la valutazione e l'opportunità di un'effettiva punizione dell'autore del fatto antiggiuridico e colpevole. Il che si verifica nelle ipotesi delle contravvenzioni punite con pena alternativa (art. 126 *bis* c.p.). un caso ulteriore riguarda i minori per i quali è previsto un trattamento particolare che disciplina addirittura l'impunità nelle ipotesi che sia irrilevante l'infrazione del minore e di cui sia prevedibile la resipiscenza. Due aspetti significativi delle "*vicende della Punibilità*", secondo la colorita espressione di FIANDACA-MUSCO (*cit.*), concerne - con riferimento alle schema accolto e seguito da DOLCINI E MARINUCCI - il carattere vincolante della sistematica quadripartita. Il carattere problematico della Punibilità si apprezza con i rapporti di diritto processuale penale, con i vari elementi del reato tra cui, specialmente, il fatto.

Il carattere vincolante della sistematica quadripartita suppone un ordine logico il cui fondamento normativo è evidenziato dall'art. 729 C.p.p. . Se una circostanza non integra un tipo di offesa penalmente rilevante, essa diviene un fatto che garantisce, già all'analisi teorica nonché alla prassi, completezza, razionalità e verificabilità con riguardo alla responsabilità penale.

La Punibilità, invero, designa il complesso delle condizioni ulteriori ed esterne rispetto al comportamento antiggiuridico e colpevole che possono, di sovente, fondare od escludere l'opportunità di punirlo: le valutazioni d'opportunità in alcuni casi sono di pertinenza del legislatore, in altre ipotesi sono trasferite al giudice.

Per quanto concerne, poi, le più recenti modifiche sanzionatorie, seguite alle rinnovate elaborazioni della dottrina italiana, si può consultare CERQUETTI-FIORIO, *Questioni varie di procedura penale*, CEDAM, 2004. *Ibidem* DAVID BRUNELLI, *Le sanzioni del diritto penale misto: funzioni e prospettive*, p. 3; SPANGHER, *Tra crisi ordinamentali e nuovi modelli*, p. 127; CARLO FIORIO, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione*, p. 171.

mità alle indicazioni degli artt. 132 e 133 C.p. La Discrezionalità ha un duplice riferimento alla natura della pena sotto il profilo della specie della sanzione, nonché, con riguardo alla misura della sanzione nella sua combinata oscillazione tra il minimo ed il massimo dell'entità configurabile.

Di guisa che l'idea della discrezionalità attiene, per un verso, all'indicazione della natura sanzionatoria dell'illecito, e per altro verso, alla "misura" della punizione prevista dall'ordinamento.

In modo che la penologia⁽⁵¹⁾, pur nell'inelegante espressione del conio unitario, si riferisce alla specie e alla misura della pena, le quali entrambe confluiscono nella determinazione del "tipo", per stabilire i contorni ed i limiti del rimprovero penale.

Donde, l'avvertito riferimento alla Tipicità che alimenta una nozione della pena allineata alle esigenze costituzionali che, più di recente una rielaborazione specifica e attenta ha convenientemente valorizzato⁽⁵²⁾ ed anche tenuto conto degli articoli 13 e 25, comma 3, della Costituzione che chiudono la serie delle limitazioni delle libertà personali espresse dalla Costituzione.

Si rinnova, in tal modo, la funzione della discrezionalità che appare riferibile alle garanzie della tipizzazione in funzione della Tipicità che investe e sviluppa la natura dell'accertamento discrezionale.

Si ripropone, così, l'intima correlazione con l'affermazione della Tipicità che investe la struttura dell'illecito e della sanzione.

Onde, il collegamento della Discrezionalità con la natura e gli esiti della Tipicità sanzionatoria che risponde per omogeneità e conclusione con l'accertamento di opportunità che plasma l'articolazione discrezionale, rinnovando lo schema paradigmatico dell'accertamento comparato.

La puntualità di tali considerazioni rinnova il riferimento alla Tipicità che impegna costitutivamente una nozione della pena collegata alle esigenze costituzionali riaffermate compiutamente dall'ordinamento giuridico positivo non soltanto dei sistemi continentali, ma anche delle elaborazioni del diritto libero.

Di guisa che si alimenta una nozione della pena⁽⁵³⁾ caratterizzata dagli schemi che sanciscono l'effettività del rimprovero penale e, dunque, la correlazione inderogabile della discrezionalità con la Tipicità⁽⁵⁴⁾.

FABIO DEAN

⁽⁵¹⁾ L'insieme delle caratteristiche della pena e, più in generale, della penosità.

⁽⁵²⁾ V. BRICOLA, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, Vol. I, *Nozione e aspetti Costituzionali*, Milano, 1965.

⁽⁵³⁾ V. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1981, pg. 25 e ss.

⁽⁵⁴⁾ V. se vuoi, F. DEAN, *La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006.

PROFILI ATTUALI DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE.
A PROPOSITO DI UN RECENTE STUDIO DI ANTONIO PALAZZO.

Nella parte conclusiva della sua intensa attività di eminente civilista, uomo di cultura ed intellettuale dell'area cattolica – come il suo maestro siciliano Gioacchino Scaduto – Antonio Palazzo, docente e caposcuola nell'Università di Perugia, da studioso giusnaturalista cristiano, ha dato alle stampe nell'anno appena decorso, nel ricordo di Luigi Mengoni, questo corposo volume su “LA FILIAZIONE”, LVI° del trattato CICU – MES-SINEO – MENGONI continuato da SCHLESINGER, di grande pregio scientifico e strumento utilissimo per il giurista pratico.

Il diritto di famiglia – che non ha più la connotazione pubblicistica che l'ha caratterizzato sino all'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana (1° gennaio 1948) – oggi costituisce una parte del diritto privato contenente la disciplina della vita familiare all'interno del suo nucleo e la regolamentazione dei rapporti tra i suoi componenti ed i terzi estranei.

Si tratta di norme particolari per le quali opera il generale principio dell'inderogabilità, a differenza delle altre norme di diritto privato che sono solitamente derogabili nell'esercizio dell'autonomia privata.

Il diritto di famiglia risulta fortemente influenzato dai continui mutamenti sociali che incidono notevolmente sul legislatore e sull'opera esegetica dell'interprete per il frequente ricorso a clausole generali da parte del *conditor legis*: si pensi – ad esempio – al contenuto dei doveri coniugali (art. 143 c.c.); al concetto di intollerabilità della convivenza coniugale (art. 151 co. 1 c.c.); al concetto di stato di abbandono (art. 8 L. 184/1983 novellato dalla legge 149/2001 e successivi artt. 9 e 10 stessa legge); al concetto di interesse preminente del minore (artt. 155 co. 2 e 155 *quater* c.c. novellati dalla legge 54/2006).

Ad oltre 30 anni dalla legge 19 maggio 1975 n. 151 e dalla specifica normativa introdotta nei diversi settori con le novelle e con le leggi speciali succedutesi via via, il volume offre la trattazione più completa della materia, registra i più significativi interventi di dottrina e di giurisprudenza (di legittimità, costituzionale e di merito), le più rilevanti linee di tendenza emerse dall'interpretazione dei singoli precetti, enuncia una

lettura nitida e meditata dell'attuale, variegata disciplina della filiazione ed, insieme, spunti notevoli di riflessione critica e di approfondimento.

Nella letteratura e nella ricca bibliografia su "la filiazione" (basterà ricordare: l'opera più antica del Cicu con riguardo al codice del 1942; l'opera successiva del Vercellone dopo la riforma del 1975; i contributi di Cattaneo e di Ferrando nel trattato Rescigno nonché altri contributi ed analisi nell'ampio panorama scientifico), il libro di Palazzo si segna la quale opera di più ampio respiro, di taglio estremamente moderno, lontana da schematismi dommatici e nel solco di una ricerca giuridica aperta ai fenomeni della realtà che intende spiegare in un quadro dinamico e tutt'altro che asettico.

Sono tante le questioni affrontate ed alcune concernenti temi "sensibili" della coscienza sociale.

Qui basterà solo accennare: alle assai belle pagine introduttive della "Tutela delle origini della vita" con un chiaro giudizio critico sulla legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita; alla diffusa analisi del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini nelle due ipotesi di parto anonimo e di procreazione medicalmente assistita; alle pagine originali sulle finzioni e presunzioni di concepimento e di nascita in matrimonio e fuori del matrimonio; agli acuti rilievi finali sulla responsabilità genitoriale e sulla crisi dei rapporti familiari nella più recente disciplina introdotta dalla legge 54/2006.

Tali ed altre questioni sono esaminate con l'impegno del giurista che ha il gusto della puntualità e dell'approfondimento in una materia così complessa e a volte spinosa nonché col richiamo costante agli aspetti precipui della cultura giuridica europea, al diritto comparato, al diritto giurisprudenziale ed all'evoluzione storica degli istituti.

Le numerosissime, dotte citazioni delle note in calce – che sintetizzano autorevoli voci del pensiero filosofico e delle scienze umane – rivelano la forte tensione spirituale dell'Autore, straordinariamente attento ai valori etici della famiglia ("l'isola" di Jemolo che il diritto deve solo lambire) e che si avvale di un linguaggio nuovo e più elevato anche nello stesso lessico dove sostituisce ai tradizionali termini di filiazione legittima e di filiazione naturale quelli più significativi di filiazione matrimoniale e di filiazione non matrimoniale, cui si affiancano gli altri tre *status* di filiazione adottiva, legittimata e filiazione da procreazione artificiale.

In conclusione, non mi resta che rinnovare all'Autore – che mi onora della sua amicizia - la più viva ammirazione per questo importante suo lavoro, frutto di una lunga e faticosa ricerca, esprimendogli il grato pensiero del giurista pratico per un'opera unica nel suo valore scientifico ed assai preziosa nella quotidiana applicazione delle norme alle concrete fattispecie.

RISARCIMENTO DEL DANNO DA COMPORTAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. *Delimitazione del campo d'indagine e criteri metodologici*. 2. *Risarcimento del danno da condotta della P.A. e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*. 2.1. *Comportamento ed azione risarcitoria. Due recenti pronunce della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*. 2.2. *La giurisdizione esclusiva sui danni da comportamenti della pubblica amministrazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004*. 2.2. *La Corte Costituzionale "interpreta se stessa": la sentenza n. 191/2006 sulla giurisdizione del giudice amministrativo in caso di domanda risarcitoria autonoma ed in materia di occupazione appropriativa*. 3. *I comportamenti e la giurisdizione generale di legittimità*. 3.1. *Riflessi della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 in tema di riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e giurisdizione d'interessi del giudice amministrativo*. 3.2. *Le sentenze della Corte di Cassazione, Sezioni unite, n. 13659 e n. 13660 del 13.06.2006. Alcune conseguenze sul riparto di giurisdizione anche in tema di danni da comportamento*. 4. *Conclusioni*.

1. Delimitazione del campo d'indagine e criteri metodologici

Nel diritto amministrativo con il termine *comportamento*⁽¹⁾ viene stigmatizzato l'operare oggettivo della pubblica amministrazione che, seppur deficitante di una espressa manifestazione di volontà, è in taluni casi riconosciuto capace di produrre alcune conseguenze giuridiche, compresi eventuali effetti dannosi.

⁽¹⁾ A. FALZEA, Voce '*Comportamento*', in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII 135, il quale sottolinea come il significato del termine "comportamento" non sia nel nostro ordinamento giuridico tecnicamente consolidato, ma si adoperi "in vari campi del diritto per denotare modi o aspetti dell'operare umano in cui gli elementi caratteristici dell'atto, specificatamente la volontà, non sono riscontrabili e non hanno rilievo", e pur tuttavia nel diritto amministrativo con questo termine si possono individuare un insieme di figure discendenti dall'agire oggettivo degli organi della Pubblica amministrazione.

Esiste da tempo, in dottrina così come in giurisprudenza, un contrasto di opinioni intorno alla corretta individuazione del giudice competente a decidere le controversie sulle conseguenze dannose dell'azione materiale della P.A. L'oggetto dell'osservazione condotta in queste pagine è relativo, quindi, al conflitto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in tema di risarcimento del danno da comportamento dei pubblici poteri.

Tuttavia, prima di tentare una qualche analisi della questione così come sopra sintetizzata, è doveroso delimitare dall'esterno l'area oggetto d'indagine. In altre parole è necessario individuare ciò che deve rimanere escluso dal problema del riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno da comportamento, sul presupposto che non tutte le condotte non *attizie* della PA destano *perplexità* sotto il profilo indicato. Ad esempio, tra i comportamenti degli organi amministrativi il silenzio, per la qualificazione giuridica che a detto fatto materiale è stata attribuita⁽²⁾, è quello che nel tempo è parso assumere l'importanza maggiore⁽³⁾. Consta, infatti, nel "comportamento inerte dell'amministrazione in ordine all'emanazione di un atto" al quale, "indipendentemente dal reale contenuto della volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà (...)"⁽⁴⁾ della PA, sono stati attribuiti dalla giurisprudenza prima⁽⁵⁾, dal legislatore poi⁽⁶⁾, "certi effetti sostanziali e processuali"⁽⁷⁾.

⁽²⁾ B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo*, Padova, 1993, 15: "la presenza della pubblica amministrazione si materializza in una innumerevole serie di fatti e comportamenti in cui si concretano determinate operazioni (...). Il fatto amministrativo è e rimane una semplice realtà materiale la cui natura giuridica dovrebbe risultare indifferente per la teoria dell'atto amministrativo (...). Sennonché la tematica viene ripresa, con ben diverso spessore, per quanto concerne la qualificazione giuridica del silenzio nella p.a. (...). Sulla natura del silenzio come semplice fatto e non di atto espressivo di alcuna volontà della P.A. si veda F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 5.

⁽³⁾ Sulle forme di esternazione della P.A. (provvedimento implicito, comportamento concludente, via di fatto, silenzio) in cui manca autonomia manifestazione di volontà si veda B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, vol. I, 891.

⁽⁴⁾ Testualmente sempre B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, 894.

⁽⁵⁾ Il primo rimedio giurisprudenziale contro il silenzio della P.A. è databile 1902 con la sentenza Cons. St., sez. IV, 22 agosto 1902, n.429, in *Giur. it.*, 1902, III, 343.

⁽⁶⁾ Il legislatore interviene sull'istituto del silenzio nel 1934 con il R.D. 3 marzo 1934 n. 383 sul silenzio-rigetto, ossia sul silenzio che si forma nell'ambito del ricorso gerarchico.

⁽⁷⁾ Così Cons. St., Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Cons. Stato*, I, 822 ss.

Ma il comportamento/silenzio rilevante rispetto alla problematica del riparto di giurisdizione non è riferibile né al silenzio assenso, né al silenzio diniego della P.A. in forza della “ricostruzione attizia”⁽⁸⁾ da sempre fatta delle due fattispecie.

Specificatamente le figure del silenzio-assenso e del silenzio-diniego sono venute articolandosi come “espediente, escogitato dalla giurisprudenza, per consentire l’accesso al giudice nell’ambito di una giurisdizione costruita essenzialmente come impugnazione dell’atto amministrativo”⁽⁹⁾: “il regime dell’invalidità del provvedimento che si forma tacitamente con il decorso del tempo (...) è analogo a quello ordinario (...), la regola è quella dell’annullabilità”⁽¹⁰⁾, di qui l’irrilevanza ai fini della presente analisi.

Analogamente è sottratta alla questione sul conflitto di giurisdizione la figura del silenzio-rigetto⁽¹¹⁾.

Rimane, altresì, esclusa dall’indagine l’inerzia dell’amministrazione quando questa è riferibile al mancato adempimento di una vera e propria obbligazione. In questo caso l’inadempimento della P.A. non rileva come rifiuto; non può essere ricondotto, per esempio, in alcuna delle qualificazioni del silenzio. È inadempimento ed in quanto tale può essere fatto valere dal privato davanti al giudice⁽¹²⁾. Di fatti, in caso di mancato

⁽⁸⁾ Cfr. F. CARINGELLA, *La trasformazione del territorio al vaglio esclusivo del giudice amministrativo*, in A.A. V.V. *Giurisdizione esclusiva e le regole del processo*, Milano 2004, 239, il quale sottolinea proprio che: “la tradizionale ricostruzione attizia della fattispecie del silenzio rifiuto ne comporta, in radice, la non omologabilità ai comportamenti” di cui all’art. 34 D.lgs. n. 80/1998.

⁽⁹⁾ Testualmente P. G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1999, vol. III, 978.

⁽¹⁰⁾ Sempre B. G. Mattarella, *op. cit.*, 905. Anche se il testo riportato si riferisce specificatamente al silenzio-assenso, il regime processuale è lo stesso quando ci si riferisce al silenzio dell’amministrazione che la norma equipara al diniego nei confronti della pretesa fatta valere da privato. Chiarisce infatti l’autore: “nel silenzio-diniego, sono le norme a risolvere il problema del momento in cui il silenzio riceve una qualificazione giuridica e quello della possibilità di rivolgersi al giudice, stabilendo che, decorso un certo termine, l’istanza del privato si intende respinta (o, più esplicitamente, che egli può ricorrere contro il silenzio)”. Si veda per la ricostruzione del silenzio in cui viene stigmatizzata il diverso significato tra silenzio-diniego e silenzio-inadempimento e rifiuto A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. II, 679 ss.

⁽¹¹⁾ Si veda P. G. LIGNANI, *op. cit.*, 979, sul fatto che oggi il silenzio-rigetto sia comunque un istituto in declino in quanto niente l’altro che un segmento del ricorso gerarchico, oramai istituto assolutamente residuale tra i rimedi contro gli atti della P.A.

⁽¹²⁾ Si veda TAR Marche, 17 gennaio 1985, n. 10, in *Foro amm.*, 1985, 899 che rimette l’azione davanti al giudice amministrativo in caso di giurisdizione esclusiva.

adempimento di una obbligazione ad opera dell'amministrazione la domanda proposta dal privato non si promuove attraverso l'impugnazione di un atto, ma con l'azione civile⁽¹³⁾.

Parimenti dovrebbero rimanere logicamente separate dalla nozione di comportamento rilevante ai fini dell'analisi sul contrasto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno, le attività della pubblica amministrazione che si concretino con sicurezza in fatti strettamente materiali (es. danni causati da incidente stradale o da fauna selvatica)⁽¹⁴⁾. Quest'ultimi possono essere qualificati come mere "proiezioni dell'azione *jure privatorum* (...)"⁽¹⁵⁾ della P.A., rimessi pertanto alla competenza del giudice ordinario⁽¹⁶⁾ in quanto integralmente sottoposti alle regole dello *ius civile*.

Altre rispetto a quelle indicate, invece, le condotte della P.A. che destano perplessità nell'interprete sull'eventuale cognizione dell'azione risarcitoria; altre, quindi, le fattispecie non provvedimentali delle amministrazioni pubbliche le cui conseguenze dannose non trovano agevole collocazione innanzi all'una o l'altra giurisdizione.

Senza alcuna possibile esaustività sul punto di seguito saranno sommariamente indicate le condotte attive od omissive della P.A. che, al contrario delle precedenti, entrano nel vivo del problema del riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno derivante da comportamento.

Rientra a pieno titolo tra le condotte *controverse* l'ipotesi di silenzio non significativo della PA. Il silenzio-indampimento ed il silenzio-rifiuto, infatti, si concretizzano in vere e proprie condotte omissive dell'ammini-

⁽¹³⁾ Cfr. C. Stato, sez. VI, 30 settembre 1980, n. 784, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1190; C. Stato, sez. IV, 8 gennaio 1974, n. 36, *ivi*, 1974, I, p. 22; C. Stato, sez. IV, 23 marzo 1987, n. 160, *ivi*, 1987, I, 300.

⁽¹⁴⁾ Va ricordato, infatti, come anche prima dell'intervento della Consulta n. 204/2004 nei settori di giurisdizione esclusiva quale l'edilizia e l'urbanistica era riconosciuta giurisdizione in capo al giudice ordinario quando un comportamento posto in essere da una pubblica amministrazione era stato assunto in violazione ed in contrasto di ogni previsione normativa, ritenendo che in siffatte ipotesi l'amministrazione non operasse quale soggetto pubblico, ma come semplice persona giuridica che agisse *uti dominus*. Giurisprudenza ha ritenuto che in dette ipotesi l'oggetto del giudizio non inerisce ad una vera e propria procedura espropriativa, ma all'indagine dell'effettiva attribuzione del diritto di proprietà, in questo senso si veda Cass. civ., Sez. Un., 14 luglio 2000 n. 494, in *Riv. Giur. edil.*, 2000, I, p. 726; nonché TAR Campania, Napoli, sez. IV, 7 febbraio 2002 n. 729, in *Foro amm.*, TAR, 2002, 2208.

⁽¹⁵⁾ Testualmente M. DIDONNA, *La tutela civile del giudice amministrativo*, Milano, 2005, 136.

⁽¹⁶⁾ Si veda R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, Milano, 2001, 74 ss.

strazione pubblica serbate innanzi ad un'istanza del privato. In questi casi "il silenzio (...) viene considerato illegittimo non tanto perché comporta gli effetti di un sostanziale diniego nei confronti della pretesa fatta valere dal privato, ma perché costituisce, di per se stesso, un'obiettiva inadempienza rispetto all'obbligo di definire il procedimento; come tale viene qualificato sfavorevolmente dall'ordinamento, indipendentemente dal fatto che configga con una pretesa fondata o infondata" ⁽¹⁷⁾.

Neanche la presenza di un rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione sembra facilitare l'esatta individuazione del giudice competente in tema di risarcimento del danno. Da più parti, infatti, si sono espressi dubbi proprio sul contenuto e la natura del giudizio ex art. 2, legge 21 luglio 2000 n. 205 (art. 21-*bis* legge TAR), perché appare circoscritto al solo accertamento dell'obbligo di provvedere ⁽¹⁸⁾, oltre che la stessa rapidità con cui si giunge alla decisione parrebbe impedire ipotesi di cumulo tra più azioni, comprese quelle connesse all'analisi della pretesa sostanziale del privato ed all'eventuale richiesta risarcitoria ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Sempre P. G. LIGNANI, *op. cit.*, in *Enc. Dir.*, Agg., Milano, 1999, vol. III, 987.

⁽¹⁸⁾ Per un'analisi del rito speciale in materia di silenzio si veda S. FANTINI, *Il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. Civ.*, 2001, II, 183 ss.

⁽¹⁹⁾ Sul rimedio contro il silenzio della PA e sull'analisi del giudizio come condanna della P.A. al mero obbligo di adempiere e non anche come giudizio sugli interessi coinvolti si veda F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 258, per cui: "l'azione di risarcimento del danno sofferto per la lesione dell'interesse al provvedimento dovrebbe costituire, in sostanza, l'oggetto di un autonomo giudizio, che deve svolgersi (...) a conclusione del giudizio avverso il silenzio e successivamente all'esecuzione dell'ordine, pronunciato dal giudice". *Contra* L. TARANTINO, *Silenzio e ragionevolezza*, in *Urb. e app.*, 2001, 1248 il quale riflette sulla: "necessità di conciliare il disposto dell'art. 24 e dell'art. 113 cost. con una lettura dell'art. 21-*bis* L. TAR che riserva al giudice amministrativo una valutazione sul generico obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione (...). È ragionevole che il cittadino osservi due gradi di giudizio senza che nessuna parola venga spesa in ordine alla sua pretesa sostanziale? È ragionevole che il ricorrente possa impegnare il GA su una valutazione di spettanza risarcitoria avente ad oggetto l'interesse concreto potenzialmente leso dalla mancata pronuncia, senza che gli sia consentito adire lo stesso giudice per ottenere una pronuncia che soddisfi "in forma specifica" lo stesso interesse? E all'opposto, qualora si affermasse un orientamento contrario che negasse in pendenza di ricorso contro il silenzio la strada dell'azione risarcitoria, è ragionevole negare l'esistenza stessa dell'interesse legittimo dal privato inibendo qualsiasi forma di reazione processuale diretta?". In giurisprudenza sull'analisi del giudizio sul silenzio inadempimento della P.A. si veda Cass, sez. IV, (ord) 10 luglio 2001, in *Urb. e app.*, 2001, 1237.

Esiste, poi, un problema di riparto di giurisdizione collegato alla risarcibilità dei danni conseguenti al ritardo nell'azione amministrativa ⁽²⁰⁾. Così come sussiste incertezza sul luogo dell'azione risarcitoria rispetto agli effetti dell'atto amministrativo sottoposto ad annullamento davanti all'autorità giurisdizionale oppure revocato, annullato, ritirato in sede di autotutela da parte della pubblica amministrazione. Quale, infatti, il giudice delle conseguenze dannose quando l'azione dell'illegittimità dell'atto "sarà inutile o non esisterà per mancanza di oggetto"⁽²¹⁾?

Non vi è, poi, univoca individuazione del giudice competente relativamente all'azione risarcitoria derivante da responsabilità precontrattuale della P.A. e da contatto amministrativo. Il danno risarcibile in queste ipotesi sarebbe generato da un comportamento della P.A. posto in essere in violazione dei principi di correttezza e buona fede, sul presupposto che il rapporto procedimentale tra amministrazione e privato genera in quest'ultimo un obiettivo affidamento nei confronti del comportamento legittimo della amministrazione stessa ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Numerosa la dottrina e la giurisprudenza nata intorno alla responsabilità dell'amministrazione per il protrarsi della sua inerzia. In giurisprudenza sul fatto che non si configura alcun danno da ritardo per il mero inadempimento della P.A. dell'obbligo a provvedere: TAR Lazio, sez. II, 17 dicembre 2003, n. 54, in *Trib. Amm. Reg.*, 2003; 408; TAR Abruzzo 25 febbraio 2003 n. 54, in *Trib. Amm. Reg. Rep.*, 2003, 335. Sul fatto che "il risarcimento del danno per il ritardo nella definizione del procedimento da parte dell'amministrazione spetta solo nel caso in cui il provvedimento finale abbia riconosciuto all'interessato il bene della vita richiesto" si veda C. Stato, Ad. Plen., decisione del 15 settembre 2005 n. 7, in *Foro it.*, n. 1/2006, III, p. 1. Sulla necessità della diffida perché si possa configurare il ritardo anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2 L. 241/90, cfr. TAR Liguria, sez. II, 21 febbraio 2005, n. 270, in *Trib. amm. reg.*, 2005, I, 1076; TAR Puglia, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, in *Trib. Amm. reg.*, 2005, I, 856; TAR Abruzzo, Pescara, 4 novembre 2004, n. 876, in *Trib. amm. Reg.*, p. 192; C. Stato, sez. VI, 20 luglio 2004, n. 5252, in *Foro it.*, Rep., voce *Regione*, n. 754; TAR Puglia, sez. I, 26 aprile 2004, n. 2013 in *Foro it.*, Rep., 2004 voce *Responsabilità civile*, n. 409; TAR Lazio, sez. III, 14 gennaio 2003, n. 96, in *Foro it.*, Rep., 2003, voce *Responsabilità civile*, n. 381; TAR Friuli- Venezia Giulia 28 marzo 2000, n. 293, in *Foro it.*, Rep., 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 285; C. Stato, sez. V, 15 settembre 1997 n. 980, in *Foro amm.*, 2307 che ha ribadito l'obbligo dell'atto di costituzione in mora addirittura notificata a mezzo di ufficiale giudiziario; in senso contrario alla necessità della diffida TAR Puglia, Lecce, sez. I, 25 giugno 1996 n. 574, in *Foro amm.*, 1997, 586. Si veda F. F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004, 367 per una lettura comparata dell'istituto del danno da ritardo ed il silenzio-inadempimento, punti di contatto ed elementi di distanza.

⁽²¹⁾ Così sulla specifica problematica S. DE FELICE, *Tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della Pa*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 4 del 2005, 937.

⁽²²⁾ In giurisprudenza si veda tra le altre TAR Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, in *www.giust.it*, nella quale si afferma che "deve trovare riconoscimento,

Sussiste parimenti perplessità in ordine al giudice di fronte al quale promuovere azione risarcitoria per gli eventuali danni derivanti al cittadino da provvedimenti adottati dall'amministrazione in carenza di potere. "Nessuno infatti più dubita che in questo caso l'atto amministrativo, ancorché formalmente in essere, costituisca, se giuridicamente considerato, null'altro che un vuoto simulacro, apprezzabile nella sostanza alla stregua di un mero fatto"⁽²³⁾, e come tale riconducibile alla nozione di comportamento utile ai fini della nostra analisi.

Di fronte alle perplessità discendenti dalle sopra indicate fattispecie, di fronte alla oramai affermata risarcibilità degli interessi legittimi è possibile, alla luce della configurazione del riparto di giurisdizione uscito dalla riforma del sistema in forza della legge n. 205/00, rintracciare un criterio *identificatore* del giudice competente sul risarcimento del danno nei confronti dei comportamenti della PA? La ricerca di questo filo, tra le pieghe degli ultimi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, è l'intento perseguito in queste pagine.

Dal punto di vista metodologico l'indagine tratterà in modo separato come il tema del risarcimento del danno da comportamento della P.A. si atteggi in maniera diversa a seconda che il problema si ponga nella materie oggetto di giurisdizione esclusiva del GA o nell'ambito della giurisdizione di legittimità, per cercare di giungere (se ed in quanto possibile) ad una conclusione che possa dirsi unica sul criterio attraverso il quale cercare di operare il riparto.

Punto di partenza saranno l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 1207/2006 e la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2006, dalle quali è nata l'occasione della presente riflessione.

2. Risarcimento del danno da condotta della PA e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

2.1 Comportamento ed azione risarcitoria. Due pronunce della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato a confronto.

Il percorso proposto intorno al conflitto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno da comportamento nelle controversie contro

nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata, quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato"; od ancora, anche se più risalente, Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giuridico*, 1999, 441.

⁽²³⁾ Così F. F. TUCCARI, *op. cit.*, Napoli, 2004, 367, anche per una ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale che nel tempo è stata fatta dei provvedimenti adottati in carenza di potere.

la pubblica amministrazione prende il via, come anticipato, da due interventi giurisprudenziali, il primo della Corte di Cassazione ⁽²⁴⁾ del Consiglio di Stato il secondo ⁽²⁵⁾.

I due pronunciamenti, seguitesi l'uno a pochi mesi dell'altro, pongono l'attenzione ancora una volta sul dibattito del riparto di giurisdizione da condotta della P.A., giungendo però a esiti assolutamente distanti tra di loro in ordine all'individuazione del giudice competente a decidere la controversia.

Simile è la fattispecie di partenza: entrambe le Corti, infatti, sono state chiamate a riflettere sull'esatta determinazione della natura dell'occupazione di un terreno ad opera della P.A. dopo che sia intervenuto l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità ⁽²⁶⁾. Opposti sono stati, però, i risultati in tema di riparto di giurisdizione: la Corte di

⁽²⁴⁾ Cass., Sez. Un., (ord.) 24 novembre 2005-23 gennaio 2006 n. 1207, in *Guida dir.*, 2006, 15, 34.

⁽²⁵⁾ Cons. St., Ad. Plen., decisione 20 giugno 2005-9 febbraio 2006. n. 2, in *Guida dir.*, 2006, 15, 36.

⁽²⁶⁾ Le opposte posizioni che si fronteggiano sul tema del riparto di giurisdizione in materia di danni da condotta amministrativa sono il risultato anche di una divergente analisi sostanziale del contenuto del comportamento della P.A., quando esso si sostanzia nell'occupazione usurpativa o appropriativa di un terreno. L'espressione occupazione usurpativa fa riferimento alle situazioni in cui nella fase antecedente l'occupazione del fondo da parte della P.A. è mancante la dichiarazione di pubblica utilità o del progetto dell'opera pubblica (si veda Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2002, n. 6078, in *Giustizia amm.*, 2002, 6, p. 1406, per cui la P.A. che agisce *sine titulo* va in tutto equiparata ad un privato che tiene una mera condotta illecita). La seconda forma di occupazione è riferita, invece, alla situazione in cui alla dichiarazione di pubblica utilità non sia seguita, nei tempi dovuti, alcuna dichiarazione di esproprio del terreno, nonostante l'intervenuta trasformazione del fondo occupato (Così Cass., Sez. Un., sentenza del 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 696; ed anche Cons. St., Ad. Plen., 7 febbraio 1986. n. 1, in *Foro it.*, 1986, III, 97). Secondo un orientamento oramai costante della dottrina e della giurisprudenza i danni conseguenti all'occupazione usurpativa sono ricondotti alla giurisdizione nel GO. La mancanza iniziale della dichiarazione di pubblica utilità, infatti, "non [consentirebbe] di ricondurre tale fattispecie nel concetto di opera pubblica connessa o non connessa all'urbanistica di cui all'art. 34, comma 1, D.lgs. n. 80 del 1998" (Così testualmente R. IANNOTTA, *Rassegna di giurisprudenza sulla giurisdizione amministrativa posteriore alle sentenze della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 e 28 luglio 2004 n. 281*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 155). I danni derivanti dalla occupazione acquisitiva, invece, sono fatti rientrare nella giurisdizione del GA, in quanto la presenza della dichiarazione di pubblica utilità farebbe qualificare questa fattispecie come esercizio di potestà ablatoria "non certo come comportamento materiale non sorretto da alcun potere" (così tra le molte TAR Puglia, Bari, sez. II, 29 ottobre 2004 n. 4882 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez IV, 29 aprile

Cassazione ha sostenuto la giurisdizione del giudice ordinario, quella del giudice amministrativo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Appare un utile contributo al percorso di ricognizione che si sta compiendo entrare, nel dettaglio delle richiamate pronunce per comprendere le ragioni dei due contrapposti punti d'arrivo.

2002 n. 2280, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2002, 897; Trib. Milano 24 giugno 1999 in *Urb. e app.*, 2000, 254. *Contra* TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 2 dicembre 2004 n. 2184, in *www.giustamm.it*, in cui si sottolinea: “la controversia avente ad oggetto l'irreversibile trasformazione di un fondo privato, l'acquisto del diritto domenicale da parte della P.A. per occupazione acquisitiva fuoriesce dalla sfera di giurisdizione esclusiva scolpita nell'art. 34 del D.lgs n. 80/1998, come riscritto dalla Corte costituzionale n. 204/2004, e non può essere ricondotta sulla falsa riga dell'ordinario criterio di riparto fondato sul *petitum* sostanziale, alla giurisdizione di legittimità del GA. Ne consegue, necessariamente, la sua devoluzione al GO”). Le divergenze sorgono, invece, di fronte all'ipotesi in cui l'esistente dichiarazione di pubblica utilità di un fondo venga meno o in conseguenza dell'intervento del giudice amministrativo, ovvero per effetto di una azione promossa in sede di autotutela dalla stessa amministrazione, oppure per inutile decorso del tempo. È incerto se la situazione descritta sia o meno riconducibile all'occupazione usurpativa. Per la Corte di Cassazione è questa la fattispecie di riferimento con conseguente giurisdizione del GO sull'eventuale azione risarcitoria (in questo senso anche alcune pronunce di Tribunali amministrativi: cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, sentenza n. 669 del 12 ottobre 2004, in *Riv. Trim., Appalti*, 2005, 286 ed anche in *www.italedi.it*, con nota di M. RUBOLLOTTA, *Competenza giurisdizionale in materia di risarcimento dei danni da accessione invertita*, la quale afferma la giurisdizione del giudice ordinario: “stante l'annullamento dell'atto iniziale del procedimento espropriativo, stante la mancata fissazione dei termini iniziali e finali per l'espropriazione e per i lavori, tutto il procedimento stesso ne è risultato caducato automaticamente, cosicché l'approvazione (per accessione invertita) dell'immobile (irreversibilmente modificato a seguito dell'esecuzione dell'opera pubblica) era da considerarsi addebitabile, sia pure in base ad un giudizio *ex post*, nel momento in cui la domanda di risarcimento è stata azionata, al mero comportamento dell'Amministrazione, in considerazione dell'annullamento testè menzionato e della privazione della giuridica esistenza ed efficacia degli atti amministrativi conseguenti”). Ritieni, infatti, un costante orientamento della Suprema corte civile che quando la dichiarazione di pubblica utilità si divenuta inefficace, manchi oppure debba ritenersi giuridicamente inesistente (per esempio perché annullata dal giudice amministrativo, o perché incompleta nei suoi caratteri essenziali ex art. 13 L. n. 2359/1865) si configuri solo una ipotesi di illegittima occupazione del terreno proprietà del privato, produttiva di effetti sul piano risarcitorio ex art. 2043 c.c. (così Cass. 12 dicembre 2001 n. 15710, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 2140, che al contrario fa discendere dall'annullamento di detti atti, sia in sede giurisdizionale che in sede di autotutela, la natura di occupazione usurpativa all'appropriazione del terreno, come se questa fosse avvenuta sin dall'inizio *sine titulo*; si veda anche Cass. 16 maggio 2003 n. 7643, in *Riv. Giur. edil.*, 2004, 1, I, 168). Per il Consiglio di Stato, all'opposto, qualsivoglia controversia sulla lesione del diritto di proprietà determinata, in area urbanistica dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori nel tempo venuti meno, o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia della legge (così

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state investite della richiesta di regolamento di giurisdizione in tema di risarcimento del danno in conseguenza della demolizione di un fabbricato. La domanda risarcitoria è stata promossa in seguito all'annullamento, pronunciato dal TAR della Calabria e confermato dal Consiglio di Stato, della deliberazione di Giunta Comunale avente ad oggetto l'espropriazione di un terreno.

La Corte risponde alla sollecitazione derivante dal regolamento di giurisdizione, ricomprendendo l'azione di risarcimento del danno all'interno della giurisdizione generale del giudice ordinario. Infatti, nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo sia stato da parte della stessa amministrazione già revocato o annullato in sede di autotutela, o sia "stato rimosso a seguito di pronuncia definitiva del giudice amministrativo, ovvero ancora abbia esaurito i suoi effetti per il decorso del termine di efficacia ad esso assegnato dalla legge", la Cassazione ritiene che nell'eventuale giudizio risarcitorio non venga messo in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa. Per tale ragione fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria non opera alcuna connessione legale che faccia ricadere la competenza dell'azione risarcitoria innanzi ad un giudice diverso rispetto a quello naturale dei diritti soggettivi.

Alla indicata conclusione la Corte antepone come logica premessa l'affermazione per cui al giudice amministrativo sia sottratta la cognizione sui comportamenti della P.A. alla luce dell'intervento della Consulta n. 204 del 2004, seppur il medesimo giudice in sede di giurisdizione esclusiva possa conoscere sicuramente di ogni questione a lui sottoposta compresa quella relativa al risarcimento del danno.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è, quindi, per le Sezioni Unite giurisdizione sugli atti e sui provvedimenti. Quando quest'ultimi sono mancanti, hanno esaurito i loro effetti, sono stati già annullati/revocati da precedente intervento della P.A. o del giudice, ovvero il sindacato sul pregiudizio che si lamenta non è dedotto in via principale nell'azione di risarcimento del danno, si riconosce, ad opera della Corte di Cassazione, la giurisdizione generale del giudice ordinario.

L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato manifesta, invece, un orientamento inverso ⁽²⁷⁾.

C.Stato, Ad. Plen., n. 4/2005, *cit.*) rimane di competenza del GA. La menomazione del diritto del privato è comunque riconducibile all'esercizio di un pubblico potere, "ancorché illegittimamente esercitato" (così M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1230).

⁽²⁷⁾ Da parte di più autori per mitigare le posizioni della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, si è invocato il ritorno del "concordato giurisprudenziale" dei primi

I Giudici di palazzo Spada intervergono sul tema del riparto di giurisdizione a seguito d'ordinanza di remissione da parte del C.G.A.R.S.⁽²⁸⁾. In quest'ultima si chiedeva di verificare la fondatezza della giurisdizione del giudice amministrativo su di una azione risarcitoria introdotta a seguito dell'annullamento di provvedimenti amministrativi la cui illegittimità era, anche in questo caso come nel precedente, già coperta da giudicato.

Di fronte alla situazione così dedotta, il Consiglio di Stato ha ritenuto correttamente adito il giudice amministrativo. In primo luogo perché il danno lamentato, e la successiva richiesta di risarcimento sono conseguenza degli effetti pregiudizievoli prodotti da provvedimenti posti in essere dalla PA nell'esercizio di proprie attività discrezionali. Ricordano, infatti, i giudici di Palazzo Spada come appartenga alla giurisdizione amministrativa il sindacato di legittimità sui provvedimenti autoritativi. Nel caso di specie va rammentato che sono stati oggetto di impugnazione un progetto di opera pubblica, l'approvazione di un piano per l'edilizia popolare, l'ordinanza di occupazione temporanea ed urgente del terreno di proprietà del privato ricorrente.

L'Adunanza plenaria riferisce queste affermazioni all'art. 34, comma 1, del d.lgs 31 marzo 1998 n. 80, così come riformulato a seguito della pronuncia parziale di incostituzionalità che lo ha investito⁽²⁹⁾. Il citato intervento del Giudice delle leggi, infatti, ha esteso, in materia di urbanistica ed edilizia, la cognizione del magistrato amministrativo alle controversie che hanno per oggetto diritti patrimoniali consequenziali alle pronunzie di illegittimità, ivi comprese, quindi, quelle di risarcimento del danno. È partendo da questa considerazione che il Consiglio di Stato

decenni del secolo, che in questi termini sintetizza M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa, III*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, II, 226: "fu l'iniziativa dei Presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, Mariano d'Amelio e Santi Romano, che portò a ciò che potrebbe dirsi un concordato giurisprudenziale: essi stabilirono che il riparto delle giurisdizioni doversi farsi sulla base del 'contemperamento tra il *petitum*, e la *causa pretendi*', le decisioni dell'Adunanza Planaria del Consiglio di Stato 14 giugno 1930 (*Foro it.*, 1930, III, 169) e delle Sezioni Unite della Cassazione 15 luglio 1930 (*Foro it.*, 1930, I, 1146) ratificarono il concordato dei due Presidenti".

⁽²⁸⁾ Va ricordato, preliminarmente, come la decisione di Palazzo Spada in esame offra in realtà una serie di spunti di riflessione che vanno oltre l'oggetto principale di questa indagine. Concentrando, però, l'attenzione sulla parte della pronuncia che inerisce alla qualificazione degli effetti degli atti oggetto di annullamento giurisdizionale, si è chiamati a tralasciare la pur significativa parte dell'ordinanza relativa ai termini prescrizionali della proposizione della domanda di risarcimento del danno, così come quella relativa ai criteri per la sua determinazione.

⁽²⁹⁾ Cfr. C. Cost. 28 luglio 2004 n. 281.

prosegue nel suo ragionamento sottolineando come “il venir meno, per annullamento giurisdizionale di atti che sono espressione di una posizione di autorità, non rende rilevanti soltanto come ‘comportamenti’ gli effetti *medio tempore* prodottesi in loro esecuzione”. La cognizione dei loro effetti, quindi, si concentra davanti al medesimo giudice amministrativo che ha verificato, o che verifica, il corretto esercizio del potere, anche qualora la richiesta di risarcimento del danno sia stata promossa con giudizio separato rispetto a quello demolitorio. Sostenendo così, anche se non direttamente, come sia inverosimile pensare che possa fondare una diversa competenza giurisdizionale l’eventuale scelta di presentare domanda consequenziale in un momento successivo rispetto al sindacato sul merito. Tale eventualità non troverebbe alcuna giustificazione “n’è sul piano testuale, giacché nessuna (...) [norma]- l’art. 7 novellato dalla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, e l’art. 34, comma 1, del D.lgs 31 marzo 1998, n. 80 - introduce una prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale. Né sul piano logico sistematico, perché si mostra inaccettabile, in via di principio, una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto su i quali si fondino” ⁽³⁰⁾.

3.1 *La giurisdizione esclusiva sui danni da comportamenti della pubblica amministrazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004.*

Le pronunce sopra riportate testimoniano l’asprezza del conflitto tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato. La contesa esistente tra i due organi della magistratura è in realtà incentrata intorno all’interpretazione dell’articolo di legge, sul quale l’intervento della Corte Costituzionale del 2004 avrebbe dovuto porre un punto di totale chiarezza.

È noto, infatti, che la sentenza della Consulta n. 204/2004 abbia eliminato il riferimento ai “comportamenti” della pubblica amministrazione dal testo dell’art. 34 del D.lgs n. 80/1998, così come novellato dall’intervento della legge n. 205/00.

⁽³⁰⁾ Si veda V. LOPILATO, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi: unione perfetta o intollerabile convivenza*, in *Urb. e app.*, II, 2001, 1138, sul fatto che sino alla modifica di cui all’art. 7 legge TAR ad opera della legge n. 205/00 il GA non poteva conoscere delle questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, e che a seguito delle innovazioni introdotte oggi può conoscere anche di queste questioni con autonoma domanda di risarcimento del danno a prescindere dalla contestuale richiesta di annullamento.

Il problema che questa cancellazione pone all'interprete è sostanzialmente "quello di stabilire che cosa venga meno e che cosa resti della giurisdizione esclusiva (nel campo dell'urbanistica e dell'edilizia) una volta che della disposizione che la contemplava (...) venga soppresso il riferimento ai 'comportamenti' ”⁽³¹⁾.

Alla domanda si sono offerte risposte divergenti, le stesse che si riflettono nelle soluzioni indicate dalle due pronunce di partenza. Per cercare di fornire una qualche soluzione sul punto il riferimento è quanto sostenuto in motivazione dalla Corte. L'art. 34 cit., così come modificato, a parere della Consulta conferiva al giudice amministrativo un ampliamento oltre misura della propria giurisdizione esclusiva, nelle materie specifiche dell'urbanistica e dell'edilizia, fino a permettere il sindacato su controversie nelle quali la P.A. non esercitava, in realtà, alcun potere pubblico.

Per alcuni autori, quindi, l'intervento demolitorio della Corte costituzionale sull'art. 34 Dlgs 80/98 ha assunto il significato di sottrazione alla giurisdizione esclusiva del GA di ogni controversia risarcitoria conseguente a qualsivoglia comportamento riconducibile all'azione della P.A. Il magistrato correttamente adito in queste contese sarebbe quindi il solo giudice ordinario ⁽³²⁾, non apparendo più possibile, alla luce dell'intervento del Giudice delle leggi che "la tutela risarcitoria del GA possa (...) riguardare quei danni che siano provocati, anziché da un

⁽³¹⁾ Sintetizza in questi termini il problema che si è posto dopo l'intervento della Consulta L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2005, p. 236.

⁽³²⁾ R. PROSPERI, *Alla ricerca del comportamento materiale e del suo giudice*, in www.giustizia-amministrativa.it, sottolinea con preoccupazione: "la semplice lettura del dispositivo della parte relativa all'art. 34 del D. Lgs. 80/98 - come novellato dalla L. 205/00 - non darebbe adito a molte speranze. La Corte, con tecnica non particolarmente frequente, ha riscritto la prescrizione normativa all'interno di un virgolettato ed espungendo il termine "comportamenti" dall'elencazione degli oggetti del giudizio amministrativo (...). Quindi il criterio generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sta nella centralità della natura delle situazioni soggettive coinvolte - perciò, per quanto concerne l'interesse legittimo, nella contestazione di uno scorretto esercizio del potere autoritativo affidato un pubblico ufficio - e non tanto, almeno così traspare dalla motivazione, nell'opposizione ad un formale atto amministrativo. Resta però il problema di un dispositivo dal tono assolutamente radicale, che esclude comportamenti nella loro generalità e che non sembra permettere l'odierna inclusione tra i giudizi amministrativi di controversie centrate su un comportamento della pubblica amministrazione (...). Se si dovesse ritenere il dispositivo alla stregua della comune norma giuridica, non residuerebbe allora spazio alcuno per la motivazione, la quale avrebbe il peso che hanno i lavori preparatori nell'interpretazione delle leggi".

provvedimento amministrativo (o comunque da una manifestazione di autorità amministrativa), da un mero comportamento dell'amministrazione sia pure legato a vario titolo al procedimento" ⁽³³⁾. Se in un giudizio, quindi, "il potere, o almeno il potere inteso come capacità di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica di altri soggetti, resta sullo sfondo (...) l'oggetto della pretesa risarcitoria riguarda il comportamento tenuto dall'amministrazione, non l'atto autoritativo" ⁽³⁴⁾ e la controversia sarà proponibile solo innanzi al giudice ordinario.

La Corte di Cassazione ⁽³⁵⁾ sembra orientata a sostenere la riferita lettura anche nel momento in cui afferma che, fuori dall'ipotesi nella quale oggetto di causa sia un atto od un provvedimento di cui la condotta amministrativa sia mera esecuzione, il comportamento della P.A. assume valore in un eventuale giudizio solo nella misura in cui sia lecito o illecito ⁽³⁶⁾.

L'intervento della Corte Costituzionale sull'art. 34 D.lgs n. 80/1998 ha avuto però, come anticipato, anche un'altra chiave di lettura.

I comportamenti con sicurezza banditi dalla giurisdizione amministrativa sarebbero solo quelli qualificabili come materiali in senso stretto. Anche una attività amministrativa non *attuosa* è quindi oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione opera facendo uso del suo potere autoritativo ⁽³⁷⁾. Di

⁽³³⁾ Testualmente F. CINTOLI, *Brevi note sul giudizio risarcitorio dopo la sentenza 204 del 2004*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 88, il quale comunque non manca di riflettere come in taluni casi anche "la responsabilità da comportamento appare davvero molto vicina a quel sindacato sul potere che, secondo la Corte, spetta in esclusiva al G. O". La stessa lettura della sentenza della Corte Costituzionale si trova anche in O. FORLENZA, *Con le restrizioni sui diritti soggettivi addio al criterio dei "blocchi di materie*, in *Guida al dir.*, 29, 2004, 100 ss.

⁽³⁴⁾ Così G. SIGISMONDI, nota a sentenza del Cons. St., Ad. Plen., decisione del 15 settembre 2005 n. 7, in *Foro it.*, n. 1/2006, III, 1, ss. Il Consiglio di Stato in detta sentenza afferma la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative ad un'azione risarcitoria promossa nei confronti dell'amministrazione a causa del ritardo nella definizione del procedimento.

⁽³⁵⁾ In realtà si trovano tracce della medesima lettura che effettua la Corte di Cassazione dell'intervento della Corte costituzionale sull'art. 34 D.lgs n. 80/98 anche in alcune pronunce di Tribunali amministrativi: TAR Lazio, sez. II, 10 marzo 2004, n. 2293, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Responsabilità civile* n. 396, il quale afferma che non rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di risarcimento del danno relativa al ritardo nell'erogazione di un aiuto della Comunità europea.

⁽³⁶⁾ Si veda Cass, Sez. Un., (ord.) 18 ottobre 2005 n. 20123, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

⁽³⁷⁾ Cfr. punto n. 3.4.2 della Sentenza C. Costituzionale n. 204/2004, in *Guida al dir.*, 29, 2004, 88 ss.

conseguenza rimarrebbero sottratti alla competenza esclusiva del GA, in materia di urbanistica e di edilizia, i soli comportamenti “posti in essere dalla PA non già intesa quale soggetto deputato all’esercizio della tutela di un interesse pubblico, ma come soggetto che fa del territorio un uso di tipo privatistico” ⁽³⁸⁾. Non seguono, invece, la stessa sorte “le controversie che, pur pertinenti a comportamenti e non a provvedimenti dell’amministrazione, siano comunque strettamente collegati alla funzione amministrativa ed ai poteri autoritativi” ⁽³⁹⁾.

La scelta di tale prospettiva implica una necessaria sopravvivenza della giurisdizione amministrativa in tema di danni da comportamento. Le sole attività bandite dalla giustizia amministrativa sarebbero quelle qualificabili come materiali in senso stretto, e non le condotte della P.A. che siano espressione, comunque, del suo agire come pubblico potere, foss’anche se detto potere sia stato espresso in provvedimenti venuti poi successivamente meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia *ex lege* ⁽⁴⁰⁾.

Sul piano del risarcimento del danno, pertanto, anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/04, si ritiene possibile la proposizione dinnanzi al GA “di controversie risarcitorie non conseguenti ad episodi di annullamento (segnatamente conseguenti a meri “comportamenti” dannosi della P.A.) purché i comportamenti in questione siano funzionalmente collegati all’esercizio dei poteri dagli indubbi connotati pubblicistici” ⁽⁴¹⁾.

L’art. 34 cit., in realtà, già prima dell’intervento della Consulta offriva una lettura “costituzionalmente orientata” ⁽⁴²⁾ nel senso sopra specificato.

⁽³⁸⁾ Così C. CONTESSA, *Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità della Pubblica amministrazione*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, Bologna, 2005 610 ss.

⁽³⁹⁾ Così F. CINTOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustamm.it.*, il quale sottolinea come “stando alla motivazione della sentenza, (...) sembra (...) che la declaratoria di incostituzionalità debba riguardare soprattutto i comportamenti ex art. 34 intesi in chiave per lo più estensiva”.

⁽⁴⁰⁾ Si veda il punto 3.4 della sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., n.4 del 30 agosto 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2201.

⁽⁴¹⁾ Testualmente ancora C. CONTESSA, *op. cit.*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, Bologna, 2005, p. 608.

⁽⁴²⁾ Espressione di F. CARINGELLA, *op. cit.*, AA.VV. in *Giurisdizione esclusiva e le regole del processo*, in *Atti del 48° Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano 2004, 231.

Nella lettera della disposizione in esame venivano rintracciati i confini di estensione della giurisdizione esclusiva del GA nel cui alveo si facevano ricadere solo i comportamenti dell'amministrazione che inerissero alla cura del pubblico potere⁽⁴³⁾. Il lavoro degli interpreti sull'articolo citato era inverso rispetto a quello compiuto oggi alla luce della sentenza del 2004, ma i risultati possono dirsi analoghi a quelli sostenuti dall'orientamento in ultimo riportato. Molti interventi giurisprudenziali e dottrinali, infatti, riconoscevano al giudice ordinario giurisdizione su di alcune condotte inerenti materie oggetto di giurisdizione esclusiva del GA, pur alla presenza di una norma, quale l'art. 34 appunto, che testualmente affiancava il termine "comportamenti" a quello di "atti e provvedimenti".

Superando una interpretazione dell'art. 34 D.lgs n. 80/98 che fondasse il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e quello amministrativo per blocchi di materie⁽⁴⁴⁾, si osservava, infatti, come nella norma in esame il termine comportamento fosse accostato alle parole atto e provvedimento. Questa non casuale vicinanza era spiegabile solo se l'espressione 'comportamenti' non fosse interpretata riconducendo quest'ultimi a semplici "atteggiamenti, meri fatti materiali, che si esauriscono in se stessi e quindi meritano solo una qualifica di lecito o illecito"⁽⁴⁵⁾. Più correttamente l'espressione comportamenti doveva essere letta "come manifestazioni dell'amministrazione che recano in se il valore di una sua consapevole determinazione"⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ In tal senso tra le tante, si veda Cass., Sez. Un., 14 luglio 2000, n. 494, in *Riv. Giur. edil.*, 2000, I, 726; così anche TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 7 febbraio 2002, p. 729, in *Foro amm.- TAR.*, 2000, 2208.

⁽⁴⁴⁾ In questi termini è stato da più parti letto l'intervento del legislatore sugli artt. 33 e 34 avvenuta con la l. n. 205/00, si veda sul punto M. LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urb. app.*, n. 6, 1998, 599.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva e le regole del processo*, in *Atti del 48° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano 2004, 576.

⁽⁴⁶⁾ Si veda F. SATTA, *op. ult. cit.*, Milano 2004, 576, il quale prosegue: "Si pensi, ad esempio, ai tanti casi in cui i comuni non danno attuazione a qualche vecchia lottizzazione convenzionata, senza per altro modificare il piano regolatore. Qui ci si trova di fronte ad una serie di 'comportamenti' che in realtà assumono il loro vero significato in quanto vengono ricondotti ad unità, cioè ad una forma di esercizio improprio della funzione. Se questo è l'ambito della giurisdizione esclusiva per i comportamenti ex art. 34 Dlgs 80/98, non può che derivarne la giurisdizione ordinaria per i danni provocati da veri comportamenti di mero fatto, quali sono appunto, le occupazioni *sine titulo*". Dello stesso avviso in giurisprudenza Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *App. urb. edil.*, 2001, 675 che stabilisce proprio che la giurisdizione esclusiva del GA non si arresta al giudizio di annullamento; si veda anche TAR, Puglia, sez. I, 17 gennaio 2000 n. 12, in *App. urb. edil.*, 2001, 161.

3.2 La Corte Costituzionale “interpreta se stessa”: la sentenza n. 191/2006 sulla giurisdizione del giudice amministrativo in caso di domanda risarcitoria autonoma ed in materia di occupazione appropriativa.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 191/2006 è tornata recentemente a pronunciarsi proprio in materia di giurisdizione esclusiva del GA, e lo ha fatto sul tema specifico dell'occupazione appropriativa oltre che relativamente all'eventuale domanda risarcitoria, avanzata in modo disgiunto rispetto al giudizio di merito.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, Dlgs 325/2001 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità – Testo B), trasfuso nell'art. 53 del Dpr 327/01 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità – Testo A), “nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a ‘i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essi equiparati’, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere” ⁽⁴⁷⁾.

La pronuncia richiamata è tale da apparire sufficientemente capace di tracciare, segnandola, la linea di demarcazione tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo in tema di danni da comportamenti della PA. La sentenza n. 191/06 sembra, infatti, delineare piuttosto nitidamente i criteri attraverso i quali individuare le attività della PA che ricadono all'interno della giurisdizione amministrativa esclusiva, *nonostante* le incertezze derivanti dalla pronuncia della Consulta n. 204/04.

Nella motivazione della sentenza in esame il Giudice delle leggi compie un utile percorso sull'*iter* logico-argomentativo posto alla base della decisione n. 204/2004, consentendo una lettura più nitida delle conseguenze da essa derivanti proprio sul riparto di giurisdizione.

La Corte Costituzionale trova, infatti, occasione per sintetizzare i risultati a cui essa è giunta con la sentenza n. 204/04, pur escludendo in premessa che la declaratoria di incostituzionalità che ha riguardato l'art. 53 del T.U. sull'espropriazione sia una necessitata conseguenza della decisione concernente l'art. 34 D.lgs n. 80/98. La Consulta ricorda che in occasione della pronuncia della sentenza n. 204/04 essa sia stata sostanzialmente chiamata a valutare se fosse o meno costituzionalmente legittima la devoluzione di interi blocchi di materie ⁽⁴⁸⁾ alla giurisdizione

⁽⁴⁷⁾ C. Cost. sent. n. 191/2006, in *Guida al dir.*, 21, 2006, 62.

⁽⁴⁸⁾ Così punto 3.1 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191.

esclusiva del giudice amministrativo, compiuta dal legislatore con la novella degli artt. 33 e 34 del Dlgs 80/98. Secondo la Corte, infatti, con la scelta effettuata in occasione della modifica dei ricordati articoli si sarebbe proceduto a sostituire con il criterio sopra indicato il principio sul riparto della giurisdizione fissato in Costituzione e fondato sulla dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi ⁽⁴⁹⁾.

La Corte ricorda come l'art. 103, primo comma, Cost. non abbia, infatti, conferito al legislatore ordinario alcuna assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'individuazione delle materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'articolo in esame si sarebbe limitato a conferire al legislatore il potere di attribuire alla giurisdizione esclusiva del GA materie particolari nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi. Queste materie sono, quindi, specifiche rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, ma devono, comunque, essere partecipi della loro stessa natura. Ossia nelle prime come nelle seconde la pubblica amministrazione si deve trovare ad agire come autorità ⁽⁵⁰⁾. Non esiste nella lettera della norma costituzionale la possibilità di realizzare un'attribuzione indiscriminata di controversie alla giurisdizione esclusiva della magistratura amministrativa.

La Corte (questa Corte, dice di sé la Consulta) ha, invece, "ravvisato (...) nella locuzione 'i comportamenti' lo strumento utilizzato dal legislatore per operare l'indiscriminata devoluzione" ⁽⁵¹⁾ al GA dell'intera materia dell'edilizia e dell'urbanistica.

In forza di questa indifferenziata attribuzione di materie, il legislatore ordinario ha finito per includere nella giurisdizione esclusiva del GA anche controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita alcun potere pubblico, neanche in maniera mediata (per esempio quando si serve, per il raggiungimento delle proprie finalità pubbliche, di strumenti di natura privatistica) ⁽⁵²⁾.

Proseguendo in questa riflessione, il Giudice delle leggi si sofferma a considerare come in nessun caso costituisca una materia nuova il potere attribuito al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica. È questo solo uno strumento di tutela ulteriore, del quale avvalersi

⁽⁴⁹⁾ Si veda punto 2.1 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

⁽⁵⁰⁾ Così punto 3.2 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, cit.

⁽⁵¹⁾ Punto 3.2 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191.

⁽⁵²⁾ Così ancora punto 4.3.3 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

nei confronti della pubblica amministrazione come mezzo aggiuntivo, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), per rendere giustizia al cittadino ⁽⁵³⁾. La devoluzione al GA del potere di disporre in tema di risarcimento del danno è, quindi, *solo* strumento di attuazione dell'art. 24 Cost., rimanendo, pertanto, irrilevante per la Consulta, ai fini del riparto di giurisdizione, la natura delle situazioni soggettive sottese alla pretesa risarcitoria ⁽⁵⁴⁾.

Un sistema come quello descritto dalla Corte costituzionale, che riconosce "esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica" ⁽⁵⁵⁾ poteri idonei ad assicurare piena tutela all'amministrato - comprensivi anche della capacità di risarcire il danno da questi eventualmente patito per l'illegittimo esercizio della stessa funzione - porta la Corte ad una ulteriore puntualizzazione: la domanda che abbia ad oggetto la sola richiesta di risarcimento del danno ⁽⁵⁶⁾ non cade solo

⁽⁵³⁾ Si veda punto 3.4.1 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2004, n. 204.

⁽⁵⁴⁾ In realtà osserva O. Forlenza, *Alla giurisdizione amministrativa i casi di occupazione senza titolo*, in *Guida al dir.*, n. 21/2006, 67 ss, in un primo commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 191/2006 che seppur la: "la Corte costituzionale dichiara ora espressamente di non voler 'prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria', poiché 'ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia...o non abbia intrinseca natura di diritto soggettivo', e ciò in quanto la legge privilegia 'la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo' (...) sembra, dunque, di poter osservare che la Corte costituzionale, nella misura in cui ritiene irrilevante la qualificazione della pretesa risarcitoria, definisce quale oggetto concreto del risarcimento del danno la posizione dell'interesse legittimo. (...) Poiché la Corte costituzionale riferisce il sistema di tutela al 'giudice naturale della legittimità' sembra essere altrettanto fondato sostenere che la Corte ricostruisce il risarcimento del danno come risarcimento da lesione di interesse legittimo", con tale apparente scelta compiuta dalla Consulta, continua sempre l'autore, la giurisdizione esclusiva del GA sulle controversie risarcitorie sarebbe sovrabbondante.

⁽⁵⁵⁾ Si veda punto 4.3 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191.

⁽⁵⁶⁾ In giurisprudenza cfr T.A.R. Lombardia, 25 febbraio 2003 n. 283, in *Foro amm.-TAR*, 2003, p. 428, che osserva come in virtù dell'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti dell'azione impugnativa, il G.A. può essere adito anche mediante domanda risarcitoria svincolata da una tempestiva impugnativa. In senso opposto, quindi sul fatto che non sia proponibile nell'ambito della giustizia amministrativa un'azione di risarcimento autonomo svincolata da un episodio dell'annullamento attizio, TAR Friuli Venezia Giulia, 26 luglio 1999, n. 903, in *TAR*, 1999, I, 3943, nonché TAR Emilia Romagna, Parma, 25 novembre 2002 n. 852, in *Foro amm.-TAR*, 2002, la quale ha condizionato la positiva coltivabilità della domanda risarcitoria in caso di danno da ritardo alla previa proposizione di una domanda giudiziale di impugnazione del silenzio ritualmente formato previa diffida.

per questo sotto la giurisdizione del giudice ordinario ⁽⁵⁷⁾.

Nei limiti della giurisdizione esclusiva, la sentenza n. 191/06 sancisce infatti la competenza del GA a conoscere le domande aventi ad oggetto richiesta di risarcimento del danno promosse autonomamente rispetto alle azioni demolitorie. Non possono mutare a seconda della contestualità o meno con l'azione demolitoria, i presupposti di fatto e di diritto sui quali la domanda di risarcimento del danno si fonda.

La pronuncia in esame rintraccia, poi, quali sono i criteri *individuanti* i comportamenti della PA le cui controversie, in materia risarcitoria, sono devolute alla giurisdizione amministrativa. Solo i comportamenti riconducibili, anche se in modo mediato, all'esercizio del pubblico potere rimangono oggetto di giurisdizione esclusiva del GA.

Specificazione, questa, necessaria forse per evitare le *conseguenze* di non chiarezza che hanno accompagnato la lettura della sentenza n. 204/04.

La pronuncia del 2004 in sede di dispositivo, infatti, si era limitata all'espulsione dall'art. 34 D.lgs. n. 80/98 del solo termine "comportamenti", cagionando l'amletica incertezza se tutte le condotte della PA fossero sottratte alla giurisdizione amministrativa o solo alcune di esse.

Per tutto quanto detto, allora, anche se la questione d'incostituzionalità dell'art. 53 del T.U. sulle espropriazioni, come precisa la Consulta, non è riconducibile a quella che ha visto coinvolto l'art. 34 D.lgs. n. 80/1998, essa non può essere trattata in maniera totalmente scissa dai temi in quest'ultima svolti. Esiste una correlazione tra i due articoli citati che non può non essere tenuta in considerazione nella lettura dei diversi interventi della Corte costituzionale.

È pacifico, infatti, che l'art. 53, comma 1, T.U. abbia riprodotto, in parte, il contenuto dell'art. 34 D.lgs. n. 80/98. Diversamente presupponendo ed attribuendo all'art. 53 del T.U. una sua assoluta autonomia, potrebbe porsi "il problema di una ricostruzione che comprovi l'esercizio di potestà legislativa del Governo in eccesso di delega" ⁽⁵⁸⁾.

In secondo luogo, poi, la lettura che prevalentemente è stata data all'art. 34 D.lgs. n. 80/1998 non è stata mai limitata "al solo aspetto normativo" ⁽⁵⁹⁾ del territorio, ma è sempre stata capace di raccogliere sotto di sé ogni intervento inerente l'uso di quest'ultimo. Rientrano, così, nelle

⁽⁵⁷⁾ Cfr. 4.3 del *Considerando in diritto*, Corte costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191.

⁽⁵⁸⁾ Così a riguardo O. FORLENZA, *op. ult. cit.*, in Guida al dir., n. 21/2006, 70.

⁽⁵⁹⁾ Così Cass., Sez. Un., sentenza del 14 luglio 2000 n. 494, in *Foro it.*, 2001, I, 2475; così anche C. Stato, sez. IV, 29 luglio 2002, n. 3819, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1542.

previsioni dell'art. 34 le attività della P.A. più strettamente gestionali del territorio⁽⁶⁰⁾, quindi anche le questioni relative all'espropriazione per pubblica utilità. Questo costante approccio giurisprudenziale e dottrinale è stato recepito nell'art. 53 del Testo Unico sull'espropriazione⁽⁶¹⁾.

In fine, il termine "comportamento" utilizzato nell'art. 53 T.U. assolve, in tema di pubblica utilità, la stessa funzione di attribuzione alla giurisdizione esclusiva del GA realizzata per "blocchi di materie" che per l'edilizia e urbanistica fungeva la stessa espressione contenuta nell'art. 34 D.lgs 80/98⁽⁶²⁾.

Collocato quindi l'art. 53 T.U. nel ricordato rapporto con l'art. 34 D.lgs n. 80/98, allora, lo sforzo di precisazione dei comportamenti della P.A. compiuto dalla Consulta nella sentenza n. 191/2006 sembra potersi riflettere su di un piano più ampio rispetto a quello della singola pronuncia emessa in tema di pubblica utilità.

L'illegittimità costituzionale che ha colpito l'art. 53, trattando i temi specifici ed anche assolutamente controversi dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa, colloca nell'alveo della giurisdizione del GA i danni derivanti da comportamenti della P.A. che costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi, siano essi dichiarazioni di pubblica utilità e/o indifferibilità ed urgenza. Come tali, per la Consulta, sono

⁽⁶⁰⁾ Questa lettura è stata da ultimo avallata, escluso naturalmente ogni riferimento alle questioni della misura dell'indennità, da una serie di sentenze: Cfr. Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003 n. 15471, in *Urb. e app.*, 2004, 2, 170; Cass., Sez. Un., 22 ottobre 2003 n. 15843, in *Mass. giur. it.*, 2003.

⁽⁶¹⁾ Si veda R. CONTI, V. POLI, *Art. 53- Disposizioni processuali*, in (a cura di) F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *L'espropriazione per pubblica utilità con nuovo Testo Unico*, Milano, 2002, 645: "l'affermazione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per ogni controversia nascente dall'applicazione delle disposizioni del testo unico contenuta al comma 1, con le sole eccezioni delle controversie indennitarie previste dal comma 3, la tecnica legislativa adoperata ed il contenuto precettivo della norma costituiscono elementi univocamente rivolti ad evocare l'art. 34 D.lgs. n. 80/1998, il cui schema è in buona parte riproposto ed addirittura ampliato. Quanto ai rapporti tra l'urbanistica e l'espropriazione, il legislatore delegato, e prima di lui il Consiglio di Stato, non hanno mostrato incertezze nel riconoscere che il 'procedimento espropriativo presuppone la sua coerenza con le prescrizioni del piano urbanistico' e costituisce 'una fase indefettibile per l'attuazione delle prescrizioni del piano urbanistico e per un ordinato assetto del territorio' (...) Il processo logico seguito dal legislatore si fonda, dunque, su due presupposti: a) il procedimento espropriativo è da sempre stato considerato strumentale alle scelte urbanistiche; b) i nessi di collegamento tra i due settori sono stati certificati dall'art. 34 D.lgs n. 80/98. È dunque piena osmosi di tali concetti che conduce il legislatore ad esprimere esplicitamente ciò che l'art. 34 D.lgs n. 80/98 non aveva in realtà *expressis verbis* affermato".

⁽⁶²⁾ Sempre O. FORLENZA, *op. ult. cit.*, in *Guida al dir.*, n. 21/2006, 70.

sempre riconducibili all'esercizio della funzione pubblica dell'amministrazione, costituendo pur sempre espressione dell'esercizio della suo pubblico potere, "ancorché viziato da illegittimità".

In questi termini la sentenza della Corte Costituzionale legittima la lettura compiuta dall'Adunanza Plenaria n. 2/06 in tema occupazione usurpativa, facendo rimanere in capo al GO la sola giurisdizione dei comportamenti che implicino l'impossessamento del bene altrui da parte della P.A. in carenza assoluta di potere o in via di mero fatto.

Se la pronuncia in esame, poi, è frutto dello stesso *iter* logico-argomentativo che è rintracciabile nella sentenza n. 204/04⁽⁶³⁾, allora anche quest'ultima, in tema di urbanistica ed edilizia, non ha affatto devoluto ogni controversia relativa al risarcimento del danno da comportamento della PA al giudice ordinario, nonostante oggi l'art. 34 della D.lgs 80/98 contempli solo le espressioni "atti e provvedimenti".

Rimane comunque compito della giurisprudenza qualificare quando un comportamento sia parte o meno dell'esercizio di un pubblico potere, indicando la Consulta solo il criterio attraverso cui operare il riparto.

3. I comportamenti e la giurisdizione generale di legittimità

3.1 Riflessi della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 / 2004 in tema di riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e giurisdizione d'interessi del giudice amministrativo

Anche all'interno della giurisdizione di interessi esiste un problema aperto intorno al giudice al quale è rimessa la cognizione del danno da comportamento della pubblica amministrazione. Punto di partenza per cogliere gli aspetti incerti della richiamata questione è il dato per cui l'azione davanti agli organi della giustizia amministrativa si promuove essenzialmente attraverso l'impugnazione, finalizzata all'annullamento, dell'atto amministrativo reputato illegittimo. Quando, però, la fonte del danno non è rappresentata da un provvedimento suscettibile di annullamento il problema che si pone è legato proprio all'impossibilità, per

⁽⁶³⁾ Cfr. punto 5.6 del *Considerando in diritto*, Corte Costituzionale, sentenza 11 maggio 2006, n. 191: "i principi sopra esposti – peraltro già enunciati da questa Corte con la sentenza n. 204 del 2004 – comportano che deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a 'comportamenti' (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione esclusiva di 'comportamenti' posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto".

ricevere soddisfazione della propria pretesa risarcitoria, di promuovere l'azione demolitoria di un atto amministrativo. Altro aspetto critico della riflessione è connesso alla corretta determinazione del significato da attribuire all'espressione "diritti patrimoniali consequenziali". Il Tribunale amministrativo regionale, infatti, nell'ambito delle controversie ad esso devolute in sede di legittimità è chiamato a conoscere "di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno (...) e agli altri diritti patrimoniali consequenziali" ⁽⁶⁴⁾. Va precisato, a proposito del comma terzo dell'art. 7 legge n. 1034/71, che in queste pagine, comunque, non si affronta il complesso e controverso tema della pregiudizialità amministrativa ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Art. 7, 3 c., l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

⁽⁶⁵⁾ Numerosa dottrina su questo tema. Si veda per esempio sul tema specifico del risarcimento del danno, giurisdizione, e pregiudiziale amministrativa G. COMPARTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 2 del 2005, 280; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 239 ss. Sulle ragioni del superamento della pregiudizialità A. DE MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1376 ss, per cui la pregiudizialità risulta superata non già perché essa serviva a far emergere il diritto soggettivo (dalle ceneri del provvedimento amministrativo caducato), come ritiene la Cassazione, ma perché le due valutazioni [quella del GA e quella del GO] assumono carattere autonomo aventi ad oggetto aspetti diversi dello stesso interesse quanto a protezione"; cfr. V. LOPILATO, *op. cit.*, in *Urb. e app.*, II, 2001, 1138 sulla natura dell'interesse legittimo e finalità dell'azione di annullamento e dell'azione risarcitoria per cui "costringere il privato ad agire anche con "azione di annullamento per ottenere qualcosa di diverso dall'annullamento (*rectius* della tutela specifica del bene della vita) significherebbe, in concreto, piegare la domanda risarcitoria al conseguimento di scopi non rientranti nel proprio ambito oggettuale. L'imposizione della pregiudiziale amministrativa sarebbe, pertanto, in insanabile contrasto con il principio generale che, come detto, attribuisce al privato la decisione circa la modalità di protezione della propria posizione soggettiva. Quest'ultimo può, dunque, liberamente optare per un rimedio in forma specifica ovvero "accontentarsi" del solo rimedio risarcitorio secondo nuovi modelli di garanzie differenziate che restituiscono al sistema quella variabilità di soluzioni in linea con i cambiamenti strutturali dei rapporti tra cittadino e P.A. (...). Una soluzione diversa da quella annunciata potrebbe, a mio avviso, essere imposta soltanto da una espressa e chiara disposizione normativa che condizioni – così come ha fatto il legislatore del 1992- la richiesta di risarcimento del danno alla preventiva conclusione del giudizio di annullamento. Si veda anche E. M. BARBIERI, *Considerazioni sul processo amministrativo e sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 394 ss, che esprime la preoccupazione che il cittadino possa, a suo esclusivo giudizio, accontentarsi di essere risarcito del danno patito, consentendo il permanere effettuale di azioni amministrative illegittime. Il che, visto dall'angolo visuale della PA potrebbe significare che questa possa commettere qualsiasi illegittimità purché risarcisca i danni cagionati. In giurisprudenza sulla ragione della pregiudizialità affermata come necessaria già nelle prime pronunce di GA dopo la sent. della Cass. n. 500/99,

Anche se va ricordato come proprio la riflessione sull'azione risarcitoria derivante da comportamento amministrativo sia stata utilizzata a mo' di *grimaldello* per tentare di porre fine, più o meno correttamente, al sistema della doppia tutela e della pregiudizialità necessaria ⁽⁶⁶⁾. La riflessione intorno al danno da condotte materiali della P.A. è solo una delle componenti nella trattazione della pregiudizialità amministrativa. È logico, infatti, che i problemi legati alla modalità con cui si configura l'azione risarcitoria da comportamento non sono affrontabili in modo totalmente separato dalla valutazione sulla necessità di promuovere azione demolitoria quanto il danno è conseguenza di un provvedimento. La trattazione della prima, però, non esaurisce la complessità della seconda ⁽⁶⁷⁾. Di qui il *limite* dell'analisi che segue intorno le varie tesi interpretative che accompagnano la lettura del

si veda TAR Friuli, 26 luglio 1999, n. 9031, in *TAR*, 1999, I, 3943; TAR Lecce, sez. II, 6 novembre 1999, n. 769 in *TAR*, 2000, 86; TAR Toscana, sez. III, 27 ottobre 2000, n. 2212, in *Urb.e app.*, 2001, 105. A suffragio del permanere del preventivo annullamento del provvedimento quale necessario presupposto per ottenere dal GA il risarcimento del danno derivante da lesioni di interessi legittimi, il fatto che la l. 205/00 "non avendo inserito l'azione di risarcimento nel quadro tradizionale della giurisdizione amministrativa ha implicitamente, ma chiaramente, confermato i principi cui tale giurisdizione si conforma e quindi, in primo luogo la regola della pregiudizialità dell'annullamento" si veda TAR Campania, sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, in *Urb. e app.*, 2001, 6, 666.

⁽⁶⁶⁾ Si veda F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo, dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, 657 ss. "in senso contrario alla pregiudiziale di annullamento si pone la possibilità che (...) la fonte del danno non sia rappresentata da un provvedimento suscettibile di annullamento, e questo vuoi ove il privato commenti un pregiudizio derivante da una condotta non provvedimentale (ritardo nella definizione del procedimento; mancato rispetto delle regole procedurali non riverberatosi in una patologia della determinazione finale) vuoi, ancora, allorquando l'annullamento non possa dare alcun giovamento per la mancata perseguibilità in forma reale del bene della vita (annullamento del diniego di una concessione demaniale richiesta per un periodo di tempo oramai superato nelle more della procedura).

⁽⁶⁷⁾ Riflettere intorno alla giurisdizione sui danni da comportamento vuol dire solo cominciare ad interrogarsi sul significato proprio di autonomia del rimedio risarcitorio. Non si è chiamati, però, a compiere nessuna considerazione su altri interrogativi di fondo del tema generale della pregiudizialità. Circoscrivendo l'attenzione sul solo aspetto del danno da comportamento della P.A. non si ha la necessità, per esempio, di affrontare il problema del possibile conflitto di giudicati, della disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario, dell'impossibilità di disapplicare l'atto non impugnato da parte del giudice amministrativo o piuttosto del regime decadenziale per l'accesso agli organi della giustizia amministrativa.

sistema giurisdizionale uscito dalla riforma del 2000 ⁽⁶⁸⁾.

L'incertezza sul contenuto del comma terzo dall'art. 7 legge n. 1034/71 viene solitamente risolta facendo cadere sotto la giurisdizione del giudice amministrativo le azioni di risarcimento del danno che sono diretta conseguenza dell'annullamento di un atto. Dalla cognizione del GA, quindi, è esclusa la conoscenza dei danni non conseguenti all'azione demolitoria. Questa lettura, necessariamente, risolve le incertezze in tema di giurisdizione sulla condotta della P.A. sottraendo alla cognizione della magistratura amministrativa ogni azione risarcitoria derivante da comportamento, il quale per sua stessa natura defluisce dall'essere contenuto nella struttura di un atto o di un provvedimento.

Le controversie sui danni da condotta della PA sarebbero, pertanto, rimesse alla conoscenza del giudice ordinario ⁽⁶⁹⁾. A quest'ultimo spetterebbe la cognizione delle questioni risarcitorie "prospettabili a prescindere dall'illegittimità del provvedimento e dal suo previo annullamento" alle quali non può far "seguito la caratterizzazione della fattispecie in termini di legittimità del provvedimento" ⁽⁷⁰⁾, come avviene ad esempio nel caso delle controversie connesse al ritardo nell'adozione di un atto, o legate alla violazione del principio di affidamento, oppure dei canoni di correttezza procedimentale e di buona fede ⁽⁷¹⁾.

In forza delle prescrizioni di cui all'art. 7, 3 c. legge TAR esisterebbe in tema di risarcimento del danno, un rapporto che fa della giurisdizione del GA l'eccezione rispetto alla regola ⁽⁷²⁾. Ogni qualvolta non vi sia una espressa devoluzione alla magistratura amministrativa del risarcimento del danno, come è avvenuto appunto in tema delle c.d. "questioni risar-

⁽⁶⁸⁾ È stato efficacemente ricordato come la riforma di cui alla l. 205/00 possa far nascere plurali e opposte interpretazioni sulla pregiudizialità necessaria e sulla autonomia dell'azione risarcitoria, si veda A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi*, in *Enc. Dir.*, Agg., Milano, 2002, vol. VI, 986 ss.

⁽⁶⁹⁾ Per avere un'articolata disamina delle posizioni assunte dalla dottrina sul fatto che siano devolute alla competenza del GO le questioni risarcitorie o autonome che non sono conseguenza dell'annullamento di un atto, si veda R. GAROFOLI, *Giurisdizione risarcimento del danno*, in (a cura di) R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della PA e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 237 ss.

⁽⁷⁰⁾ Così A. PAJNO, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 4 del 2005, 965 ss.

⁽⁷¹⁾ Ancora A. PAJNO, *op. ult. cit.*, in *Dir. proc. Amm.*, n. 4 del 2005, 965 ss.

⁽⁷²⁾ Si veda Cass., Sez. Un., sentenza 9 agosto 2001 n. 10979 in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, 1583.

citorie consequenziali”⁽⁷³⁾ od in tema di giurisdizione esclusiva, allora la competenza sarà rintracciata in capo al giudice ordinario, ossia al giudice *naturalmente* chiamato a conoscere le questioni inerenti il risarcimento del danno⁽⁷⁴⁾.

La pretesa risarcitoria promuovibile innanzi al GA⁽⁷⁵⁾ così è procedimento strutturalmente dipendente dall'azione di annullamento: “sul piano sostanziale (...) le richieste risarcitorie discendenti da un provvedimento lesivo dovrebbero sempre conseguire al preventivo giudizio di annullamento del provvedimento stesso. Sul piano della giurisdizione - seguendo l'esposto orientamento interpretativo - il giudice amministrativo sarebbe competente a conoscere soltanto le domande di condanna collegate all'illegittimità del provvedimento sfavorevole, mentre spetterebbero al giudice ordinario le rimanenti questioni risarcitorie connesse a danni arrecati da un mero comportamento della P.A. (es: danni da ritardo)”⁽⁷⁶⁾.

Nulla innova, in questa dimensione interpretativa, la pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/04. L'azione risarcitoria resta all'interno della cognizione del GO nelle materie che sono estranee la giurisdizione esclusiva del GA, oppure che pur facendovi parte l'attività dell'amministrazione contestata non è rivelatrice dell'esercizio di un potere pubblico⁽⁷⁷⁾. “Tanto è plausibile affermare, a meno di non voler ritenere che,

⁽⁷³⁾ La distinzione tra “danni consequenziali” e “danni non consequenziali” è in F. CARINGELLA, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 468 ss., il quale specifica che il termine “consequenziale” indica “la derivazione di un danno da una condotta o provvedimento la cui cognizione spetti al giudice amministrativo (di legittimità o esclusivo), non già la necessità di una pronuncia principale, su detta condotta o provvedimento, diversa dalla decisione sul risarcimento”.

⁽⁷⁴⁾ Si veda in questo senso Cass. civ., Sez. Un., 9 agosto 2001 n. 10979 in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, 1583.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso in dottrina F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2003, 43 ss.

⁽⁷⁶⁾ Testualmente V. LOPILATO, *op. cit.*, in *Urb. e app.*, 2001, II, 1144.

⁽⁷⁷⁾ In questo senso anche F. CINTOLI, *op. cit.*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 94: “l'azione risarcitoria davanti al GA nella giurisdizione di legittimità è sicuramente possibile, dopo la sentenza 204, solo quando la parte lesa contesti, entro il termine di decadenza, l'esercizio del potere. Non mi sembra affatto sicuro (anche se la parola definitiva spetterà ovviamente alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) attrarre invece nella giurisdizione amministrativa (e messa da parte la giurisdizione esclusiva) le azioni risarcitorie relative a danni cagionati da comportamenti e comunque indipendenti dagli effetti di un provvedimento: specie quando tali azioni non richiedano al GA il suo caratteristico sindacato del potere”.

per effetto di una lettura a contrario di Corte Costituzionale n. 204/04, il GA sia divenuto (nelle controversie ove c'è potestà pubblicistica) il giudice, unico, dell'interesse legittimo (...), siffatto indirizzo, pur apprezzabile, porterebbe a supportare un'insostenibile abrogazione implicita del GO evinta negli artt. 4 e 5 della LAC del 1865" ⁽⁷⁸⁾.

L'indicata soluzione si colloca nel solco della tradizionale lettura del sistema del riparto di giurisdizione, nella quale le novelle introdotte dalla legge n. 205/00 non sottraggono affatto al giudice ordinario la conoscenza dell'azione risarcitoria: questa permane come cognizione diretta dell'illecito, parallelamente alla cognizione del giudice amministrativo circoscritta ai danni consequenziali all'annullamento.

Il risarcimento come azione dipendente da quella demolitoria, pur prima che intervenisse la pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/04, ha incontrato una serie di obiezioni ⁽⁷⁹⁾.

Già a ridosso della novella dell'art. 7 legge n. 1034/71, così come modificato dalla legge n. 205/00, si affermava che "in sede di riforma del processo amministrativo il legislatore, evidentemente consapevole delle incongruenze innescate dal permanere di una doppia giurisdizione sul medesimo atto nelle materie diverse da quelle attratte nella giurisdizione esclusiva, sembra avere imboccato la strada dell'universalizzazione dell'investitura del GA a conoscere il risarcimento del danno, con la comprensione anche dei settori rientranti nella giurisdizione di legittimità"⁽⁸⁰⁾. È il giudice amministrativo che assicura ed appresta tutte le forme di tutela in favore delle posizioni soggettive a lui sottoposte.

In questi termini l'art. 7 cit. diviene una sorta di disposizione generale, che concentra innanzi al GA la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della PA, ed il problema della pregiudizialità rimane solo una questione interna al processo amministrativo ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Così testualmente M. DIDONNA, *La tutela civile del Giudice amministrativo*, Milano, 2005, 118.

⁽⁷⁹⁾ Sul fatto che alla luce della nuova legge n. 205/00 non sia pensabile una lettura dell'art. 7 legge TAR, che non sia coerente con la logica della concentrazione processuale anche delle controversie in tema di risarcimento del danno in capo allo stesso giudice si veda F. CARINGELLA, *op. cit.*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), Milano 2001, 669.

⁽⁸⁰⁾ Così F. CARINGELLA, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 468.

⁽⁸¹⁾ Proprio la riconosciuta giurisdizione amministrativa in tema di danni da comportamenti della PA appare essere un indice che depone a sfavore del ricorso demolitorio come presupposto necessario per la promozione di ogni controversia risarcitoria, in questo senso si veda F. CARINGELLA, *op. cit.*, in (a cura di) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo, dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, 657 ss..

Questa tendenza a concentrare innanzi al GA ogni tutela, “compresa quella risarcitoria, purché connessa all’esercizio della funzione amministrativa”⁽⁸²⁾, sembra essere stata rafforzata proprio dalla pronuncia della Corte costituzionale, ancorché questa si riferisca ai comportamenti ricadenti nelle materie di giurisdizione esclusiva.

La chiave di lettura proposta riconduce alla giurisdizione del giudice amministrativo, sia essa di legittimità che esclusiva, tutte le situazioni, quindi anche i comportamenti, nelle quali l’amministrazione agisce come autorità od esercitando un pubblico potere⁽⁸³⁾. I poteri decisori del giudice amministrativo, nelle materie in cui esso è comunque dotato di giurisdizione - le manifestazioni viziate della funzione pubblica - sono così arricchiti di un ulteriore strumento di tutela. Nessun nuovo assetto delle giurisdizioni, quindi, ma rimedio risarcitorio come completamento delle tutele affidate al giudice amministrativo che trova nell’art. 24 della Costituzione il suo terreno di riferimento.

Il sopra menzionato criterio, attraverso il quale poter operare il riparto di giurisdizione, presuppone una premessa chiarificatrice su cosa debba intendersi per condotta della PA scaturente da un precedente esercizio del pubblico potere. Nei termini riferiti è qualificabile come comportamento dell’amministrazione all’interno dell’esercizio del pote-

⁽⁸²⁾ Testualmente G. NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in (a cura di) G. D. COMPORTI, *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 238, il quale, comunque, riflettendo sul tema specifico del danno da ritardo, sottolinea come “non si può tuttavia escludere che della questione possa interessarsi il giudice ordinario. Da un lato, per l’oggettività del giudizio sul decorso del termine, che non involge profili di discrezionalità; dall’altro, perché se si accede alla logica della prestazione burocratica, la controversia attiene a quei rapporti individuali di utenza ai quali, tanto più dopo l’intervento della Corte costituzionale, non si estende necessariamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

⁽⁸³⁾ Si veda su questa posizione anche A. BENNI, A. TRAVI, S. FRACCHIA, in nota alla sentenza della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594. Nel senso che la giurisdizione sulle conseguenze dannose del comportamento inerte dell’amministrazione spetta al GA vertendosi nell’ambito della giustizia amministrativa che attrae anche tutti i giudizi risarcitori, cfr C. CONTESSA, *op. cit.*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica amministrazione*, Bologna, 2005 610 ss. Si vedano Cons. St., Sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875, in *Cons. Stato*, 2005, I, 379 e TAR Puglia, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, in *Trib. Amm. Reg.*, 2005, I 865 sulla considerazione che l’omesso esercizio del potere sia fattispecie speculare al suo esercizio, ed in quanto tale non riconducibile al mero comportamento, con la conseguenza, sul piano della giurisdizione, della competenza in capo al GA. Sulla considerazione, invece, che vi sia competenza del GO sul danno da ritardo, nel caso di specie conseguente alla ritardata erogazione di un finanziamento comunitario, si veda TAR Lazio, sez. II, 10 marzo 2004, n. 2293, in *Foro it.*, Rep., 2004, voce *Responsabilità civile*, n. 396.

re, l'attività che è priva di rilievo "nella determinazione del contenuto dispositivo dell'atto stesso", ma che è comunque diretta ad assicurare al "soggetto di un rapporto autoritativo beni della vita diversi da quello di cui disporrà il provvedimento finale"⁽⁸⁴⁾. Beni della vita e provvedimento finale tra loro "collegati (...) da un rapporto di contestualità, ma non di strumentalità"⁽⁸⁵⁾.

Alla giurisdizione amministrativa sarà, quindi, possibile il sindacato sul comportamento tenuto dalla P.A. nell'esercizio della funzione pubblica senza che questo si riversi necessariamente in un provvedimento. La condotta giustiziabile innanzi al giudice amministrativo, sia in materia di giurisdizione esclusiva che di legittimità, è riconoscibile per la sua appartenenza al procedimento formale⁽⁸⁶⁾ e per la sua contemporanea estraneità al momento decisionale che dal procedimento scaturisce (la *decision-making process*). Si supera in questi termini la qualificazione della condotta posta in essere dall'amministrazione nell'esercizio del potere come illecita, che per essere tale ha sempre dovuto presupporre l'illegittimità dell'atto perché solo in esso poteva sostanziarsi⁽⁸⁷⁾.

3.2. Le sentenze dalla Corte di Cassazione, Sezioni unite, n. 13659 e n. 13660 del 13.06.2006. Alcune conseguenze sul riparto di giurisdizione anche in tema di danni da comportamento.

Nel senso sopra precisato, allora, l'intervento della Consulta del 2004 è stato capace di rafforzare il ruolo del giudice amministrativo maggiormente all'interno della giurisdizione generale di legittimità che non in quella esclusiva a cui espressamente si riferiva⁽⁸⁸⁾.

La lettura, offerta appare oggi suffragata da recente, quanto forse inaspettata⁽⁸⁹⁾, posizione assunta proprio dalla Corte di Cassazione in

⁽⁸⁴⁾ Sempre A. R. TASSONE, *op. cit.*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2004, 224.

⁽⁸⁵⁾ Sempre A. R. TASSONE, *op. cit.*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2004, 224.

⁽⁸⁶⁾ Testualmente A. R. TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, n. 2 del 2004, 227.

⁽⁸⁷⁾ Per avere un'analisi del percorso storico delle qualificazioni giuridiche dell'attività amministrative non conformi al diritto amministrativo, tradotte nella tradizionale bipartizione illegittimità ed illiceità della condotta amministrativa quando la prima era attività nell'azione amministrativa che violava norme d'azione e la seconda che violava norme di relazione si veda R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della PA e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2004, 1911 ss.

⁽⁸⁹⁾ In realtà questo tipo di intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione appariva essere già nell'aria a ridosso della pronuncia della sentenza Corte di

due sentenze *gemelle*, la n. 13659 e n. 13660 del 13.06.2006, destinate non poco ad incidere sul dibattito sommariamente accennato.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno cercato risposta al problema della ripartizione della giurisdizione affrontando il tema generale della responsabilità della P.A. da illegittima attività provvedimento e quello della proponibilità dell'azione risarcitoria a prescindere dall'annullamento dell'atto.

Detti interventi aprono con forza la strada alla *non necessarietà* della pregiudizialità amministrativa per la promozione dell'azione risarcitoria⁽⁹⁰⁾, e possono parimenti orientare nella determinazione della corretta giurisdizione di riferimento anche in tema di danni da comportamento amministrativo.

Il criterio attraverso il quale procedere all'individuazione del "giudice perduto tra le leggi"⁽⁹¹⁾ è stigmatizzabile in una centrale espressione pre-

Cassazione, Sez. Un., 24 settembre 2004, n. 19200. Si veda la riflessione che conduce A. BARTOLINI, *Giudice ordinario ed autonomia del rimedio risarcitorio: gli orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3, 2005, p. 294: " (...) la Cassazione si è resa conto dell'indisponibilità, attuale, del giudice amministrativo ad ammettere l'ingresso in via diretta dell'azione di responsabilità. Non sembra, dunque, peregrino ipotizzare che la Cassazione, così facendo, abbia voluto mandare un messaggio nella trattativa in corso con il giudice amministrativo, sintetizzabile nei seguenti termini: se il giudice amministrativo continuerà a mantenere ferma la logica della pregiudizialità al privato sarà consentito adire in via autonoma il giudice ordinario; in caso di eventuale ripensamento, vi è la disponibilità da parte delle sezioni unite di cedere questa parte di giurisdizione al medesimo giudice amministrativo. (...) In conclusione, il giudice amministrativo dovrebbe attentamente prendere in considerazione l'avvertimento contenuto nella sentenza (...) [Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 settembre 2004, n. 19200] anche perché vi sono le condizioni sostanziali e giuridiche per un passaggio alla cognizione piena su tutte le controversie risarcitorie. Sarebbe, pertanto, auspicabile un ripensamento da parte dei giudici di Palazzo Spada che porti, da un lato, al recepimento di una ampia concezione di diritti patrimoniali consequenziali e, dall'altro, ad un'eccezione di pregiudizialità, non vista più in termini processuali ma sostanziali, in modo da divenire giudice unico della responsabilità (...)". Il Consiglio di Stato è rimasto sordo al messaggio della Corte di Cassazione.

⁽⁹⁰⁾ Si ricorda come la Corte di Cassazione affermi quasi *prepotentemente* la sua funzione di giudice del riparto della giurisdizione con un preciso monito a giudice amministrativo qualora nonostante il richiamato intervento, ritenga non promuovibile una azione riarcitoria svincolata da precedente azione demolitoria sull'atto, si veda punto 20.3 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, sentenza 13.06.2006 n. 13660, cit., dove si sottolinea se: "il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione e la sua decisione, a norma dell'art. 362, primo comma, c.p.c., si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice dal riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti".

⁽⁹¹⁾ Usa questa espressione G. BUFFONE, in *Responsabilità civile della p.a.: il*

sente in entrambe le motivazioni: “la tutela giurisdizionale contro l’agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti la compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo⁽⁹²⁾ o, se lo sopporti, quante volte l’azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto”⁽⁹³⁾.

In conseguenza di ciò la giurisdizione del giudice amministrativo, sia essa esclusiva che di annullamento, viene demarcata dal funzionale collegamento con il concreto esercizio del potere da parte degli organi amministrativi, realizzato secondo le forme tipiche previste dall’ordinamento⁽⁹⁴⁾.

Anche i danni da comportamento della P.A., dunque, saranno giustiziabili davanti al giudice degli interessi, purchè sia riconoscibile nella condotta dannosa il concreto esercizio del potere in base al procedimento svolto e alle forme adottate in conformità alle norme che detto esercizio regolano⁽⁹⁵⁾.

Di alcune tipologie di comportamenti è lo stesso supremo giudice civile che nelle sentenze in commento individua la giurisdizione di riferimento. Facendo uso del criterio sopra enunciato per la determi-

decalogo delle Sezioni Unite sulla giurisdizione, Cassazione, SS.UU. civili, sentenza 13.06.2006 n. 13659, in www.altalex.it

⁽⁹²⁾ Le sentenze in esame in realtà indicano espressamente, a fini esemplificativi del ragionamento, le fattispecie in cui l’amministrazione deve essere convenuta davanti alla giurisdizione ordinaria, si veda il punto 10 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, sentenza 13.06.2006 n. 13660: a) tutte le volte in cui l’azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili come quello alla salute o all’integrità personale; b) i casi in cui la lesione del patrimonio del privato sia l’effetto diretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato; c) le occupazioni illegittime in cui la trasformazione irreversibile del fondo si avvenuta senza nessuna precedente dichiarazione di pubblica utilità, oppure questa possa dirsi mai avvenuta giuridicamente od venuta meno per sopravvenuta scadenza del suo termine d’efficacia.

⁽⁹³⁾ Così il punto 14 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, sentenza 13.06.2006 n. 13659.

⁽⁹⁴⁾ Così il punto 14 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, cit.

⁽⁹⁵⁾ Due sono per le sentenze in commento, i momenti che rilevano ai fini della individuazione del criterio con cui stabilire il riparto di giurisdizione, cfr sempre punto 14 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, cit.: “la situazione del cittadino considerata nel suo aspetto statico e gli effetti che l’ordinamento ricollega all’azione amministrativa una volta che questa sia stata esercitata”.

nazione del giudice competente, le Sezioni Unite indicano, ad esempio, quali le occupazioni illegittime ascrivibili alla giurisdizione del giudice ordinario⁽⁹⁶⁾ e quali a quella del giudice amministrativo, risolvendo, poi, a favore della giurisdizione di quest'ultimo "i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio"⁽⁹⁷⁾.

La linea di demarcazione esistente tra una giurisdizione e l'altra appare, quindi, sostanzialmente nella riconducibilità della condotta dannosa posta in essere dalla pubblica amministrazione all'esercizio o meno del potere pubblico da parte di quest'ultima.

4. Conclusioni

È utile, a questo punto, cercare di abbozzare una qualche conclusione sul tema affrontato.

Fondando il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del GA per danni da comportamento della P.A. sull'esercizio del pubblico potere, con le sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006, la Corte di costituzionale "pur non avendo avuto modo di risolvere i problemi inerenti alla disciplina dell'azione risarcitoria, ha (...) svolto considerazioni che possono orientare alla ricerca della soluzione"⁽⁹⁸⁾.

Il collegamento che la Consulta fa alla funzione amministrativa, ed ai poteri autoritativi, diviene cartina di tornasole nelle mani della giurisprudenza per l'individuazione delle controversie risarcitorie pertinenti a comportamenti della P.A. ricadenti nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁽⁹⁶⁾ La sentenza Corte di Cassazione, SS.UU. cit. precisano, infatti: "nel settore delle occupazioni illegittime, sono chiarimenti ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione usurpativa, caratterizzante dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto (...) [o] il decreto di espropriazione è pur stato emesso, (...) però in relazione al bene, la (...) destinazione ad opera di pubblica utilità si debba dire mai avvenuta giuridicamente od oramai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia".

⁽⁹⁷⁾ Ancora si veda il punto 14 del *Considerando in diritto*, Corte di Cassazione, SS.UU. civile, sentenza 13.06.2006 n. 13659.

⁽⁹⁸⁾ Così F. G. SCOCA, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno nella sentenza della Corte costituzionale n. 204/04*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 55.

Anche alla luce della sentenza C. Cost. n. 191/06, infatti, si può oggi con sufficiente sicurezza sostenere “che la conclusione più convincente sia quella per la quale i comportamenti della P.A. che devono considerarsi demandati al giudice ordinario siano tendenzialmente quelli che possono ricondursi al concetto (per usare un’espressione comunemente impiegata nel diritto francese) di *voie de fait*. Resta così definita la spettanza al giudice ordinario delle controversie in tema di azioni possessorie, come anche di azioni di enunciazione e di manutenzione, e altresì delle controversie in materia di occupazione usurpativa, quando il presupposto per la richiesta di risarcimento del danno derivi da un mero comportamento (occupazione del suolo *sine titulo*)”⁽⁹⁹⁾.

Più complessa rimane la valutazione se le scelte contenute nella sentenza Corte di Costituzionale n. 204/04 possano aver avuto evidenti ricadute sull’intero sistema dualistico del riparto di giurisdizione, quindi anche in tema di giurisdizione di legittimità pur se le indicazioni della Consulta siano espressamente riferite alla sola giurisdizione esclusiva⁽¹⁰⁰⁾.

Nonostante il “monito” di autorevoli voci di non procedere ad alcuna estrapolazione della citata sentenza “di argomenti in ordine ai rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento, sia che si rientri in una fattispecie di giurisdizione esclusiva sia che si ricada nella giurisdizione di legittimità”⁽¹⁰¹⁾, l’interpretazione prevalente dell’intervento della Consulta riconosce al giudice amministrativo una vera e propria riserva, costituzionalmente fondata sull’art. 24 e 103 Cost., in materia di poteri pubblici (provvedimenti e comportamenti), stante il “riconoscimento della costituzionalità delle più recenti previsioni legislative che hanno attribuito al giudice amministrativo la tutela risarcitoria”⁽¹⁰²⁾.

In questa direzione può quindi cercarsi la soluzione al “problema di quale sia il giudice da adire in caso di danni prospettati come *non con-*

⁽⁹⁹⁾ Testualmente L. MAZZAROLLI, *op.cit.*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2005, 238.

⁽¹⁰⁰⁾ Il riferimento delle conseguenze della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 anche in tema di giurisdizione di legittimità non è per molti autori automatico, si veda M. MAZZAMUTO, *op.cit.*, in G.D. COMPORI (a cura di), *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 224: “le indicazioni della Corte si muovono nel contesto della giurisdizione esclusiva. Non è chiaro se esse possano refluire anche sulla generale giurisdizione di legittimità”.

⁽¹⁰¹⁾ In questo senso M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 969 ss.

⁽¹⁰²⁾ Così testualmente M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, in G. D. COMPORI (a cura di), *Verso un’amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 221. Traccia le conseguenze di una ipotetica pronuncia della Consulta che azzeri le novità introdotte dal 1998 ad oggi in tema di giurisdizione piena del giudice amministrativo, F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2001, 411 ss.

sequenziali a provvedimenti impugnati, perché illegittimi, ma derivati *non da atti* illegittimi, ma da *inazioni, omissioni o altri comportamenti contestati*, (silenzio significativo, ritardo, violazione di regole procedurali, non sfocianti nella illegittimità, violazione di regole di correttezza, buona fede, affidamento)”⁽¹⁰³⁾.

Se l'intervento della Consulta, ispirato ad una logica di concentrazione delle tutele, da in mano agli interpreti lo stesso filtro usato in sede di giurisdizione esclusiva, allora si “può ragionevolmente [ritenere] che l'accertamento delle ipotesi riguardanti comunque la violazione di regole sull'esercizio del potere (non la esistenza del potere, ch  si ricadrebbe nel mero comportamento senza potere), e cio  la giurisdizione sulla questione che si pone come pregiudiziale al risarcimento (e il conseguente risarcimento) dovrebbero spettare al GA, naturale giudice della pubblica funzione”⁽¹⁰⁴⁾.

VALENTINA COLCELLI

⁽¹⁰³⁾ Testualmente S. DE FELICE, *Tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della PA.*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4 del 2005, 937.

⁽¹⁰⁴⁾ Ancora S. De Felice, *op. cit.*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4 del 2005, 938.

IL LAVORO A TEMPO PARZIALE E A TERMINE IN ITALIA E IN FRANCIA: L'ETEROGENEA ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE.

SOMMARIO: **1.** *Contratto part-time, lavoro a termine e orientamento verso la flessibilità.* **2.** *Il contratto part-time: la tendenza italiana al riconoscimento di un ampio margine allo ius variandi datoriale contro la più controllata flessibilità francese.* **3.** *Il caso eclatante delle 'clausole elastiche'.* **4.** *Un tentativo di valutazione.* **5.** *Il lavoro a termine: la spinta dell'Italia verso la liberalizzazione dell'istituto e lo spirito più garantista del legislatore francese.* **6.** *La disciplina delle causali di accesso.* **7.** *Altri elementi di frizione: contratti successivi e proroga, ruolo della contrattazione collettiva, sanzioni.* **8.** *Alcune conclusioni.* **9.** *Molto rumore per...molto .*

1. *Part-time* e lavoro a termine rappresentano due forme di lavoro atipico estremamente diffuse, in quanto potenziali strumenti di flessibilizzazione dell'impiego in risposta alla variabilità e alla segmentazione della domanda di mercato, nonché mezzi di realizzazione dei macro-obiettivi della strategia europea per l'occupazione (SEO)⁽¹⁾, così come riformulati nel 2005⁽²⁾, quali il raggiungimento della piena occupazione, il miglioramento della qualità e della produttività del lavoro, e il rafforzamento della coesione sociale.

Il messaggio fondamentale del recente Libro Verde⁽³⁾ della Com-

⁽¹⁾ L'idea di una strategia europea in materia di impiego nasce all'inizio degli anni '90 durante la Presidenza della Commissione di Jacques Delors, il quale considerava la creazione di un "*espace social Européen*" come corollario necessario al completamento del mercato unico europeo.

⁽²⁾ Il riferimento è alle *Guidelines* sull'occupazione 2005-2008.

⁽³⁾ *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708.

missione in materia, consiste nella raccomandazione rivolta agli Stati membri affinché procedano ad un allentamento dei vincoli giuridici – legali e contrattuali – che disciplinano il rapporto di lavoro *standard*, allo scopo di incentivare, facilitandola, una maggiore flessibilità dei rapporti di lavoro.

Tali istanze dovrebbero interagire fra loro al fine di costituire un unico approccio globale volto al contemperamento tra l'interesse delle imprese alla flessibilità e quello dei lavoratori alla sicurezza⁽⁴⁾. Il tentativo di conciliare queste esigenze è funzionale ad individuare una *rotta* mediana tra gli eccessi di garantismo legislativo e le punte di flessibilità non regolata, in una logica che è stata definita di flessibilità c.d. 'mite'⁽⁵⁾.

Il contemperamento tra le istanze di flessibilità e sicurezza, è alla base oltre che degli orientamenti generali delle *Guidelines* sull'occupazione, anche di un intervento mirato del legislatore comunitario, concretizzatosi, *ad oggi*, nell'emanazione di due direttive, la 97/81/CE per il *part-time*, e la 99/70/CE per il lavoro a termine. Esse, caratterizzate da un *favor* trasversale per il lavoratore, impongono in generale il rispetto del principio di non discriminazione tra lavoratori comparabili e della clausola di non regresso (la quale preclude che le modifiche apportate ad una data disciplina comportino un abbassamento del livello di tutela pre-esistente), nonché – più specificamente – del principio di volontarietà nel caso del *part-time*, e di quello di prevenzione degli abusi nel ricorso al lavoro a termine.

Tuttavia vi sono tre fattori, insiti nella natura dell'intervento comunitario stesso, che hanno costituito un ostacolo all'attuazione di tali principi.

In primo luogo, la c.d. *vincolatività differenziata*⁽⁶⁾ degli strumenti

⁽⁴⁾ Felicamente realizzato, come unanimemente condiviso, dal modello danese. Tuttavia, i caratteri della genesi e dello sviluppo di tale modello, inducono ad interrogarsi problematicamente sul grado di effettiva esportabilità dello stesso al di fuori dal contesto geopolitico che lo ha prodotto. Difficilmente si riesce a prospettare la possibilità che nel nostro Paese si riproduca il c.d. 'triangolo d'oro' (carattere particolarmente permissivo della normativa in materia di licenziamenti; notevole generosità del regime dei sussidi previsti in caso di disoccupazione – c.d. 'sistema Ghent', che attribuisce ai sindacati l'amministrazione dei fondi contro la disoccupazione –; efficacia delle politiche di attivazione al lavoro, incentrate sulla formazione continua, nonché su un'eccellente rete di servizi all'impiego): esso permette che la flessibilità diventi un obiettivo comune, in ragione del fatto che la sua gestione riesce a soddisfare tutti i soggetti implicati nel rapporto di lavoro.

⁽⁵⁾ B.CARUSO, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in "Dir. Rel. Ind.", 2000, pag.141.

⁽⁶⁾ B.CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso la teoria dei limiti ordinamentali*, in "Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14/2/2003 al d. lgs. 10/9/2003, n. 276", a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. Zoppoli, Editoriale scientifica ES, 2004, p. 27.

normativi utilizzati, che implica un'inevitabile eterogeneità di recepimento: ad esempio, se le direttive – in quanto *hard law* – sono veri e propri precetti giuridici che vincolano gli Stati membri, diversamente, le *Guidelines* – strumenti di *soft law* – hanno una mera funzione di orientamento e la loro attuazione dipende esclusivamente da una precisa scelta degli ordinamenti interni.

In secondo luogo, il metodo aperto di coordinamento (MAC), forma di cooperazione per definizione orizzontale e a-gerarchica, di dialogo costruttivo (*multi-language legal discourse*) fondato sul c.d. paradigma della riflessività⁽⁷⁾, cioè sulla consapevolezza che l'originalità dell'integrazione europea consiste nel tenere insieme processi decisionali attuati a più livelli al fine di individuare riferimenti che abbiano natura sovranazionale, ma un contenuto capace di rispecchiare (di *riflettere*) le peculiarità nazionali, in una logica di *cross fertilisation*⁽⁸⁾. In questa prospettiva, il meccanismo innescato dal MAC si rinnova di anno in anno, delineando una struttura a 'geometria circolare'⁽⁹⁾. Un simile approccio presuppone l'uso di strumenti flessibili e leggeri che non implicano una vera e propria costrizione giuridica, ma soltanto un impegno morale e politico. Il c.d. 'processo di comunitarizzazione'⁽¹⁰⁾ del diritto del lavoro, non si realizza infatti secondo una logica *top down*, ma *bottom up*: l'attività normativa sovranazionale genera infatti negli Stati membri un'attitudine propulsiva, suscettibile di espletarsi in un'armonizzazione originata da processi di induzione spontanea⁽¹¹⁾. Tuttavia, in tal modo, i contenuti tradizio-

⁽⁷⁾ P. DAVIES e M. FREEDLAND, *The role of EU employment law and policy in the de-marginalisation of part-time work: a study in interaction between EU regulation and Member State regulation*, in "Employment Policy and the Regulation of Part-time Work in the European Union – A comparative analysis", a cura di S.Sciarra, P.Davies e M.Freedland, Cambridge, 2004, p. 77. È in questo senso che si parla di armonizzazione 'riflessiva' (concetto radicalmente lontano dal prototipo dell'armonizzazione c.d. 'costruttivista', o armonizzazione nel progresso – secondo la lettura di M.D'Antona – il cui scopo era quello di uniformare i sistemi nazionali, esemplandoli sul modello ritenuto funzionalmente migliore).

⁽⁸⁾ In questo senso, B. Caruso parla di una 'comunicazione osmotica', di una 'ibridazione tra ordinamenti' (*Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 39/2005).

⁽⁹⁾ S. SCIARRA, *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, EUI Working Papers, Law, n. 3, 2002.

⁽¹⁰⁾ A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.

⁽¹¹⁾ In questo senso, ben si comprende come si sia sviluppata una concezione dinamica anche della sussidiarietà: il riparto di competenze tra Stati membri e ordinamento comunitario che essa presuppone, deve essere inteso come mobile, non rigido, e fondato sul criterio dell'adequatezza.

nalmente precettivi dell'*hard law* si indeboliscono per lasciare spazio alla differenziazione, con il rischio di esercitare sui sistemi nazionali un'influenza troppo evanescente, se non inverificabile⁽¹²⁾.

Il terzo fattore è infine rappresentato dal frequente carattere ottativo, possibilistico, in alcuni casi extragiuridico, del linguaggio comunitario. Nel particolare caso dei lavori atipici, tale ambiguità riflette certi aspetti della produzione di regole propri della contrattazione collettiva: non a caso, infatti, le direttive si sono limitate a riportare in allegato l'accordo quadro raggiunto dalle parti sociali in materia, senza prevedere alcuna variazione.

Tenuto conto delle oscillazioni, quando non della schizofrenia⁽¹³⁾ delle norme comunitarie, è sembrato opportuno domandarsi in che modo i diversi Stati abbiano concretamente attuato il ri-bilanciamento delle politiche nazionali sulla base degli *input* comunitari, e secondo quale proporzione abbiano rispettato le indicazioni contenute nella direttiva e quelle enunciate dalle *Guidelines*. Un'analisi a tutto campo della disciplina italiana e francese di *part-time* e lavoro a termine, sembra suggerire come il dato comunitario si presti ad interpretazioni disomogenee; applicando lo strumento metodologico della verifica del tasso di adeguatezza di tali discipline e "tradizioni" rispetto al dettato comunitario, e procedendo in un'ottica *pre/post* riforma, si è tentato di dimostrare come gli ordinamenti di due Stati membri – l'Italia e la Francia – tradizionalmente impostati su soluzioni assai vicine in materia, abbiano potuto enucleare discipline che per certi aspetti divergono palesemente, fornendo in tal modo un esempio tangibile della eterogeneità di effetti che l'attuazione delle norme comunitarie è suscettibile di avere sugli ordinamenti nazionali. Il dato più significativo è rappresentato dal fatto che le punte di divergenza tra l'uno e l'altro sistema toccano, paradossalmente, gli elementi per così dire *essenziali* delle figure contrattuali prese in esame, andando in tal modo ad alterarne la natura.

2. La direttiva 97/81/CE ha inciso sui nervi sensibili della disciplina del *part-time*, cioè su quegli strumenti che, realizzando la variazione dell'orario di lavoro, permettono di derogare al principio di puntuale indicazione della durata e della collocazione della prestazione lavorativa: lavoro supplementare, lavoro straordinario e 'clausole elastiche'.

Contrariamente alle previsioni più pessimistiche e allarmanti, la direttiva non ha incoraggiato né assecondato vere e proprie 'derive

⁽¹²⁾ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 152.

⁽¹³⁾ A. SUPLOT, *Le droit du travail face à la libéralisation du commerce*, Firenze, 22 febbraio 2007.

deregolative' nel nome di una flessibilità priva di reali 'antidoti' di sicurezza. Tuttavia, non si può negare che Italia e Francia abbiano elaborato due discipline tra loro molto diverse. La direttiva emanata in materia impone il rispetto del principio di volontarietà del *part-time*, mentre le *Guidelines* per l'occupazione spingono nel senso della flessibilizzazione dell'impiego⁽¹⁴⁾; l'una ha carattere imperativo, le altre solo orientativo. Il legislatore francese ha globalmente rispettato questa gerarchia, mentre quello italiano sembra aver tenuto conto (impropriamente) più delle *Guidelines* che della direttiva stessa.

3. Molteplici sono gli aspetti della disciplina del contratto *part-time* rispetto ai quali Francia e Italia propongono soluzioni diverse, se non antitetiche: ad esempio, laddove la richiesta sistematica di ore eccedenti determini il raggiungimento o il superamento del limite legale o convenzionale, la disciplina francese prevede la riqualificazione in contratto a tempo pieno, mentre il d. lgs. n. 276/2003 ha abolito il c.d. diritto al consolidamento ex l. n. 230/1962, che produceva un effetto analogo.

Ad ogni modo, gli *input* comunitari hanno stimolato modifiche segnatamente incentrate sulla disciplina delle clausole elastiche; nonostante la direttiva 97/81/CE non facesse esplicito riferimento a questo tipo di istituto, il legislatore italiano, fondandosi sul dichiarato obiettivo di realizzare un'organizzazione più flessibile del lavoro, è infatti intervenuto sul già dettagliato art. 3, 7° comma della l. n. 230/1962, mutando innanzitutto la definizione in esso contenuta. Le clausole elastiche cambiano oggi nome (clausole 'flessibili'), pur continuando ad attribuire al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente la *collocazione temporale* della prestazione lavorativa; dalla mancanza di espressa specificazione da parte della legge, si deduce che esse possono essere presenti sia nel *part-time* orizzontale che in quello verticale o misto.

Le nuove clausole elastiche invece (clausole elastiche 'in senso stretto'⁽¹⁵⁾), recuperano la precedente denominazione ma cambiano contenuto, trattandosi infatti di strumenti che permettono al datore di modificare unilateralmente la *durata* della prestazione lavorativa. La previsione di questo nuovo tipo di clausole non è del tutto esente da dubbi di conformità rispetto al quadro definito dalla Corte Costituzionale nella sen-

⁽¹⁴⁾ Ciò dimostra che l'eterogeneità della fonte comunitaria si manifesta non solo nella gradualità della cogenza dei testi che la costituiscono ma, intrinsecamente, anche nei contenuti degli stessi.

⁽¹⁵⁾ R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, "Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003", a cura di P. Curzio, Cacucci Editore – Bari, 2004, p. 246.

tenza n. 210/1992 – ed in questo stesso senso dal diritto comunitario – a proposito dell'interesse del lavoratore alla programmabilità, strumento fondamentale di conciliazione della vita professionale con le esigenze personali e familiari.

In Francia l'istituto delle clausole elastiche non è contemplato poiché, a differenza della legge italiana – che permette di apporle al *part-time* verticale o misto per compensare l'esclusione di tali tipologie (l'art. 3, 1° comma menziona solo il *part-time* orizzontale) dalla possibilità per il datore di richiedere lavoro supplementare – quella francese non fa alcuna distinzione fra le tre varianti del contratto *part-time*, con la conseguenza che il lavoro supplementare è possibile in tutti e tre i casi e non v'è bisogno di ricorrere a strumenti alternativi.

Analogamente alle previsioni italiane invece, la legge francese ammette che le parti possano stipulare nel contratto l'equivalente delle clausole flessibili (art. L. 212-4-3, 1° comma code du travail); la *Cour de Cassation* ammette la legittimità delle potenziali variazioni della durata dell'orario di lavoro a tre condizioni. Il contratto di lavoro deve stabilire: 1) la possibilità di modifica della ripartizione dell'orario (in questo modo il lavoratore dà il proprio consenso⁽¹⁶⁾ al momento della stipula del contratto); 2) i casi in cui la modifica può intervenire⁽¹⁷⁾; 3) la natura di tale modifica (si può supporre che la variazione sarà prevista in funzione della natura dell'attività dell'impresa e del tipo di lavoro). La possibilità di modifica della ripartizione dell'orario di lavoro richiede non solo il consenso del lavoratore, ma anche la previsione da parte del contratto collettivo.

Analogamente, perché l'apposizione di una clausola elastica fosse legittima, la disciplina italiana previgente imponeva in ogni caso *sia* il consenso del lavoratore interessato *che* l'autorizzazione sindacale⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Imprescindibile, come stabilito nella sentenza della *Cour de Cassation*, *Ch. Soc.* n. 96-45 del 6.4.1999.

⁽¹⁷⁾ Occorre che il contratto specifichi le circostanze esatte in cui la variazione può legittimamente avvenire; il mero riferimento alle operazioni da svolgere non è sufficiente. Secondo gli autori (D. MAZEAUD, *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Domat – droit privé, Paris, 2004, p. 337) continua ad essere applicabile la giurisprudenza anteriore alla legge *Aubry II*, in base alla quale non risponde alle esigenze imposte dalla legge quella clausola che accorda al datore di lavoro il potere di modificare la ripartizione della durata del lavoro in funzione delle necessità del servizio – *Cass. Ch. Soc.*, 6.4.1999 –, se le circostanze lo richiedono – *Cass. Ch. Soc.*, 7.7.1998 –, o di limitarsi semplicemente a indicare che le ore di inizio e fine contratto sono suscettibili di variazioni – *Cass. Ch. Soc.*, 7.12.1999 –.

⁽¹⁸⁾ Senza perciò quella possibilità di apertura all'autonomia individuale che si ammetteva invece per il lavoro supplementare in assenza di contratto collettivo. La giustificazione di tale differenza, era fondata sulla 'diversa configurazione giuridica

L'attuale versione dell'art. 3, 7° comma d. lgs. n. 61/2000 attribuisce ai contratti collettivi soltanto il compito di stabilire "condizioni e modalità delle clausole elastiche e flessibili, nonché i limiti delle variazioni che esse possono prevedere e non anche la facoltà di prevedere tali clausole; il testo novellato dello stesso articolo, inverte la prospettiva, attribuendo tale facoltà interamente alle parti del contratto, in altri termini, all'autonomia individuale. Un secondo indizio (mimetizzato tra le sanzioni) della perdita di centralità¹⁹ della negoziazione collettiva è dato dall'art. 8, comma 2-ter che contempla la possibilità per datore e prestatore di lavoro "*di concordare direttamente l'adozione di clausole elastiche o flessibili...in assenza di contratti collettivi*", riconoscendo in questo modo all'autonomia individuale quella che potrebbe definirsi (impropriamente, visto che è la legge stessa a consentirlo) una facoltà di deroga *in pejus* alla legge.

La possibilità generale che siano i contratti collettivi a disciplinare la materia non viene comunque preclusa: in questo caso, il patto fra le parti, assumerà la funzione di rinvio e accettazione (da parte di esse) della disciplina posta dai contratti collettivi.

del patto di variabilità' (M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale*, in "Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276", vol. III "Contratti di lavoro flessibili e formativi, Titoli V e VI - Artt. 33-60", IPSOA Riforma del lavoro, coordinato da F. CARINCI, 2004, p. 150). Esso infatti implicava (e implica tuttora) un 'ispessimento del potere direttivo' del datore di lavoro (lo *ius variandi* non deve rispondere a coordinate temporali predeterminate o predeterminabili, ma può essere esercitato *ad libitum*), dall'altro, l'insorgere in capo al lavoratore dell'obbligo giuridicamente vincolante di rispondere all'eventuale chiamata, con la conseguente accentuazione della condizione di subordinazione. Il controllo sindacale era dunque indispensabile in quanto garanzia dell'autodeterminazione espressa dal lavoratore attraverso l'ineliminabile consenso.

⁽¹⁹⁾ Se da un lato il legislatore francese ha voluto incrementarne il peso nella regolamentazione della flessibilità, la normativa italiana ha invece favorito una vera e propria degradazione della sua funzione: prima la legge proibiva determinati livelli di flessibilità e le possibilità di deroga erano previste dalla contrattazione collettiva; ora la flessibilità dipende dalla volontà delle parti e la contrattazione collettiva deve frenare quest'autonomia, vedendo in tal modo ribaltato il proprio ruolo originario. Questa modifica ha conseguentemente alterato anche il rapporto tra la contrattazione collettiva e il consenso del lavoratore, con particolare riferimento all'ipotesi del lavoro supplementare: in questo caso infatti, il consenso del lavoratore non si considera più come necessario "*in ogni caso*", essendo richiesto soltanto in assenza (o in carenza)¹⁹ di un contratto collettivo. In tal modo le due chiavi di controllo (consenso del lavoratore e contrattazione collettiva) si pongono come alternative. La conseguenza è che il lavoratore non ha mai un controllo diretto e reale sulla flessibilizzazione del proprio contratto di lavoro: in presenza di un contratto collettivo il suo consenso non è richiesto; in assenza, o in carenza di un contratto collettivo, egli non riceve assistenza di nessun tipo non potendo perciò beneficiare delle garanzie da essa derivanti.

Per quanto riguarda il consenso del lavoratore, a differenza del lavoro supplementare, nelle clausole elastiche esso è acquisito una volta per tutte: il lavoratore che accetti l'apposizione di una clausola flessibile o elastica accorda al proprio datore una disponibilità più ampia rispetto all'ipotesi del lavoro supplementare, in ragione del carattere definitivo e irreversibile del consenso stesso. Pertanto, anche in presenza di previsioni collettive esso sarà necessario sempre e comunque (diversamente rispetto al lavoro supplementare, in questo caso non si può avanzare l'ipotesi che la contrattazione collettiva contenga implicitamente il consenso del lavoratore). In questa parte, il decreto lgs. n. 276/2003 sembra concretizzare il principio di volontarietà del *part-time*. Tuttavia la novella ha apportato delle modifiche⁽²⁰⁾ alle disposizioni che impongono un 'sacrificio sproporzionato' dell'interesse alla programmabilità menzionato dalla già citata sentenza n. 210/1992 della Corte di Cassazione. La novella acuisce infatti la 'fisiologica instabilità' dello schema contrattuale del *part-time*⁽²¹⁾.

Quanto al preavviso circa la variazione della durata o della collocazione della prestazione lavorativa, il d. lgs. n. 276/2003 ha ridotto il termine legale da dieci giorni ad "*almeno due...salve le intese delle parti*": il sintagma utilizzato potrebbe far pensare che la legge voglia attribuire alle parti la possibilità di un competenza derogatoria non soltanto *in melius*, ma potenzialmente anche *in pejus*⁽²²⁾.

L'art. L. 212-4-3, 1° comma *code du travail* sancisce invece che ogni modifica deve essere notificata al lavoratore almeno sette giorni prima della data in cui se ne prevede l'intervento; questo termine si calcola in

⁽²⁰⁾ Tali modifiche intervengono sul sistema della doppia chiave di controllo che A. LO FARO, *Italia*, in "Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.", 2000, p. 624, descrive come articolato in due categorie di norme: una disposizione principale (quella relativa alla necessità del consenso scritto del lavoratore) e una serie di disposizioni accessorie - una sorta di 'pacchetto di sostegno' - (circa il preavviso, la maggiorazione retributiva e il diritto di ripensamento) la cui ragion d'essere era quella di garantire le condizioni affinché la disposizione principale potesse trovare effettiva operatività. Sono proprio le disposizioni di questa seconda categoria a cadere.

⁽²¹⁾ S. BELLOMO, *Le clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale dopo il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61*, in "Quaderni", Cesri, Luiss Edizioni, Roma, 2002, p. 53.

⁽²²⁾ R. SANTUCCI, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla flessibilità limitata alla precarietà?*, in "Mercato del lavoro - riforma e vincoli di sistema - dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276", a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 41, sostiene che un preavviso inferiore a due giorni costituirebbe un 'assottigliamento eccessivo' del diritto in questione, fino al punto di mettere in forse la sua esistenza, che risulta invece essere garantita dalla norma (infatti le "diverse intese" sono relative al *quantum* del preavviso, e non all'*an*).

giorni lavorativi. Tuttavia, in applicazione dell'art. L. 212-4-4, 1° comma *code du travail*, una convenzione o un accordo collettivo di settore esteso può far variare tale termine fino ad un minimo di tre giorni lavorativi. Nel caso in cui si verifichi tale riduzione la convenzione o l'accordo collettivo di settore esteso devono prevedere una contropartita per il lavoratore; la scelta circa la natura di tale contropartita è lasciata ai firmatari dell'accordo.

Anche da questo punto di vista la disciplina attuale francese ricalca più o meno precisamente quella italiana non modificata dal d. lgs. n. 276/2003, sebbene si confermi come più garantista in quanto anche nell'attribuire ai contratti collettivi la facoltà di ridurre il preavviso, la legge impone di non scendere sotto ai tre giorni, mentre quella italiana precedente permetteva di arrivare a due.

Differenze sostanziali si rilevano anche per quanto riguarda la compensazione della maggiore disponibilità assicurata dal lavoratore che abbia accettato lo svolgimento della prestazione a tempo parziale in forma 'flessibile' od 'elastica': le norme italiane disciplinanti il *part-time* prevedono un diritto a beneficiare di "*trattamenti migliorativi*". La riforma operata dall'art. 46 d. lgs. n. 276/2003 è andata ad incidere sui criteri di determinazione del corrispettivo (art. 3, 8° comma d. lgs. n. 61/2000). Spetta al contratto collettivo stabilire non più soltanto l'entità (la "*misura*"), ma anche la natura (la "*forma*") di tali trattamenti, i quali non si presentano più necessariamente in forma di maggiorazioni retributive (di natura cioè economica), ma possono consistere anche in altre "*specifiche compensazioni*" (ad esempio, non una maggiorazione in termini monetari, ma un riposo compensativo anche non in relazione con il periodo in cui la prestazione di lavoro eccedente è stata richiesta, potendo aggiungerlo alle ferie estive)⁽²³⁾. Tali compensazioni sembrano essere dovute solo in caso di effettiva prestazione di lavoro elastico o flessibile visto che è "*l'esercizio del potere*" del datore di lavoro che le "*comporta*", senza che alcun corrispettivo sia previsto per i tempi di attesa in cui il lavoratore è potenzialmente utilizzabile.

Alcuni autori⁽²⁴⁾ sollevano perplessità⁽²⁵⁾ rispetto all'espressione "*speci-*

⁽²³⁾ Rimandando nell'art. 8, 2°-ter comma, alle "*disposizioni che precedono*" il legislatore sembra chiedere l'indicazione nel patto di misura e forma del compenso, anche in presenza del solo contratto individuale.

⁽²⁴⁾ S. BELLOMO, "*Flessibilità e Incentivazione del part-time: nuovi significati e interrogativi*", in "Mercato del lavoro – riforma e vincoli di sistema – dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276", a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 73.

⁽²⁵⁾ R. DEL PUNTA, *Art. 46 Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000 e successive modificazioni e integrazioni – Commento*, in "Il nuovo mercato del lavoro,

fiche compensazioni". Dal punto di vista 'giuridico-formale' si dubita della sua 'conformità' rispetto alla lettera *b*), art. 3 legge delega n. 30/2003, la quale menziona 'la maggiorazione retributiva come unica forma di remunerazione comunque dovuta al lavoratore', senza contemplare l'ipotesi di 'forme...alternative'⁽²⁶⁾; tale osservazione trova fondamento anche nel combinato disposto degli artt. 36, 1° comma Cost e 2099 c.c., che impone una 'congruità del trattamento retributivo'. In secondo luogo, il rinvio alla contrattazione collettiva circa la determinazione del *quantum* e del *quomodo* della retribuzione, svilirebbe la scelta del lavoratore di assicurare la propria disponibilità al fine di ottenere un maggiore guadagno in termini specificamente economici, laddove prevedesse 'altre forme di compensazione non egualmente soddisfattive dei bisogni individuali', senza compensare automaticamente il disagio provocato dalle 'fluttuazioni' dell'orario lavorativo e arrecando in questo modo un 'pregiudizio' al lavoratore tra l'altro 'non più rimediabile, in seguito all'abrogazione del 10° comma art. 3 d. lgs. n. 61/2000 nella sua originaria formulazione, che prevedeva per il lavoratore la "facoltà di disdetta motivata dalla riduzione patrimoniale e dalla conseguente necessità di attendere ad altra attività lavorativa"'.

Tali innovazioni, contribuiscono ad accentuare la debolezza economica del lavoratore *part-time*.

La Francia riconosce invece un diritto alla maggiorazione retributiva (art. L. 212-4-4, 2° comma *code du travail*) concepita in termini squisitamente economici, tale previsione trovando la sua ragion d'essere non solo nella volontà di compensazione della maggiore disponibilità del lavoratore, ma anche in quella di dissuadere efficacemente la parte datoriale dal chiedere lavoro eccedente; è evidente la coerenza del dettato francese rispetto a quello comunitario, nonché la coincidenza con la disciplina italiana pre-riforma.

Sfruttando l'ampio margine di manovra concesso dalla lettera *e*) art. 3 l. delega n. 30/2003, il legislatore italiano, con la lettera *n*) art. 46 d. lgs. n. 276/2003 sopprime poi il c.d. diritto di ripensamento, chiamato dalla dottrina anche 'clausola di reversibilità'⁽²⁷⁾.

d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276", coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli editore, 2004, p. 512, sottolinea infatti che in coerenza con il diritto del lavoratore ad una retribuzione sufficiente ai fini di un'esistenza libera e dignitosa, la maggiorazione dovrebbe avere carattere di 'immancabilità e non di surrogabilità' con benefici che, realizzando interessi diversi, non soddisfano le esigenze vitali del lavoratore. La circolare 9/2004 ha provato a recuperare la vaghezza, suggerendo all'autonomia collettiva di prevedere una maggiorazione di carattere retributivo.

⁽²⁶⁾ La sentenza n. 2691/1997 Corte di Cassazione precisa che la disponibilità alla variabilità deve essere retribuita con un 'adeguato compenso'.

⁽²⁷⁾ S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, in "Commentario al decreto legisla-

Il lavoratore non ha più la possibilità di recedere⁽²⁸⁾ unilateralmente dal patto di elasticità, con la conseguenza che in presenza di una clausola cui egli ha consentito, il *part-time* diverrà 'premanentemente elastico'⁽²⁹⁾. Il Libro Bianco criticava in maniera serrata tale istituto, sostenendo si trattasse di un 'forte disincentivo' al ricorso al *part-time*; attualmente parte della dottrina rimpiange il diritto al ripensamento in quanto ritiene che, sebbene fosse circoscritto, consentiva un bilanciamento tra le esigenze di variabilità del datore e quelle di protezione della volontarietà del lavoratore; la sua abolizione costituisce un significativo arretramento rispetto alla garanzia della volontarietà, contravvenendo dunque anche in questo caso alla clausola di non regresso.

Sommata all'apertura all'autonomia individuale, la scomparsa del diritto di ripensamento fragilizza la genuinità⁽³⁰⁾ del consenso del lavoratore⁽³¹⁾: che di fatto, oltre a non essere sicuro di ricevere una contropartita economica, non può nemmeno ritornare sulla propria decisione di accettare il patto di elasticità.

Il comma 2°-bis, introdotto dal d. lgs. n. 276/2003 all'art. 8 d. lgs. n. 61/2000, prevede una sanzione monetaria, cioè la corresponsione, a titolo di risarcimento del danno⁽³²⁾, di un ulteriore emolumento (in aggiunta

tivo 10 settembre 2003 n. 276", a cura di E. Gragnoli – A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, p. 571.

⁽²⁸⁾ M. BIAGI, *Introduzione*, in "Il lavoro a tempo parziale", a cura di M. Biagi, Il Sole 24ore, p. 78, precisava che si apriva in questo modo la possibilità per il lavoratore di tornare ad una distribuzione rigida dell'orario.

⁽²⁹⁾ R. SANTUCCI, *Il part-time nella nuova disciplina*, op. cit. p. 40 e C. Alessi, *Part-time e tecniche di incentivazione*, in "Mercato del lavoro – riforma e vincoli di sistema – dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276", a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 51.

⁽³⁰⁾ R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro*, op. cit., p. 245 afferma che il lavoratore è esposto al 'take or leave it'.

⁽³¹⁾ Il 9° comma dello stesso articolo potrebbe rappresentare una compensazione dell'abolizione dello *ius poenitendi* del lavoratore: tale comma prevede (in applicazione della lettera l) art. 46 d. lgs. n. 276/2003) che, su eventuale richiesta (anche orale) del lavoratore stesso, al momento della firma del patto di elasticità questi possa beneficiare di un'assistenza sindacale (in precedenza il lavoratore dava solo il proprio consenso) al fine di preservare per quanto possibile (fermo restando, come fa notare S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, op. cit., p. 575, che si potrà facilmente presentare il caso in cui il lavoratore rinunci a tale assistenza per 'compiacenza verso il datore di lavoro', in ragione del 'metus' naturalmente presente in un contesto di subordinazione) la genuinità di cui si diceva sopra, fondamentale, se si pensa che questo genere di modifiche al rapporto di lavoro ha in principio carattere pregiudizievole per lo stesso lavoratore.

⁽³²⁾ L'articolo non specifica di quale danno si tratti, ma si può pensare che esso sia prodotto dallo svolgimento di prestazioni elastiche al di fuori delle condizioni

alla retribuzione dovuta) riconosciuto in favore del lavoratore da parte del datore che abbia abusato delle clausole flessibili o elastiche, cioè che abbia effettuato prestazioni flessibili o elastiche senza il rispetto delle disposizioni collettive e/o legali (art. 3, 7°, 8° e 9° comma). La dottrina⁽³³⁾ sostiene che la previsione del risarcimento non abbia una marcata 'efficacia deterrente' e che sarebbero state necessarie soluzioni più incisive: pertanto la misura del risarcimento deve tendere il più possibile a questo tipo di effetto⁽³⁴⁾.

Il lavoratore che acconsente all'apposizione di una clausola regolarmente presentata in forma scritta, accorda la propria disponibilità una volta per tutte⁽³⁵⁾, con la conseguenza che a partire dal momento in cui la clausola è inserita nel contratto, il cambio di turno o il lavoro aggiuntivo va effettuato di volta in volta, a richiesta del datore: infatti il lavoratore non gode di alcun diritto di rifiuto *ex post*⁽³⁶⁾.

L'art. 3, 9° comma esclude che il rifiuto del lavoratore integri gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

Tuttavia l'impegno obbligatorio permane, con la conseguenza che, secondo alcuni autori⁽³⁷⁾, il rifiuto di rispettarlo renderà il lavoratore passibile di sanzioni disciplinari (le quali infatti non sono escluse dal testo normativo).

Diversamente nel caso francese il lavoratore può rifiutare di prestare ore di lavoro eccedente, senza che vi siano particolari conseguenze a suo carico, a condizione che la modifica proposta dal datore di lavoro sia incompatibile con una delle situazioni previste dalla legge: obblighi

legali (seguendo l'evoluzione giurisprudenziale, tale danno potrebbe coincidere con una lesione del diritto al riposo, quindi presentare gli elementi costitutivi del danno esistenziale). Ciò non toglie che sia possibile denunciare un danno biologico – causato ad esempio dal superlavoro –, o quello patrimoniale – risultante dalla perdita di occasioni lavorative più redditizie. La dottrina (M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale*, op. cit., p. 155, e R. Del Punta, *Art. 46 Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000*, op. cit., p. 514) sostiene si debba attendere la determinazione equitativa della giurisprudenza.

⁽³³⁾ S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, op. cit., p. 578.

⁽³⁴⁾ Bisogna distinguere il rifiuto di apporre la clausola, dal il rifiuto di allungare o spostare il turno una volta che la clausola sia apposta. Nella prima ipotesi, se il rifiuto viene espresso in sede di stipulazione del contratto è evidente che non esistono i presupposti per irrogare una sanzione conservativa, né *a fortiori* un licenziamento.

⁽³⁵⁾ Tale disponibilità contrasta con la libertà di iniziativa economica privata prevista all'art. 42, 2° comma, Cost. italiana.

⁽³⁶⁾ Anche se si potrebbe allegare un giustificato motivo od una situazione di oggettiva impossibilità.

⁽³⁷⁾ In questo senso R. DEL PUNTA, *Art. 46 Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000*, op. cit., p. 509.

familiari impellenti, una formazione scolastica o professionale, un periodo di attività presso un altro datore o un'attività professionale non remunerata.

4. Il piano nazionale di azione sociale francese del 2000 ha tenuto conto delle innovazioni delle leggi *Aubry* per promuovere, a beneficio dei lavoratori *part-time*, la definizione di nuove garanzie circa le ore eccedenti, le pause quotidiane, e la contrattazione collettiva⁽³⁸⁾, distinguendosi in questo modo dal piano di azione di altri Stati membri, quali ad esempio l'Italia. Il legislatore ha privilegiato l'attuazione dei principi comunitari, a scapito però, almeno apparentemente⁽³⁹⁾, dell'incentivazione del *part-time* in quanto strumento di incremento dell'occupazione (trascurando dunque, secondo questa lettura, l'obiettivo di occupabilità espresso dalle *Guidelines* sull'occupazione). In realtà il combinato disposto delle norme che limitano la flessibilità e di quelle che riducono la durata legale settimanale dell'orario di lavoro a 35 ore, permetterebbe di affermare che la Francia si caratterizza per una regolamentazione coerente sia con la direttiva che con le *Guidelines*. Anche se al momento di delineare la politica nazionale di azione sociale è stato necessario rivedere il testo di legge affinché utilizzasse la terminologia e la sintassi delle *Guidelines*, il Governo non ha avuto bisogno di modificare in maniera radicale la disciplina, poiché gli obiettivi del legislatore francese erano profonda-

⁽³⁸⁾ Dubbi permangono circa il ruolo acquisito dalla contrattazione collettiva, significativamente sviluppata dalle leggi *Aubry*. Ci si deve chiedere infatti se le clausole contenute negli accordi collettivi non siano puramente formali e soprattutto se sapranno contribuire effettivamente allo sviluppo di un *part-time* volontario (*choisi*); la moltiplicazione degli accordi collettivi solleva infatti un problema di controllo sulla loro applicazione.

⁽³⁹⁾ S. LAULOM, *France: part-time work – no longer an employment policy tool*, in "employment policy and the regulation of part-time work in the european union – a comparative analysis", a cura di sciarra s., davies p. e freedland m., cambridge, 2004, p. 119, ha individuato almeno due buone ragioni per sostenere che le modifiche apportate alla disciplina del *part-time* siano tuttavia generalmente conformi anche all'obiettivo di incentivazione dell'occupazione: in primo luogo, da un lato, la riduzione generale del tempo di lavoro vuole realizzare lo stesso obiettivo espresso dalle *Guidelines*, con la sola differenza che cambia lo strumento di azione, dall'altro lato, con il combinato disposto tra le disposizioni che limitano la flessibilità e quelle che riducono la durata legale settimanale dell'orario di lavoro a 35 ore, si dovrebbe riuscire a soddisfare entrambe le componenti del binomio flessibilità-sicurezza (la disciplina francese attuale è inestricabilmente legata alla legislazione sulle 35 ore); in secondo luogo, il maggior rigore della regolamentazione del *part-time* dettata dalle leggi *Aubry* realizza perfettamente l'adattabilità dell'impiego alle esigenze personali e professionali del lavoratore. L'esempio francese mostra l'estrema malleabilità delle *Guidelines* sull'occupazione.

mente somiglianti a quelli delle *Guidelines* stesse, nonché ai principi imperativi della direttiva.

Come si è detto, il contemperamento di interessi che (in questo caso) la Francia è riuscita a realizzare, non si è verificato omogeneamente ed in maniera altrettanto felice anche in tutti gli altri Stati membri; in alcuni di essi la regolamentazione risultante dalla trasposizione della direttiva si è dimostrata conforme più alla nozione di de-marginalizzazione del *part-time* che a quella di protezione del lavoratore. L'Italia rappresenta proprio uno di quegli Stati che hanno deciso di disciplinare il *part-time* sbilanciandosi nel senso della flessibilità.

Il legislatore italiano è intervenuto senza troppo attenersi alla priorità dei precetti giuridici rispetto alle indicazioni meramente orientative: esso ha infatti voluto privilegiare – in armonia con le *Guidelines* –, l'incentivazione del *part-time* (che fa parte di quest'ultima categoria di obiettivi presentando un carattere solo programmatico), trascurando palesemente l'imprescindibile attuazione dei principi comunitari per natura vincolanti, quali la non discriminazione tra *part-timers* e *full-timers*, la volontarietà del *part-time* e la clausola di non regresso⁽⁴⁰⁾, oltre che l'attuazione delle esigenze di sicurezza espresse dalla direttiva 97/81/CE, discordando più generalmente con la Strategia europea per l'occupazione. Infatti è proprio su questi aspetti essenziali che la disciplina si è dimostrata carente⁽⁴¹⁾.

Inoltre, quanto al d. lgs. n. 276/2003, è da dimostrare che abbia aumentato l'occupazione⁽⁴²⁾, e anche a patto che lo abbia fatto, non si tratta certo di un aumento di qualità, in quanto ha reso la disciplina molto meno punitiva e molto più derogabile dalle parti individuali del rapporto di lavoro.

⁽⁴⁰⁾ È vero che attuare il principio di non regresso non significa evitare qualunque modifica della disciplina vigente, ma il rilievo dei valori costituzionali, come sottolineato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 45 del 7 febbraio 2000 (in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 171 ss) coinvolti dalla disciplina del *part-time* dovrebbe invece indurre il legislatore a rivedere le strategie di incentivazione alla luce delle indicazioni provenienti anche dal diritto comunitario.

⁽⁴¹⁾ Come sottolinea R. SANTUCCI, *Il part-time nella nuova disciplina*, op. cit., p. 35, Il legislatore del 2000 aveva scelto una flessibilità (ossimoricamente) 'rigida', sensibile alle esigenze di tutela del lavoratore (predeterminazione della durata e collocazione dell'orario ridotto con riferimento a tutte le scansioni temporali; previsione di un termine di preavviso rispettoso delle esigenze dei lavoratori; diversificazione dei tetti di riferimento per determinare il carattere straordinario delle ore effettuate, al fine di realizzare il principio di non discriminazione tra *part-timers* e *full-timers*), per alcuni aspetti forse in maniera eccessiva; per incentivare il *part-time* sarebbe stato sufficiente attenuare o eliminare qualche tutela superflua. Se non altro comunque, almeno formalmente, la tutela del lavoratore veniva ampiamente garantita.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

Una continuità rispetto al passato è percepibile nell'idea-guida che la diffusione del *part-time* venga agevolata dall'aumento delle flessibilità previste, come si è detto, a senso unico, che rendono più appetibile il contratto per il datore di lavoro. Per converso, è possibile rilevare una discontinuità nel fatto che ora l'obiettivo è perseguito con maggior efficacia e spregiudicatezza e soprattutto con una tecnica di flessibilizzazione diversa che, valorizzando in modo ancora più incisivo l'autonomia individuale, punta a rendere nella sostanza superflua o difficile la contrattazione collettiva.

Con il d. lgs. n. 276/2003, sono rimasti in ombra gli aspetti della flessibilità funzionale⁽⁴³⁾, quella relativa come si è visto, al funzionamento del rapporto di lavoro, quasi confidando che la moltiplicazione delle forme nuove di lavoro potesse esimere dal rivedere la funzionalità interna al rapporto stesso.

La tipologia contrattuale del *part-time* così disciplinata, si caratterizza per il fatto che il tempo di lavoro diventa un elemento intrinsecamente indeterminato, o comunque non necessariamente determinato⁽⁴⁴⁾. Che l'indeterminatezza sia assoluta o relativa, oppure che la porzione di indeterminatezza possa essere più o meno accentuata, o ancora che possa riguardare ora la durata ora la collocazione temporale, i termini della questione non mutano: occorre indagare se e quali effetti si producano sulla struttura del contratto di lavoro. Proprio perché è al contratto che si intende attribuire nuova centralità, occorre ritornare alle regole della dogmatica contrattuale. Se è vero che questa flessibilità produce effetti di variabilità nel tempo di lavoro, bisogna anche ammettere che si tratta di variabilità concernente i caratteri temporali della prestazione di lavoro, cioè il criterio di determinazione quantitativa della prestazione lavorativa, in altre parole, l'oggetto del contratto.

5. *L'animus* sotteso agli interventi comunitari in materia di lavoro a termine si colloca in un orizzonte completamente diverso da quello assunto nel caso del *part-time*, relativamente al quale, come si è visto, accanto alla finalità di assicurare il rispetto del principio di non discriminazione, era posto l'obiettivo di facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria (clausola 1, lett. b)).

⁽⁴³⁾ G. DE SIMONE, *Flessibilità, lavori flessibili, diritto comunitario*, in "Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile – Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002", Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 509.

⁽⁴⁴⁾ V. BAVARO, *Osservazioni su tempo parziale, tempo flessibile e dogmatica contrattuale*, in "mercato del lavoro – riforma e vincoli di sistema – dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276", a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 61.

Nell'accordo sul rapporto a durata determinata invece, pur riconoscendosi che tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa costituisce un utile incentivo alla flessibilità in entrata, è presente la consapevolezza⁴⁵ che non si tratta di una tipologia di rapporto di lavoro atipico sul quale poter incentrare le assunzioni future; esso non rappresenta un istituto da promuovere, poiché non genera sicurezza. Così facendo, l'accordo europeo in materia si discosta dalla tradizionale ottica di deregolazione neo-liberista che intende la flessibilità essenzialmente come sinonimo di precarietà, cioè a tutto vantaggio della ritrovata centralità dell'impiego stabile⁴⁶. In questo senso, la scelta operata a livello comunitario di considerare il contratto a termine come 'eccezione' si colloca in controtendenza rispetto alle attuali dinamiche socio-economiche. Le due linee portanti della direttiva 99/70/CE si identificano infatti con la volontà di garantire il rispetto del principio di non discriminazione, nonché con la necessità di prevenire gli abusi nella stipulazione di contratti a durata determinata. Nonostante queste tranquillizzanti premesse, l'attuazione della direttiva che alcuni degli Stati membri hanno posto in essere – ad esempio l'Italia –, ha originato non pochi problemi interpretativi, questioni di legittimità costituzionale⁴⁷, e più o meno fondate perplessità circa l'effettivo rispetto della clausola di non regresso.

⁽⁴⁵⁾ C. LAZZARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. Rel. Ind.*, 4/XII, 2002, p. 437.

⁽⁴⁶⁾ È pur vero che parte della dottrina (M. Calearo, in occasione della Giornata di studio sul tema *Verso la riforma del lavoro a termine? Ipotesi governativa di revisione della disciplina legale e benchmarking internazionale*, Fondazione Marco Biagi, Modena, 9 marzo 2007) sostiene che il lavoro a termine debba essere interpretato non come un rischio, bensì come un'opportunità, e che la precarietà derivante dal carattere determinato della durata del contratto non si manifesta solo nella presunta incertezza che è suscettibile di ingenerare nel lavoratore, ma anche nella variabilità della forza-lavoro su cui l'impresa può contare, variabilità che, in quanto tale, non è sempre necessariamente positiva.

⁽⁴⁷⁾ Si pensi alla vicenda del tribunale di Rossano Calabro: la Corte costituzionale (cui il Tribunale predetto aveva sottoposto una questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni del d.lgs.n. 368/2001 nella parte in cui non riconoscono direttamente il diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda, e con la medesima qualifica, a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a termine) ha stabilito che, l'interpretazione forte del principio di non discriminazione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mangold* (22 novembre 2005, C-144/04), costituisca criterio anche alla lettura delle norme del d.lgs.n. 368/2001 sul diritto di precedenza, così da ritenerle incostituzionali per eccesso di delega ex art. 76 Cost., nonché non conformi al diritto comunitario in quanto suscettibili di comportare un abbassamento del livello di tutela preesistente (contravvenendo in tal modo alla clausola di non regresso).

Le prime contestazioni sono emerse al momento di stabilire se vi fosse una reale esigenza di trasposizione di tale direttiva nell'ordinamento italiano il quale, secondo molti, prevedeva una regolamentazione di tale istituto già conforme al dettato comunitario. Alcuni autori⁽⁴⁸⁾ precisano che la decisione di procedere all'attuazione della direttiva *de qua* non fosse 'destituita di ogni fondamento', potendosi forse ritenere l'ordinamento italiano non conforme ad alcuni profili, tuttavia secondari, della medesima (in tema, ad esempio, di informazioni sulla possibilità d'impiego o di formazione adeguata per i lavoratori a termine, di cui alla clausola 6 dell'accordo quadro, o ancora di computo degli stessi ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali, menzionato alla clausola n. 7 dello stesso accordo). Più in generale si è ritenuto necessario un intervento anche al fine di dare ordine e razionalità ad una normativa stratificatasi nel tempo in modo non sempre coerente. Tuttavia, tali limitate modifiche non sono state effettuate con la dovuta tempestività dalla maggioranza al potere al momento di emanazione della direttiva: è stato il Governo successivo a darne attuazione sulla base di un'interpretazione estensiva della delega, facendo tentennare i principi cardine della legislazione previgente. Questa era riconducibile infatti a due capisaldi⁽⁴⁹⁾: da un lato, l'eccezionalità del contratto a termine, ammesso solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, dall'altro, la devoluzione alla contrattazione collettiva del compito di flessibilizzare tale rigida disciplina legale individuando nuove ipotesi di assunzione a termine. Quest'ultimo aspetto rappresentava uno dei pilastri della c.d. 'flessibilità negoziata'.

6. Ad ogni modo, l'esempio più significativo degli effetti che la schizofrenia del legislatore comunitario, di cui si diceva inizialmente, ha avuto invece sulle discipline nazionali, è dato dalla regolamentazione dell'accesso al lavoro a termine.

La direttiva 99/70/CE si era concentrata solo sulla prevenzione degli abusi nella reiterazione dei contratti a termine senza occuparsi direttamente della prima stipulazione del contratto⁽⁵⁰⁾: omettendo di imporre

⁽⁴⁸⁾ C. LAZZARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, op. cit., p. 442.

⁽⁴⁹⁾ S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in Rass. Giur. Umbra n. 1, 2002, p. 406.

⁽⁵⁰⁾ M. TIRABOSCHI, in occasione della Giornata di studio sul tema *Verso la riforma del lavoro a termine? Ipotesi governativa di revisione della disciplina legale e benchmarking internazionale*, Fondazione Marco Biagi, Modena, 9 marzo 2007, afferma che il legislatore comunitario non si è occupato scrupolosamente della prima stipulazione a termine poiché non la ritiene pericolosa, ma anzi, auspicabile.

regole circa le causali giustificative dell'apposizione del termine, ha lasciato agli Stati un ampio margine di discrezionalità nel recepimento della direttiva su questo punto.

La coppia Francia-Italia ne è un esempio. In un'ottica *pre/post* riforma, la Francia rientra nel novero di quegli Stati nei quali l'attuazione della direttiva si è realizzata in continuità con l'assetto previgente, poiché dagli anni Novanta l'apposizione del termine è ammessa solo nei casi tassativamente elencati dalla legge a conferma del carattere eccezionale del termine; il legislatore italiano ha invece approfittato per apportare modifiche sostanziali alla disciplina nel senso di una liberalizzazione dell'istituto, sostituendo il *numerus clausus* previsto dalla legge del 1962, con una clausola generale che ammette l'apposizione del termine a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, stimolando in questo senso un acceso dibattito dottrinale circa l'effettivo mantenimento dell'eccezionalità del termine⁽⁵¹⁾.

Tale previsione ha fatto sorgere dubbi sul rispetto della clausola di non regresso. La questione fondamentale è quella di stabilire se il lavoro a termine sia in questo modo ammesso solo come *extrema ratio* in ragione dell'oggettiva temporaneità dell'occasione di lavoro, oppure anche quando, pur in presenza di un'occasione permanente di lavoro (che normalmente richiederebbe un contratto a tempo indeterminato), sussista una ragione oggettiva, non arbitraria o illecita, che renda in concreto preferibile un rapporto a termine. Numerose le tesi formulate in proposito dalla dottrina: alcuni autori⁽⁵²⁾ hanno sostenuto l'inscindibilità della coppia stabilità-temporaneità, in base alla quale le ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive sarebbero quelle che giustificano oggettivamente e incontrovertibilmente il contratto a termine in quanto relative a carichi di lavoro di

Egli sostiene che l' 'anomalia italiana' sia esattamente la medesima rilevata da G. Giugni in occasione del convegno di Sorrento del 1978, e cioè il fatto che si tratta dell'unico paese (insieme alla Francia) in cui il contratto a termine viene considerato come un 'disvalore'. La posizione di M. Tiraboschi è poco condivisibile se si pensa che la legislazione italiana in materia non prevede garanzie sufficienti perché tale modalità del contratto di lavoro possa essere considerata come un'opportunità così appetibile.

⁽⁵¹⁾ Come sottolinea I. SENATORI, *Verso la riforma del lavoro a termine?*, in occasione della Giornata di studio sul tema *Verso la riforma del lavoro a termine? Ipotesi governativa di revisione della disciplina legale e benchmarking internazionale*, Fondazione Marco Biagi, Modena, 9 marzo 2007, è attualissimo il dilemma alternative-fungibilità/subalternità tra contratto a termine e a durata indeterminata.

⁽⁵²⁾ V. SPEZIALE, *Il contratto a termine*, in "Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile – Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002", Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 430.

durata predeterminata⁽⁵³⁾. Altri autori⁽⁵⁴⁾, hanno proposto una lettura (estensiva) in chiave liberista, secondo la quale le ragioni di cui sopra ricorrono ogni qualvolta vi sia un'esigenza oggettiva, per tale intendendosi quella derivante non dal personale convincimento di una delle due parti o da un carattere soggettivo del lavoratore (ad esempio l'età o il sesso), ma da una scelta imprenditoriale legata all'organizzazione del lavoro o al processo produttivo⁽⁵⁵⁾; tale interpretazione troverebbe il proprio fondamento nell'assenza materiale nel testo di legge di un riferimento alla temporaneità⁽⁵⁶⁾.

A mitigare l'ampiezza di tale previsione, è intervenuta l'interpretazione adeguatrice della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale, in più occasioni (e indirettamente, trattandosi nei casi di specie, di pronunce relative a contratti a termine successivi e alla proroga, e non alla prima stipulazione del contratto), ha ribadito la necessaria oggettività e temporaneità delle ragioni giustificanti l'apposizione del termine, come nel caso *Adeneler e al. c/ Elog*⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ U. CARABELLI, *Intervento*, in CESRI, Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine – Roma, 22 ottobre 2001, www.unicz.it

⁽⁵⁴⁾ A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, CEDAM, p. 21 e ss.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso argomenta A. Maresca, *Verso la riforma del lavoro a termine?*, cit., in occasione della Giornata di studio sul tema *Verso la riforma del lavoro a termine? Ipotesi governativa di revisione della disciplina legale e benchmarking internazionale*, Fondazione Marco Biagi, Modena, 9 marzo 2007, il quale sostiene che la giurisprudenza stia 'andando nella direzione giusta' in quanto le sentenze emanate sulla base del d. lgs. n. 368/2001 sembrano orientate nel riconoscimento di un 'vincolo di specificità e non di temporaneità'; ciò significa che il legislatore avrebbe scelto di non limitare le imprese attraverso una selezione *a priori* delle ragioni giustificanti l'apposizione del termine, ma di vincolarle alla ragione specifica da esse stesse indicata nel contratto (ammettendo quella che, impropriamente, potrebbe definirsi una selezione *a posteriori*: una volta specificata la ragione, l'impresa sarebbe obbligata ad assumere a termine solo in presenza di quella ragione). Nonostante i giudici nazionali sembrino, come si è detto, orientati in un senso abbastanza determinato, A. Maresca precisa che ancora è passato troppo poco tempo per poter individuare un'interpretazione, per così dire, ufficiale, e che, in questa prospettiva, per il momento 'la miglior riforma è non fare la riforma'; ad ogni modo l'autore sostiene che un'innovazione auspicabile sarebbe rappresentata dalla previsione di una 'quota' fissa di organico flessibile, di una quantità di contratti a termine 'acausalì'.

⁽⁵⁶⁾ A conforto di questa tesi sempre A. Maresca, rileva che la l. n. 80/2006 ammette il lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni solo in caso di esigenze "*temporanee ed eccezionali*": se per le Pubbliche Amministrazioni il legislatore ha inserito questa specificazione, *a contrario*, l'assenza di essa nel d. lgs. n. 386/2001 è indice del fatto che in tutte le altre ipotesi non sarebbero richieste ragioni temporanee.

⁽⁵⁷⁾ 4 luglio 2006, C-212/04. La Corte, argomentando in tema di contratti a termine successivi, coglie l'occasione per precisare che la nozione di "*ragioni oggettive*" ex clausola n. 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere intesa

Sulla base della normativa comunitaria e delle decisioni dei giudici comunitari, la temporaneità della ragione legittimante l'assunzione a termine si conferma come l'unico criterio idoneo a selezionare le fattispecie meritevoli di dare vita ad un rapporto a termine.

Si pone però il problema di individuare in cosa consista la temporaneità: essa va valutata in modo oggettivo, in relazione alla concreta organizzazione di ogni singola impresa. Si dovrà cioè analizzare il tipo di attività, la maggiore intensità che questa può raggiungere in certi momenti dell'anno, nonché la natura non stabile delle esigenze produttive. Inoltre, è necessario che tra la situazione produttiva giustificante l'apposizione del termine e ciascun contratto esista un nesso di causalità, per cui il negozio costituisce la conseguenza dell'esigenza imprenditoriale giuridicamente rilevante. Occorrerà dimostrare dunque la temporaneità delle esigenze, nonché il legame tra l'assunzione a termine e la specifica esigenza per cui essa si è rivelata necessaria. Tale dimostrazione può essere data soltanto *ex post*, accertando quali siano stati i compiti effettivamente assegnati al lavoratore, e la loro reale connessione con l'esigenza imprenditoriale giustificatrice. Non è invero richiesto invece che si dimostri l'inevitabilità della scelta imprenditoriale del datore di lavoro.

Ad ogni modo, la dottrina più recente⁽⁵⁸⁾, ha preso atto delle ultime pronunce della giurisprudenza di merito⁽⁵⁹⁾, la quale manifesta una precisa opzione ermeneutica, propendente per la necessaria temporaneità delle esigenze che giustificano l'apposizione del termine.

La comparazione ha permesso quindi di far emergere come da una originaria analogia dei due sistemi, le rispettive discipline interne si siano evolute orientandosi in due direzioni diverse.

Alcuni autori⁽⁶⁰⁾ hanno auspicato una ('indilazionabile') riforma delle norme del decreto italiano – distintosi per aver marcato una discontinuità rispetto al previgente sistema – nella parte in cui esso non ripropone nella versione riformata la presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro, e sostituisce all'enumerazione tassativa dei casi

nel senso che il ricorso ai rapporti di lavoro a termine ("a questo tipo particolare di rapporti di lavoro"), "deve essere giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio"... "che possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi".

⁽⁵⁸⁾ P. ALBI, *Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*, in Riv.It.Dir.Lav., II, 2006, p. 120.

⁽⁵⁹⁾ Corte d'appello di Firenze, 30.5.2005, *Poste Italiane s.p.a. c/ B e P*.

⁽⁶⁰⁾ A. ANDREONI, *Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni. Sentenza Corte di Giustizia 7 settembre 2006 (Vassallo)*, www.cgil.it, 2006.

di legittima apposizione del termine, una clausola generale giustificativa del contratto, determinante una notevole incertezza giuridica derivante dalla discrezionalità riconosciuta non solo al datore di lavoro nello stabilire le ragioni giustificative dell'assunzione a termine, ma anche indirettamente ai giudici nell'apprezzamento delle motivazioni addotte dal datore di lavoro a fondamento della previsione del termine.

Come nel caso del contratto *part-time*, anche nella regolamentazione del lavoro a termine, la Francia propone una disciplina, almeno formalmente, più conforme al dettato comunitario (di conseguenza più garantista) di quella italiana *post-riforma*.

Il primo elemento di contrasto rispetto alla regolamentazione italiana, è la previsione della presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro.

Allo stesso modo della l. n. 230/1962, la legge francese stabilisce che il termine possa essere apposto soltanto in ipotesi tassativamente indicate.

Tuttavia, nonostante l'impatto confortante con una simile previsione, occorre precisare che, oltre ai casi tassativamente indicati dal legislatore, questi prevede una categoria più problematica, quella del '*contrat d'usage*': in questo caso la disciplina ammette l'apposizione del termine ai contratti inerenti una serie di attività definite tramite decreto (in particolare nel settore della ristorazione, dell'insegnamento, dello spettacolo e dell'azione culturale), per le quali il ricorso al contratto a durata determinata sia d'uso costante⁽⁶¹⁾ (è necessario che l'attività interessata sia quella principale dell'impresa). In tal modo si è sostanzialmente lasciato alla giurisprudenza il compito di apprezzare ogni volta (attraverso una minuziosa *analyse au cas par cas*) il carattere costante dell'uso e, di conseguenza, l'apponibilità o meno del termine.

Vero è che la Corte di Cassazione ha operato un *revirement* (con sentenza 26.11.2003), stabilendo che il giudice deve limitarsi a verificare se effettivamente nella fattispecie concreta il ricorso al termine sia d'uso costante, senza più ricercare se il lavoratore abbia o meno occupato stabilmente un posto legato all'attività normale e permanente dell'impresa (allargando in tal modo le maglie della fattispecie). Tuttavia la stessa sentenza si riferisce all'art. L. 122-1 *code du travail* secondo cui il contratto di lavoro a durata determinata, qualunque sia la ragione che lo giustifica, non può avere né per oggetto, né per effetto, di ricoprire in maniera durevole un impiego legato all'attività normale e permanente dell'impresa⁽⁶²⁾. Questa contraddittorietà sembra suggerire un ridimen-

⁽⁶¹⁾ Cass. Ch. Soc. 25.2.1998.

⁽⁶²⁾ J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22° edizione, 2004, pp. 373-374.

sionamento dei timori derivanti dalla ventilata portata precarizzante di essa (e dell'art. L.122-1-1, 3° in generale); per di più, le pronunce in questo senso sono state fino ad ora piuttosto limitate. Un'equiparazione dell'ipotesi del *contrat d'usage* alla clausola generale italiana sembrerebbe impropria; più opportuno invece, valutare il riferimento all'uso costante più come uno spiraglio lasciato dal legislatore per favorire una qualche flessibilità in un contesto di tipizzazione legale, che come elemento precarizzante *tout court*; tale previsione risulta infatti mitigata poiché si inserisce in un contesto di enucleazione tassativa articolato in ipotesi chiaramente circoscritte.

7. Vi sono poi altri non meno significativi punti di contrasto tra le due discipline: il d. lgs. n. 368/2001, ad esempio prevede la possibilità di una successione indeterminata di contratti a termine, purché intervallati da una *vacatio* di dieci o venti giorni (a seconda che la durata del contratto iniziale sia rispettivamente inferiore o superiore a sei mesi); si tratta infatti di un limite temporale facilmente eludibile riassumendo il lavoratore, ad esempio, non nove giorni dopo la scadenza del primo contratto, ma lasciandone semplicemente trascorrere undici.

Per quanto riguarda la disciplina della proroga, la l. n. 230/1962 restringeva al massimo le possibilità di prorogare il contratto a durata determinata; il d. lgs. n. 368/2001, la ammette in presenza di ragioni oggettive (e non più per ragioni contingenti ed imprevedibili, sottraendo in tal modo il carattere prioritario alla necessità che la proroga sia fondata su esigenze effettivamente improvvise)⁽⁶³⁾, a condizione che sia richiesta in funzione della stessa attività per cui è stato stipulato il primo contratto, solo per contratti di durata inferiore ai tre anni⁽⁶⁴⁾, e una sola volta.

La dottrina è divisa circa le conseguenze dell'eventuale violazione dei requisiti della proroga: ci si chiede se debba essere irrogata la sanzione della conversione in contratto a durata indeterminata o se si debba far rientrare la fattispecie nell'ipotesi della prosecuzione di fatto: la soluzione dipende solitamente dalle ragioni che determinano l'illegittimità.

In materia di contratti a termine successivi, la disciplina francese prevede invece una serie di disposizioni che complessivamente si pro-

⁽⁶³⁾ Per ragioni oggettive si potrebbero intendere infatti anche le stesse ragioni che hanno determinato l'assunzione originaria, e non esigenze sopravvenute, giungendo in tal modo a legittimare con maggiore facilità e frequenza una continuazione del rapporto a durata determinata, con conseguente prolungamento anche della situazione di precarietà del lavoratore.

⁽⁶⁴⁾ La legge italiana consente che il contratto a durata determinata, eventuali rinnovi e proroga compresi, abbia una durata massima totale di tre anni, facendo coincidere esattamente la propria previsione con quella comunitaria.

pongono – più concretamente di quelle italiane – di evitare i potenziali abusi: il segmento temporale che deve intercorrere tra un'assunzione e l'altra rispetto ad uno stesso posto di lavoro, non è di soli venti giorni, ma deve essere pari alla metà o almeno ad un terzo della durata del contratto appena scaduto (pur essendo previste delle eccezioni). Coerentemente con le previsioni comunitarie, la legge francese prevede poi che il contratto a durata determinata possa essere rinnovato una sola volta e che tra rinnovo ed eventuale proroga la durata complessiva non possa superare i due anni (rispetto ai tre anni concessi dalla disciplina italiana, la quale approfitta fino al massimo consentito dalla direttiva).

Altro elemento di divergenza è rappresentato dal ruolo attribuito alla contrattazione collettiva nei due ordinamenti: il decreto n. 368/2001 prevede l'esclusione della contrattazione collettiva dai compiti di co-determinazione della causali di accesso – e collocata essenzialmente 'a valle' della stipula del contratto a termine, principalmente con 'poteri di governo/controllo dello *stock* complessivo delle assunzioni a tempo determinato'⁽⁶⁵⁾, che comunque risultano ridotti rispetto al passato. L'idea di fondo che ha mosso un tale intervento (come illustrato dallo stesso Libro bianco del Governo) è stata quella di escludere il sindacato dalla gestione concertata del mercato del lavoro o, comunque, di marginalizzarne il ruolo. Parte della dottrina⁽⁶⁶⁾ rileva come l'agente selettivo delle causali di accesso al lavoro a termine nella legge del 1962 fosse rappresentato dalla legge che prevedeva ipotesi tassative, nel 1987 dalla contrattazione collettiva, per poi tornare nelle mani della legge con il decreto del 2001, ma senza la tipizzazione legale. Con la tecnica della norma generale il rapporto rimane circoscritto alla coppia legge/contratto individuale, mentre la contrattazione collettiva viene privata completamente della funzione di mediazione⁽⁶⁷⁾. Inoltre, la scelta per questa tecnica implica che di fatto, il contenuto delle norme sarà definito dalla giurisprudenza.

Secondo taluni autori⁽⁶⁸⁾, in ragione del formale 'depotenziamento'

⁽⁶⁵⁾ S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva*, op. cit., p. 409.

⁽⁶⁶⁾ A. MARESCA, *Verso la riforma del lavoro a termine?*, cit.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta della prima occasione in cui la legge inibisce l'intervento della contrattazione collettiva. La contrattazione cui si fa riferimento è quella aziendale: la nazionale è la sola che può farlo, anche se non in tutti i casi. Nel caso in cui essa non rispetti le preclusioni della legge, l'intervento sarà considerato nullo. Nel panorama giuridico nazionale, è possibile trovare esempi opposti: il d. lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro propone una massima apertura alla contrattazione collettiva, riconoscendole anche il potere di stabilire la durata massima della settimana lavorativa. Tuttavia questa soluzione non ha dato buoni frutti, dunque quella prospettata in materia di lavoro a termine, potrebbe essere forse più funzionale.

⁽⁶⁸⁾ S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva*, op. cit., p. 405.

dell'autonomia collettiva, nonché per tutti gli aspetti di cui sopra, sembrerebbe abbastanza evidente la discontinuità fra la vecchia e la nuova disciplina; con l'emanazione del d. lgs. n. 368/2001, si è colta l'occasione della (presunta) necessità di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario per riscrivere in realtà le regole del rapporto di lavoro a tempo determinato, avendo di mira finalità – quali, in primo luogo, una consistente liberalizzazione dell'uso del contratto a termine come strumento attraverso il quale rendere più flessibile l'organizzazione del lavoro – che non costituivano il *proprium* dell'intervento comunitario in materia, dovendosi escludere che l'obiettivo di questo fosse incentivare la diffusione del lavoro a tempo determinato. Alcuni autori⁽⁶⁹⁾, hanno parlato in proposito di uno 'strabismo interpretativo', non esente dal sospetto di un uso spregiudicato – per non dire addirittura strumentale – della normativa comunitaria, volto alla rielaborazione del decreto *de quo* in chiave liberista.

Ad aumentare le possibilità di precarizzazione dell'impiego, il legislatore italiano, ha inoltre ammesso (art. 1, 4° comma, d. lgs. n. 61/2000, come modificato dal d. lgs. n. 276/2003) la possibilità di stipulare un contratto *part-time* a termine: in questo caso è evidente che le istanze di instabilità dell'una e dell'altra fattispecie si sommerebbero in un concentrato di precarietà.

Ma la tesi della discontinuità non è unanimemente condivisa: preme sottolineare infatti che, dalle ultime osservazioni effettuate da parte della dottrina⁽⁷⁰⁾ sulla base dell'analisi delle prime applicazioni giurisprudenziali della nuova disciplina e dei recenti interventi della contrattazione collettiva, emergerebbero con maggior forza gli elementi di continuità, con riguardo sia al ruolo dell'autonomia privata, la cui centralità nella definizione delle ipotesi legittimanti sembrerebbe più virtuale che reale (si parla proprio dell'illusione di aver restaurato l'autonomia privata'), sia ai vincoli formali del contratto, resi ancora più gravosi rispetto al passato in particolare sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie delle trasgressioni.

Secondo le più recenti evoluzioni, anche la contrattazione collettiva sembra essere riuscita – di fatto – a ricostruire in pieno quelle prerogative che la riforma aveva inteso ridimensionare⁽⁷¹⁾, accreditandosi pure

⁽⁶⁹⁾ C. LAZZARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine*, op. cit., p. 448.

⁽⁷⁰⁾ L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in Dir. Rel. Ind., n. 1/XVI, p. 109 e ss.

⁽⁷¹⁾ Per questa ragione G.Z. GRANDI, *Verso la riforma del lavoro a termine?*, cit., in occasione della Giornata di studio sul tema *Verso la riforma del lavoro a termine? Ipotesi governativa di revisione della disciplina legale e benchmarking interna-*

nel nuovo regime come 'strumento regolatore a tutto campo' specialmente sul piano della causali giustificatrici; ci si è chiesto se si tratti di una disciplina collettiva da considerarsi *praeter legem* (o addirittura *contra legem*, per il fatto che si riappropria di spazi di intervento che di fatto la legge le ha sottratto) ⁽⁷²⁾.

Infine, a conforto di questa tesi, non sembrerebbe essere pienamente riuscito il disegno legislativo di qualificare il d. lgs. n. 368/2001 come disciplina 'polarizzante' ⁽⁷³⁾ rispetto alle altre tipologie di impiego connotate dall'esistenza di un termine (somministrazione, contratto di inserimento e lavoro intermittente).

Nel travagliato iter di formazione del d. lgs. n. 368/2001 è sì emersa l'intenzione del legislatore di liberalizzare il contratto a termine, ma in un modo talmente 'contraddittorio e confuso da non riflettersi sul modello regolativo infine adottato' ⁽⁷⁴⁾. La nuova disciplina è infatti in realtà, il frutto di una soluzione compromissoria che non intende comunque esprimere una sorta di indifferenza dell'ordinamento circa la distinzione fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato.

Per quanto concerne specificamente il ruolo 'a monte' della contrattazione collettiva, a differenza dell'Italia, in Francia ad essa viene riconosciuta la possibilità di allargare il novero delle ipotesi di legittima apposizione del termine individuando i settori nei quali la stipula di contratti a termine può essere ritenuta d'uso costante; va comunque precisato che il contratto collettivo non può derogare in alcun modo alle altre disposizioni legali sui casi di ricorso.

Inoltre, la legge del 2002 aumenta i compiti 'a valle' della contrattazione collettiva, riconoscendo in capo ad essa un dovere di controllo sull'evoluzione quantitativa dei contratti a durata determinata, nonché un *droit d'alerte*, che le permette di intervenire in caso di ricorso abusivo o comunque di aumento importante del numero di contratti a termine in un determinato settore.

Sia la disciplina italiana che quella francese prevedono, infine, che

zionale, Fondazione Marco Biagi, Modena, 9 marzo 2007, sostiene che il d. lgs. n. 368/2001 non necessita di 'maquillages' profondi, in quanto già operati di fatto dalla contrattazione collettiva.

⁽⁷²⁾ E altresì la giurisprudenza che continua ad assegnare anche in fase genetica un ruolo alla contrattazione collettiva, servendosi di essa come di una 'stampella interpretativa', espressione 'irriverente' di I. SENATORI, *Verso la riforma del lavoro a termine?*, cit., che ben illustra la prassi dei giudici di effettuare la valutazione cui sono chiamati anche considerando ciò che viene stabilito dalla contrattazione collettiva.

⁽⁷³⁾ L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, op. ult. cit., p. 129.

⁽⁷⁴⁾ P. ALBI, *Le ragioni oggettive*, op. cit., p. 121.

la violazione delle norme relative alle condizioni di accesso al lavoro a termine, o ai requisiti necessari per la validità di un eventuale rinnovo o di una proroga – tenendo sempre presente la finalità di prevenire gli abusi, la durata eccessivamente prolungata di un contratto a durata determinata potendo celare una pratica elusiva – debba essere sanzionata con la conversione del contratto in contratto a durata indeterminata⁽⁷⁵⁾. Vi sono però, anche in questo caso, delle differenze sostanziali, che confermano il carattere maggiormente garantista dell'impianto legislativo francese in materia di lavoro a termine.

Da un lato, in Francia vige un generale principio di conversione del contratto a termine in contratto a durata indeterminata. Il lavoratore dispone di un diritto di opzione tra la c.d. qualificazione-interpretazione (che può essere chiesta anche dal datore di lavoro) al fine di ottenere l'applicazione del regime del contratto a termine, e la c.d. la ri-qualificazione (o qualificazione-sanzione) in contratto a durata indeterminata (che può essere chiesta solo dal lavoratore). La giurisprudenza propende per questa seconda ipotesi.

Dall'altro lato, dall'analisi della disciplina italiana risulta che occorre distinguere innanzitutto tra violazione delle condizioni di accesso e violazione delle condizioni ipotesi di estensione: nel primo caso si applica l'art. 1419, 2° comma c.c. in base al quale le clausole nulle sono sostituite da norme imperative, rappresentate in questo caso dalle norme sul contratto a durata indeterminata, con conseguente conversione del contratto in contratto a durata indeterminata⁽⁷⁶⁾.

Nel secondo caso, è necessario precisare che la l. n. 230/1962 prevedeva in ogni caso l'unica sanzione della conversione in contratto a durata indeterminata in ogni caso (sia nell'ipotesi della prosecuzione del rapporto oltre la scadenza che in quella della reiterazione fraudolenta del contratto), permettendo di rilevare una totale analogia col sistema francese. Successivamente si è verificato un allentamento del rigore legislativo che ha condotto all'individuazione di una gradualità della sanzione, in proporzione all'entità della violazione: si prevede ora una sanzione solo economica, rappresentata da una maggiorazione retributiva in caso di prosecuzione di fatto del rapporto dopo la scadenza; la

⁽⁷⁵⁾ Ad ogni modo, con particolare riferimento all'Italia, tale sanzione rappresenta una tutela secondaria, poiché interviene soltanto in caso di mancato rispetto delle prescrizioni di legge: nella nuova disciplina è proprio la presunzione di indeterminatezza che manca *a priori*.

⁽⁷⁶⁾ Si sottolinea che è il 2° comma dell'art. 1419 ad essere applicato e non il 1°: quest'ultimo prevede infatti che la nullità di una clausola comporti la nullità dell'intero contratto, cosa che, all'atto pratico, implicherebbe per il lavoratore lo svantaggio di trovarsi disoccupato.

conversione *ex nunc*⁽⁷⁷⁾ in contratto a durata indeterminata in caso di una nuova stipulazione in tempi ravvicinati; la conversione *ex tunc* in contratto a durata indeterminata, prevista solo in caso di prosecuzione del rapporto senza alcuna soluzione di continuità. Questa ultima previsione rappresenta una modifica peggiorativa dal punto di vista del lavoratore, introdotta proprio dal d. lgs. 368/2001.

Tuttavia, a conforto della tesi che vuole ridimensionare la negatività dell'intervento legislativo italiano del 2001, si noti che il decreto *de quo* trova l'approvazione della Corte di Giustizia della Comunità europee in materia di lavoro a termine nella Pubblica Amministrazione. In questo settore, infatti, il lavoro pubblico mantiene una specialità, che si manifesta sul piano delle sanzioni in caso di violazioni delle norme che toccano l'assunzione e l'impiego dei lavoratori a termine: il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni costituisce infatti, quanto alle conseguenze sanzionatorie di tali violazioni, una delle esclusioni parziali della nuova disciplina del lavoro a tempo determinato (ex art. 10 d. lgs. n. 368/2001). L'art. 36.2, d. lgs. n. 165/2001 prevede che tali violazioni non possono comportare la conversione dei contratti a termine in contratti a durata indeterminata. Si tratta di una scelta politica giustificata, ma più che altro imposta, dal rispetto del principio di accesso per concorso alle cariche inerenti l'attività della Pubblica Amministrazione, ex art. 97 Cost.⁽⁷⁸⁾. Tuttavia, la legge prevede una rete di salvataggio in questo senso, al fine di non lasciare impunte le suddette violazioni. Il legislatore prevede infatti un diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (nel caso di specie, quelle del decreto sul lavoro a termine), con l'obbligo da parte della Pubblica Amministrazione di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

Questa tematica è stata oggetto di più pronunce della Corte europea (*Adeneler e altri c/ Elog*, 2006, ma anche *Marrosu-Sardino c/ Azienda ospedaliera di Genova*, 2006), in quanto ha sollevato questioni di conformità rispetto al principio comunitario di non discriminazione tra lavoratori comparabili. Nelle fattispecie concrete si è sostenuto che l'impossibilità assoluta di conversione in contratto a durata indeterminata (circoscritta esclusivamente ai contratti stipulati nel settore del pubblico impiego) contravvenga a questo principio. Diversamente, la Corte ha dichiarato che la clausola 5 della direttiva non impedisce agli Stati membri di riservare al settore pubblico una sorte diversa da quel-

⁽⁷⁷⁾ Si intenda dal momento in cui viene accertata la riassunzione in violazione degli intervalli.

⁽⁷⁸⁾ Corte Costituzionale n. 89/2003.

la prevista per il settore privato in caso di abuso nella reiterazione di contratti a termine, a condizione però che lo Stato in questione preveda un'altra misura effettiva per evitare tale abuso. Ciò a condizione che le modalità di attuazione della previsione alternativa alla conversione in contratto a durata indeterminata (nel caso italiano, il diritto al risarcimento) non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe (principio di equivalenza), né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività).

La Corte ha così concluso che una normativa nazionale che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il risarcimento del danno subito dal lavoratore a seguito del ricorso abusivo da parte della Pubblica Amministrazione a una successione di contratti a termine (come nel caso italiano), sembra soddisfare gli obblighi comunitari (e, in quanto affine in questo campo, anche quella francese).

Inoltre, anche il quadro francese, del resto, non è del tutto scevro da elementi che spingono in direzioni opposte, alcuni orientate in senso garantista, altri invece destinate ad aumentare la precarietà (si pensi inoltre al recente tentativo del Governo francese di introdurre il *Contrat Première Embauche* – il noto CPE –, contratto formalmente a durata indeterminata, il quale però, ammettendo la possibilità per il datore di lavoro di licenziare il lavoratore senza motivo durante i due anni di prova, tradiva lo spirito di un contratto dissimulato a durata determinata).

8. Questo studio ha consentito di dimostrare come l'analisi comparata tra sistemi normativi degli Stati membri non possa prescindere dal riferimento alla norma comunitaria, alle riforme comunitarie e agli orientamenti per l'occupazione. Tuttavia, sia nel caso francese che in quello italiano, la valutazione dell'effettiva conformità – o, in altra prospettiva, dell'effettiva violazione del dettato comunitario – risulta difficoltosa a causa della formulazione e, più profondamente, della reale natura e portata dei principi emanati a livello comunitario.

Le due direttive hanno dato luogo a controverse norme di trasposizione, a causa del fatto che, da un lato, vogliono garantire il rispetto del diritto fondamentale alla parità di trattamento fra lavoratori comparabili⁷⁹, del carattere volontario della flessibilità, nonché della prevenzione degli abusi nella realizzazione della stessa, dall'altro, contengono formule non vincolanti che sollecitano gli Stati membri ad adottare misure di concreta apertura alle tipologie contrattuali in questione.

Dall'imperatività strutturalmente debole di una norma comunitaria essenzialmente bicefala, deriva un'inevitabile tentennamento del concetto di *trattamento più favorevole*, oggetto, peraltro, di valutazioni

discontinue, talvolta tra loro incoerenti. Secondo autorevole dottrina⁽⁸⁰⁾, questo fenomeno è da imputarsi al fatto che l'evoluzione delle tradizionali finalità del diritto del lavoro sta orientandosi nel senso di una sottile ma costante 'erosione della nozione di inderogabilità': il confine tra principio ed eccezione si fa mobile, dunque meno controllabile, e la derogabilità diviene, paradossalmente, quasi una tecnica regolativa a sé stante.

La funzione della clausola di non regresso vorrebbe essere proprio quella di vincolare gli Stati al rispetto di valori fondamentali come l'inderogabilità delle norme imperative, principio regolatore dei rapporti di lavoro poiché proteso ad assicurare il necessario equilibrio fra i poteri dei contraenti: lo scopo formale del legislatore è quello di evitare che il margine di discrezionalità riconosciuto ai legislatori nazionali degeneri in una deriva deregolativa espressa dalla previsione di deroghe al nucleo di norme imperative costitutive dell'*ordre public*. Tuttavia, la stessa clausola di non regresso si dimostra problematica nella formulazione e debole nelle finalità che si propone.

In realtà, questo gioco di 'apparente reciproca attenuazione'⁽⁸¹⁾ (formule non vincolanti, da un lato, clausola di non regresso, dall'altro), dimostra lo scarso rilievo, sul piano dell'interpretazione sistematica, sia dell'uno che dell'altro impulso impresso dal legislatore comunitario nei confronti di quello nazionale. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia sembra proporre come soluzione l'applicazione del principio di proporzionalità tra principi comunitari, esigenze di flessibilità e norme imperative.

Certo è che l'instabilità d'impiego, i c.d. tragitti discontinui, le carriere composite, influiscono pesantemente sul ruolo del lavoro nella società e sulla sua capacità di conferire identità, e di conseguenza sui progetti personali e sui destini familiari.

La chiave di lettura, e quindi di valutazione delle politiche nazionali dell'occupazione, risiede nel non dimenticare che l'obiettivo complessivo della direttiva è quello di realizzare una "regolamentazione a fini sociali, e non di mercato". Contrariamente ai principi di giustizia sociale, di dignità, libertà e sicurezza economica e uguaglianza degli scambi proclamati dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944, il diritto

⁽⁷⁹⁾ Su questo punto è peraltro intervenuta di recente la Corte di giustizia (13 settembre 2007, C-307/05, *Jolanda Del Cerro Alonso c/ Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*), stabilendo che il principio di non discriminazione tra lavoratori comparabili a termine e a tempo indeterminato deve applicarsi anche all'attribuzione degli scatti di anzianità.

⁽⁸⁰⁾ S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

del lavoro viene invece oggi ‘misurato in termini di *efficiency*’⁽⁸²⁾. Si riscontra la tendenza a fare del mercato il fondamento di ogni ordine giuridico e a trattare i diritti nazionali come prodotti in competizione⁽⁸³⁾: la conseguenza si manifesta, come si è sin qui cercato di dimostrare, in una serie di riforme – in particolar modo per quel che riguarda l’Italia – fondate su una concezione del diritto del lavoro inteso come variabile di adattamento ai bisogni del mercato.

Non bisogna dimenticare che l’ordinamento interno può sì scegliere metodi e strumenti per attuare gli obiettivi contenuti nella direttiva, ma non può decidere di ignorare un aspetto degli obiettivi comunitari: quello di rendere migliore la qualità della vita di lavoro, tenendo conto non solo delle condizioni di lavoro in senso stretto, ma anche dei bisogni e degli interessi dei lavoratori.

Ciò non significa ‘abolire la flessibilità in entrata’, ma ‘evitare che diventi una trappola’⁽⁸⁴⁾: non è la flessibilità che danneggia il capitale umano, bensì l’insicurezza.

Secondo la lettura della dottrina italiana⁽⁸⁵⁾, comunque, la flessibilità deve rimanere un metodo, e non ha possibilità di diventare un obiettivo. Essa rappresenta lo strumento per rendere più funzionale il rapporto tra fattori produttivi, e migliorare l’incontro tra domanda e offerta di lavoro, un metodo che spesso è stato ritenuto il più proficuo per lo spostamento del baricentro regolativo-istituzionale verso una maggiore adattabilità della forza lavoro (e delle imprese) alle esigenze di una economia che è in continua evoluzione. Da questo punto di vista è abbastanza evidente che la flessibilità non può diventare, come talvolta accade (e come, in parte, è accaduto in Italia), assenza di qualsiasi forma di regolamentazione; essa non deve tradursi in una ‘operazione di selvaggia precarizzazione dei rapporti di lavoro’⁽⁸⁶⁾. Flessibilità significa infatti necessità di predisporre norme intelligenti, che siano cioè in grado di adattarsi in funzione del contesto economico e sociale di riferimento.

La soluzione non sta soltanto nel ridurre le discontinuità e nell’aumentare le coperture, ma nel ridisegnare le tutele⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸²⁾ A. SUPIOT, *Per una critica del darwinismo normativo*, in Riv. Pol. Soc., n. 2/2006, p. 183.

⁽⁸³⁾ Calzante, in questo senso, la metafora del ‘darwinismo normativo’ utilizzata da Supiot.

⁽⁸⁴⁾ A. ACCORNERO, *San Precario lavora per noi*, Rizzoli, 2006, p. 77.

⁽⁸⁵⁾ M. Biagi, *Introduzione*, op. cit., p. XIV.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁷⁾ S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, op. cit., p. 4, scrive che la nozione di ‘protezione’, svuotata di un contenuto ideologico e di giudizi di valore, appare funzionale ai cambiamenti che

Come ha ripetuto in più occasioni Alain Supiot, per andare incontro alle esigenze di innovazione, alla frammentazione del mercato del lavoro e di conseguenza dei modi di espletamento dei rapporti di lavoro, occorre riconoscere e favorire l'esistenza di uno *status* giuridico trasversale alle diverse esperienze lavorative, di un nucleo di garanzie permanenti suscettibile di ridurre il carattere negativo e aleatorio della transizione da un contratto all'altro, mirando ad assicurare al lavoratore capacità e sicurezza economica nel lungo periodo e ad offrirgli gli strumenti per prendere iniziative e assumersi responsabilità.

9. Preme sottolineare che, nelle more della pubblicazione di questo studio, l'emanazione della l.n. 247/2007 ha posto le condizioni per una profonda modifica della contestata disciplina. Il legislatore dimostra inequivocabilmente di aver preso atto delle debolezze e dei rischi in essa radicati: su questo presupposto, tale intervento ha voluto reintrodurre buona parte della garanzie centrali che il d. lgs. n. 61/2000 da un lato, e la l. n. 1962 dall'altro, riconoscevano al *part-timer* e al lavoratore a termine.

Le novità più rilevanti in materia di *part-time*, si concentrano, in particolare, sulla disciplina delle clausole elastiche e flessibili (art. 1, comma 44 della l. n. 247/2007): l'autonomia collettiva recupera la funzione promozionale sottrattale dal legislatore del 2003, mediante la reintroduzione del c.d. 'doppio filtro' come criterio di legittimità dell'apposizione di tali clausole: al consenso scritto del lavoratore interessato si riaffianca, infatti, la necessaria previsione da parte dei contratti collettivi.

Nella medesima logica di *favor* per il lavoratore (espressa in termini di prevedibilità del tempo e del momento di lavoro), si colloca l'innalzamento – da due a cinque giorni lavorativi – del termine minimo di durata del preavviso, circa la volontà del datore di esercitare lo *ius variandi* (la previsione ha, di fatto, una portata comunque limita, in quanto resta salva la volontà delle parti).

Quanto al lavoro a termine, sulla scia di una consolidata giurisprudenza⁸⁸, la l.n. 247/2007, art. 1, comma 39, introduce un nuovo primo comma all'art. 1, d. lgs. n. 368/2001, nel quale si sancisce che "*il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*": il testo di legge riconosce, stavolta chiaramente, senza perciò dare adito a potenziali controversie interpretative, il carattere eccezionale del contratto a termine.

avvengono nella realtà produttiva e nel diritto. Essa si pone come chiave di lettura dei cambiamenti medesimi ed anche come elemento semantico che meglio accomuna tradizioni giuridiche diverse.

⁽⁸⁸⁾ Per tutte, Cass., sez. lav., 21.5.2002, n. 7468.

L'art. 1, comma 40, aggiunge all'art. 5 del decreto del 2001 i commi da 4-*bis* a 4-*sexies*: il dato fondamentale è rappresentato dal fatto che, ad oggi, la legittimità di proroghe e rinnovi, va valutata in relazione alla durata *globale* del rapporto a termine, la quale non può superare 36 mesi nell'arco di tutta la vita lavorativa (e non in riferimento ad un segmento temporale limitato): come si è visto, nel d.lgs. n. 368/2001, il criterio della durata si applicava soltanto alle ipotesi di proroga, mentre si ammetteva una successione indeterminata di contratti a termine, a patto che fossero rispettati blandi limiti temporali.

Il rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva, attraverso il riconoscimento di un potere anche nella fase genetica del contratto a termine, costituisce ulteriore testimonianza della volontà di ristrutturare la disciplina in senso garantista. Significativa, in questo senso, la c.d. 'derogabilità assistita': una volta cumulati i 36 mesi, il lavoratore ha la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine, ma (tra le altre condizioni) la deroga può essere attuata solo dopo l'intervento della contrattazione collettiva.

Aumentano poi i settori in cui la contrattazione collettiva è abilitata a prevedere limiti quantitativi circa il ricorso al contratto a termine (con la conseguenza, nella logica dell'eccezionalità del lavoro a termine, essa tenderà a ridurre il numero di contratti a termine stipulabili).

La l.n. 247/2007, contiene poi anche altri interventi mirati più specifici (si pensi all'estensione della tutela dei lavoratori, e dei familiari, affetti da patologie oncologiche nel caso del *part-time*, o all'ampliamento del numero delle ipotesi di riconoscimento del diritto di precedenza nel lavoro a termine) i quali non possono che confermare questa sorta di inversione di rotta del legislatore nel senso di un ritorno alla flessibilità negoziata, e quindi ad un incremento delle tutele.

La sensibilità e l'attenzione sviluppate dal legislatore italiano, consentono di immaginare – in una prospettiva squisitamente comparata – che l'applicazione delle nuove disposizioni determinerà, di qui a breve, l'innescarsi di un (agognato) processo di progressivo allineamento dell'ordinamento italiano rispetto a quello comunitario e, di riflesso, anche a quello francese.

FEDERICA AMICI

LA LEZIONE DI BARTOLO SULLA TIRANNIA

“Hodie Italia est tota plena Tyrannis”

La frase, che compare nel trattato *De Tyranno* scritto da Bartolo poco prima della sua morte, avvenuta a soli 43 anni nel 1357, probabilmente non esisteva nel manoscritto uscito dalla sua penna, ma bene ne sintetizza il pensiero sull'Italia del tempo.

Opinione questa, del resto, autorevolmente diffusa, se lo stesso Dante nel canto VI del *Purgatorio* aveva pochi decenni prima denunciato che “...*le città d'Italia tutte piene son di tiranni*”, lamentando l'uso ricorrente della forza da parte di usurpatori e avventurieri di ogni risma al fine di sovvertire le istituzioni.

La grandezza e la genialità di Bartolo stanno però nell'aver dato alla condanna morale una connotazione giuridica, tanto da costruire attorno ad essa un sistema giuridico compiuto, volto a sanare il dissidio tra realtà storica e diritto, sistema in cui molti hanno scorto e scorgono ancora uno dei fondamenti del moderno diritto pubblico, se non il principale.

Il pensiero politico e giuridico del Trecento ha come suo irrinunciabile postulato l'esistenza di un ordinamento giuridico universale, rappresentato da una idea di Impero, che in circa nove secoli era rimasta quasi sempre virtuale, ma che era sopravvissuta al disfacimento e alla frammentazione dell'Impero Romano d'Occidente, e dal diritto romano, punto di riferimento principale dei popoli non più assoggettati all'autorità di Roma, inteso come un diritto comune dei popoli stessi.

In altre parole il diritto romano, a dispetto della Storia, sia pure continuando a convivere con consuetudini e leggi locali, sia pure contaminandosi o scontrandosi con la tradizione giuridica germanica, era ancora visto come il sistema giuridico più evoluto, cui fare riferimento per disciplinare rapporti giuridici sempre più complessi all'interno di quelle nuove forme statuali che si erano sviluppate dalla dissoluzione dell'Impero Romano.

Tale processo storico era stato altresì rafforzato dall'orientamento della Chiesa, che aveva anch'essa adottato i fondamenti del diritto ro-

mano nella elaborazione del proprio ordinamento giuridico, disciplinato dal diritto canonico.

Viene da pensare che proprio questo fenomeno, storico e giuridico assieme, abbia contribuito non poco a radicare nel pensiero politico dei secoli a venire l'idea di un Impero con sede vacante, perennemente in attesa del principe-candidato di turno, investito del compito di realizzare quell'idea e di rinnovarne i fasti.

Tanto era sentita questa esigenza di unitarietà dell'ordinamento giuridico, che il termine *lex* era unanimemente ed esclusivamente riservato al diritto romano e alle legislazioni imperiali successive, ricorrendosi ad altra terminologia giuridica per denominare gli atti produttivi di norme giuridiche emanati da autorità diverse da quella imperiale.

Questa permanente aspirazione sembrò trovare realizzazione nel Natale dell'anno 800, quando Carlo Magno venne incoronato a Roma da Papa Leone III; nei fatti, però, in tal modo era la Chiesa che veniva riconosciuta istituzione universale non più solo religiosa, ma soprattutto politica, e la *lex (humana)* veniva a derivare la sua legittimità dalla rispondenza dei suoi principi alla *lex divina*, rivelata dall'Antico e dal Nuovo Testamento.

Si formalizzò così l'idea che l'Impero da rinnovare non potesse che essere, oltre che Romano, anche Sacro, rendendo ancor più problematica l'esigenza di universalità e unitarietà dell'ordinamento giuridico: ai conflitti tra Impero e poteri locali, tra poteri locali tra loro, tra poteri locali e ribelli interni, si aggiungeva una ulteriore fonte di conflitti, quella tra i due poteri universali posti al vertice dell'ordinamento.

La realtà storica presentava in tutta Europa, e in Italia massimamente, una multiforme e instabile galassia di forme statuali e articolazioni sociali (Regni, Ducati, Comuni, Corporazioni.....), dotate di propria autonomia, ossia di una capacità di emanare norme giuridiche contrapposte alla *lex*, autonomia conquistata per assenza dell'Imperatore, oppure per sua non effettiva autorità, oppure ancora in via di fatto con il danaro, con la spada e con il sangue.

Bartolo colse appieno la realtà del suo tempo e di quello a venire, elaborando quella che oggi viene detta la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici.

La troviamo realizzata e applicata in tutte le costituzioni degli stati nazionali, in cui l'ordinamento generale dello Stato convive armonicamente con una miriade di ordinamenti particolari, di natura pubblica o privata - Regioni, Province, Comuni, società commerciali, associazioni e via dicendo -, mentre è noto quanto difficoltosa, ancora oggi, sia la costruzione di ordinamenti sovranazionali.

Secondo Bartolo convivono nell'ordinamento universale molte *giurisdizioni* - così egli denomina gli ordinamenti, ma la sostanza è la stessa

-, da quella minima del proprietario sulla propria terra a quella massima dell'Imperatore sul mondo; entro l'ambito di ciascuno di questi ordinamenti ogni giurisdizione è piena e trova in sé la sua regolamentazione, che si manifesta in uno statuto; il limite è dato dalle necessità giuridiche dell'ordinamento stesso.

Si affaccia così l'idea di ordinamenti particolari dotati di autonomia nei limiti della propria particolarità, per il resto soggetti all'ordinamento generale e, quindi, alla *lex* e all'autorità imperiale.

Non sfugge a Bartolo che qualsiasi ordinamento giuridico fonda la propria legittimità sul diritto e la propria effettività su di un potere legittimo che sia in grado di agire secondo il proprio statuto ed il diritto comune (la *lex*). Ne fa discendere, quindi, che la garanzia, affinché in ogni ordinamento particolare si governi secondo diritto e non si debordi dalla propria autonomia statutaria, non può che essere prestata **dall'ordinamento universale**, ossia dall'Impero, sovraordinato rispetto a tutte le altre giurisdizioni e ispirato dalla *lex divina*.

La stesura del *De Tyranno* non nasce soltanto dall'esigenza scientifica di costruzione di un sistema giuridico unitario e neppure soltanto come reazione morale ad una desolante realtà politica dell'Italia, ma come un vero e proprio invito all'imperatore di turno, Carlo IV di Boemia, di cui Bartolo era divenuto *consiliarius*, a farsi esecutore di giustizia, riconducendo la realtà sociale e politica nell'alveo del diritto.

Invito per nulla servile, perché al sorgere in tutta la penisola di poteri tirannici di fatto si rispondeva per lo più con politiche remissive e imbelli da parte dell'Impero e, nei territori della Chiesa, anche da parte del Papato: non essendo in grado o in disposizione di combatterli, Imperatore e Papa legittimavano gli usurpatori, in cambio di qualche limitato beneficio per lo più di natura fiscale, nominandoli vicari imperiali o pontifici. E' il caso dei Visconti in Lombardia e poi in Bologna, venduta loro dai governanti della città, e quello dei Malatesta in Rimini, Fano, Pesaro e Fossombrone, che sicuramente influenzarono, insieme a quelli di altri signorotti minori, l'analisi di Bartolo.

La forma era così fatta salva: invece di rimuovere il tiranno si scendeva a patti con lui e si rimuoveva con apposita norma il carattere tirannico del suo governo.

Intanto si assisteva inerti a prassi amministrative degenerate più o meno ovunque: si pensi che a Pistoia le autorità pubbliche accoglievano le istanze dei cittadini, solo se accompagnate da una somma di danaro o da prestazioni in natura, e che nell'intera penisola era diffuso l'uso del potere al servizio di interessi personali e familiari per accrescere la propria ricchezza o il proprio dominio sulla *civitas*, o entrambe le cose assieme.

Si narra che Rodolfo da Varano, signore di Camerino, chiedendo ad un suo nipote cosa avesse appreso dagli studi in Bologna e sentendosi

rispondere di avere appreso la ragione, ebbe a commentare: "Male, che tu dovevi imparare la forza!".

Bartolo non accetta la prassi dei vicariati imperiali e papali, ma eccezionalmente li giustifica, esimendo da colpe i poteri superiori, solo quando siano concessi in stato di necessità, di fatto così condannando il fenomeno e l'inerzia dell'Imperatore e del Papa, scorgendo in tutto ciò un fattore di consolidamento in sistema delle nascenti tirannie signorili.

Questo è quanto appariva agli occhi del giurista Bartolo, quando si dedicò, al culmine della fama, a realizzare il *De Tyranno*, senza alcun dubbio la sua opera più importante e più attuale.

Mentre la penisola vedeva il proliferare di poteri tirannici e, con essi, il nascere del regime delle Signorie, Bartolo concepisce quest'opera come strumento di azione legale e politica "*perché tutti quanti abbiano la forza di liberarsi interamente dai nodi del vincolo di quella orrenda perversità, cioè della schiavitù tirannica*", mettendo la sua autorevolezza e la sua scienza al servizio della causa.

Bartolo confidava che Carlo IV di Boemia, imperatore eletto nel 1346 e approvato dalla Santa Sede, imponesse su tutta la penisola il ripristino del primato della *lex* e l'autorità del tribunale imperiale.

Per questo motivo sviluppò in un trattato completo idee e spunti, che già, durante la *vacatio* della sede imperiale, aveva in parte espresso in forma disorganica in altri trattati di diritto pubblico anteriori o coevi (*De Guelphis et Gebellinis*; *De regimine civitatis*; *De represaliis*): ad esempio il principio che gli atti emanati sotto ingiusto dominio, non solo le ordinanze del tiranno, ma anche gli atti di tutti i funzionari al suo seguito, fossero da considerarsi nulli, ossia privi di alcun valore giuridico.

In tema di guerra giusta la tradizione giuridica voleva che ricorressero tre condizioni: l'assenso del potere superiore (imperatore), una giusta causa, una retta finalità.

Unica eccezione era data per la guerra di difesa, per la quale non occorre l'assenso del superiore e le altre due condizioni erano implicite nel carattere difensivo della guerra.

In Bartolo il tema si ripropone in relazione alla *vacatio* dell'impero - e quindi all'impossibilità di aversi l'assenso del potere superiore - e alla nascita di poteri tirannici di fatto: per lui sono legittimi sia la resistenza al tiranno, sia il suo abbattimento fino al tirannicidio, a condizione che non sia possibile ricorrere al potere superiore e che si persegua la pubblica utilità e non un fine personale, quale la sostituzione di un proprio potere tirannico al precedente.

In questa costruzione la pena per il tiranno può essere inflitta, in assenza di un potere superiore, da qualsiasi cittadino in sostituzione della pubblica autorità, così come era eccezionalmente ed espressamente previsto per il bandito che non obbediva all'ordine di presentarsi in giudizio.

A quei tempi, infatti, il disconoscimento della giurisdizione della *civitas* e l'atto di sottrarsi al processo erano considerati crimine degno della pena capitale per il carattere eversivo di tale atteggiamento: l'eversore poteva essere impunemente ucciso da chiunque, dovendosi considerare transfuga, traditore e nemico stesso della sua *civitas*. Così come, appunto, chi governasse la *civitas* in forma tirannica.

Ed ancora, mentre da parte di molti si individuava la tirannide come una degenerazione della monarchia, contrapponendo il *rex* al *tyrannus* e descrivendo l'uno e l'altro per connotazioni prevalentemente morali (il re, a differenza del tiranno, doveva essere fedele, cristiano, giusto, non lussuoso, non superbo), Bartolo estende il concetto di tirannia a qualsiasi forma degenerativa di governo, alla monarchia quanto al governo aristocratico e a quello popolare, spostando l'attenzione sulla legittimità della conquista del potere e sulla legittimità del suo esercizio, e la contrapposizione che egli prende in considerazione è quella tra *iudex* e *tyrannus*, ove il termine *iudex* evoca un'idea generale di potere, comprensiva di qualsiasi forma di governo e rispondente a crismi di legalità e sacralità al tempo stesso.

Come si può capire, già da questi scritti emergeva la tensione morale del pensiero giuridico e politico di Bartolo e la sua profonda avversione per le degenerazioni di tutte le forme di governo dell'epoca: così come la monarchia poteva facilmente trascendere in dispotismo e l'aristocrazia in oligarchia, così pure il governo popolare poteva tramutarsi in demagogia.

L'analisi delle esperienze storiche conosciute lo portava a considerare in linea generale la monarchia elettiva la forma più stabile e meno incline alla degenerazione dispotica, pur apprezzando in molti casi la forma di governo popolare, mentre scarso credito assegnava alla forma di governo aristocratico, quasi che per quest'ultima l'approdo alla tirannia oligarchica fosse esito scontato.

Ma ciò che più conta per Bartolo, specie di fronte al fenomeno dilagante della costituzione di poteri di fatto, non è il modello teorico di governo, quanto piuttosto la sua reale conformità al diritto.

Dove il diritto è assente, secondo Bartolo inizia la tirannia, quale che sia la veste che il tiranno indossa.

Nel trattato *De Tyranno* il pensiero sopra delineato viene analiticamente sviluppato e ordinato secondo le forme di un trattato giuridico, minuzioso nella casistica quanto sintetico nella riconduzione dei casi a categorie concettuali unitarie, coerenti tra loro e rispetto all'assieme, attingendo al diritto romano per la loro definizione e per la individuazione delle sanzioni civili e penali.

Bartolo suddivide la tirannia in due grandi categorie generali, avendo riguardo alla modalità in cui il fenomeno può riscontrarsi.

Per quanto la gravità dei tempi proponesse alla vista di tutti preva-

lentamente casi di *tirannia manifesta*, tuttavia egli diede rilievo anche all'ipotesi di tirannia occulta, detta *tirannia velata*, avendo ben presente che in un sistema giuridico, in cui ci si proponga di sanzionare la tirannia, il tiranno è portato a schermare la propria natura, le sue relazioni con persone o beni che evidenzino i suoi interessi personali e la illegittimità della sua azione, oppure a celare la sua stessa presenza.

Unificando le teorie sulle giurisdizioni (pluralità degli ordinamenti giuridici) e sulla tirannide, Bartolo afferma che vi può essere tirannide solo ove si eserciti illegittimamente una giurisdizione e tiranno può dirsi chi è preposto a tale esercizio, oppure chi, come nel caso di ribelli o usurpatori, impedisca l'esercizio legittimo di una giurisdizione.

Se da un lato egli ritiene non punibile la mera intenzione di instaurare un regime tirannico, tuttavia equipara alla tirannide anche l'intenzione, quando si sia concretata nel compimento di atti preparatori alla sua instaurazione.

Quanto alla *forma manifesta*, distingue ancora tra la tirannia *ex defectu tituli* (ossia per mancanza della titolarità del potere, per illegittimità del suo conferimento, per esercizio dopo la revoca), riguardo alla quale è prevista la pena di morte e la nullità di tutti gli atti compiuti, e la tirannia *ex parte exercitii* (ossia per illegittimità dell'esercizio del potere da parte del legittimo titolare a causa di abuso o interesse privato e, in genere, per violazione dello statuto della propria giurisdizione), riguardo alla quale gli atti non lesivi del pubblico interesse sono validi fin quando il tiranno non venga rimosso, mentre quelli lesivi del pubblico interesse sono comunque nulli; le pene per il tiranno vanno dalla perdita della dignità e della giurisdizione alla dichiarazione di infamia, alla deportazione, fino alla morte nei casi più gravi.

La *forma velata* di tirannia, anch'essa sanzionata con pene per il tiranno e con la nullità degli atti compiuti, viene ulteriormente suddivisa in tirannia *propter titulum*, ossia quando, nell'apparente rispetto delle regole statutarie, si alterino nei fatti le regole stesse per protrarre la durata della carica pubblica oltre la scadenza o per arrogarsi poteri appartenenti ad altre cariche pubbliche, oppure per perseguire finalità contrarie o diverse dall'interesse pubblico (qui il confine con le due specie della forma manifesta è estremamente sottile, se non inconsistente), e tirannia *propter defectum tituli*, che si ha quando, pur non ricoprendo cariche che comportino uno specifico potere pubblico, un soggetto in virtù della sua influenza o potenza (si direbbe economica, religiosa, militare o di altro genere) induca i titolari di quel potere pubblico a decidere secondo i suoi desideri.

Qui il confine con la tirannia manifesta è veramente marcato e colpisce la lucidità con la quale Bartolo lo individua, precorrendo i tempi, e la serietà con la quale la sanziona.

Una forma a sé stante di tirannide occulta viene inoltre vista nel

caso del governatore della *civitas* che si renda colpevole di un regime discriminatorio nei confronti di parte dei cittadini, con la conseguenza che potrà essere dichiarato tiranno riguardo ad essi soltanto, pur potendo governare per il resto della comunità nel migliore dei modi.

A ben vedere la classificazione fuori delle categorie generali di questa forma di tirannia riflette due caratteristiche essenziali del concetto di tirannia elaborato da Bartolo.

Il primo è che, se non ci si limita a considerare la legittimità del titolo in forza del quale si esercita un potere, ma si pone attenzione alla legittimità intrinseca dell'esercizio del potere, il termine tiranno si conserva solo per un ossequio alla tradizione, ma di fatto il connotato soggettivo della definizione è già superato e l'oggetto dell'analisi si sposta interamente sulla legalità degli atti del potere pubblico, con la conseguenza che potrà darsi la nullità di tutti gli atti del "tiranno" o anche soltanto di parte di essi.

Il secondo è che, a differenza di tutti gli altri casi di tirannia dove si è tiranni per violazione di un interesse pubblico, nel caso di atti discriminatori ciò che si lede è lo statuto personale dei cittadini, tema anche questo caro a Bartolo, che elaborò perfino uno statuto personale dello straniero, ancora oggi seguito nelle legislazioni internazionali disciplinanti i rapporti civili tra soggetti appartenenti a Stati diversi.

Qui si entra però in altro tema, quello dei diritti universali e civili, cui il giurista di Sassoferrato seppe dare altrettanto grande contributo civile e morale, intuendo che la questione della legittimità dell'azione dei pubblici poteri necessariamente dovesse coniugarsi con quella dei diritti della persona.

Come sopra detto, con il *De Tyranno* si giunge ad una definizione della tirannia svincolata dal profilo soggettivo del principe, dove spesso l'apparenza ha buon gioco sulla verità, ed incentrata invece sull'aspetto gestionale del potere pubblico da chiunque esercitato e in qualsiasi forma, sulla legittimità degli atti compiuti, sulla esperibilità di azioni legali per sanzionarne l'illegittimità.

Chi ha qualche dimestichezza con il diritto costituzionale e amministrativo contemporanei non può non riconoscere nel pensiero giuridico di Bartolo il contributo fondamentale dato alle successive dottrine sul controllo di legalità degli atti della pubblica amministrazione, sui vizi tipici dei provvedimenti amministrativi e sui rimedi giurisdizionali conseguenti.

La forza e la luminosità del pensiero politico di quest'uomo del Trecento possono essere, invece, ammirate da chiunque, pur ignaro di scienze giuridiche, nell'attraversare il proprio tempo si sforzi di tenere viva la sua coscienza di cittadino.

LA LEGGE UMBRA SULLA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE (L. R. 4 DICEMBRE 2006, n. 16)

SOMMARIO: **1. Premessa.** – **2. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella concezione tradizionale.** – **3. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella Costituzione repubblicana e nella legislazione statale.** – **4. (...segue) Il significato del ‘favoriscono’ e la nozione di ‘attività di interesse generale’.** – **5. La potestà normativa delle Regioni in materia di sussidiarietà.** – **6. La sussidiarietà orizzontale nella legge regionale umbra del 4 dicembre 2006, n. 16.** – **7. Sussidiarietà orizzontale e principio di concorrenza.** – **8. Conclusioni.**

1. Premessa

La Regione Umbria, con legge regionale n. 16, del 4 dicembre 2006, intitolata *«Disciplina dei rapporti tra l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle formazioni sociali e l'azione dei Comuni, Province, Regione, altri Enti Locali e Autonomie funzionali in ordine allo svolgimento di attività di interesse generale secondo i principi di sussidiarietà e semplificazione»*, ha provveduto a disciplinare le modalità di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale consacrato nel quarto comma dell'art. 118 della Costituzione, in base al quale «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

L'analisi della normativa regionale e delle relative modalità con cui si è inteso dare attuazione al principio considerato, tuttavia, non può prescindere sia dalla preventiva ricognizione del valore e del significato ad esso attribuiti nella tradizione filosofica e dottrinale, sia dall'analisi del contesto culturale e normativo nel quale risulta attualmente inserito. Va rilevato, difatti, come tale principio si caratterizzi per un elevato grado di ambiguità lessicale, al punto da legittimare interpretazioni potenzialmente confliggenti, a seconda

del punto di vista dal quale lo si osservi e dal quadro costituzionale di riferimento ⁽¹⁾.

Ne discende, pertanto, come affermato in una recente sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sardegna, che il principio di sussidiarietà orizzontale «non può essere letto ed applicato che in coerenza con l'ordinamento giuridico-costituzionale inteso nella sua complessità ⁽²⁾».

2. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella concezione tradizionale

In linea generale, si è evidenziato come «il carattere polisenso del significato della formula linguistica⁽³⁾» che racchiude il principio in commento, derivi dal fatto che in esso convergono matrici culturali risalenti e diversificate. Tralasciando le origini filosofiche più remote di tale principio ⁽⁴⁾, le componenti ancora oggi più significative della nozione di sussidiarietà possono essere individuate nel pensiero liberale e nella dottrina sociale della Chiesa cattolica.

La formulazione più radicale del principio di sussidiarietà nel pensiero liberale si fonda essenzialmente sull'affermazione della riduzione dell'intervento statale al minimo necessario per garantire la libertà e la convivenza degli individui. Questa concezione discende come necessaria conseguenza dell'affermazione della prevalenza e precedenza

⁽¹⁾ Sul principio di sussidiarietà, *ex multis*, si vedano: F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 111; CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1015; D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998, 207; D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1993, 25; GAMBINO (a cura di), *Il 'nuovo' ordinamento regionale*, Milano, 2003; POGGI, *Le autonomie funzionali fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la «semplificazione»*, in *Dir. amm.*, 2001, 273 ss.; ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubblica amministrazione*, Atti del convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini, 1997; SERRA, *Il sistema autonomistico locale nell'ordinamento regionale. Le ragioni della riforma*, Milano, 1999, 203.

⁽²⁾ TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *www.dirittodeiservizi-pubblici.it*.

⁽³⁾ RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello di analisi*, in RINELLA, COEN, SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999, 3.

⁽⁴⁾ Per un'approfondita analisi delle quali si rinvia a DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Ius*, 2000, 95 ss.

della libertà degli individui sull'attività dello Stato, essendo considerato l'intervento di quest'ultimo, nell'ottica liberale, come «intrinsecamente minaccioso per l'autonomo dispiegarsi della libertà individuale e come potenzialmente conflittuale con essa ⁽⁵⁾». L'intervento dello Stato, pertanto, è ritenuto legittimo solo se è 'sussidiario', ossia quando risulti espletato in funzione suppletiva, ogniqualevolta la libera iniziativa dei soggetti privati si riveli in concreto inidonea a conseguire le finalità che si propone ⁽⁶⁾.

La visione liberale del principio di sussidiarietà, di conseguenza, si fonda su una concezione antagonistica del rapporto fra Stato e società, assumendo una funzione prevalentemente di delimitazione dell'intervento statale e di difesa nei confronti di quest'ultimo.

Nell'ambito della dottrina della Chiesa cattolica, il nucleo fondamentale della concezione del principio di sussidiarietà orizzontale può essere rinvenuto, come ben noto, nell'Enciclica *Quadragesimo anno* del 1931, nella quale si afferma la necessità di una ridefinizione dell'organizzazione sociale secondo un ordine che parta dal basso e si sviluppi per gradi, lasciando agli individui i compiti che siano in condizione di svolgere con le proprie forze. La funzione dell'organizzazione statale, pertanto, diviene quello di «aiutare in maniera suppletiva» (*subsidium afferre*), locuzione dalla quale deriva, per l'appunto, il termine 'sussidiarietà' le strutture sociali inferiori nell'adempimento dei compiti da esse svolti. Così inteso, il principio di sussidiarietà, se, da un lato, ribadisce l'imperativo dell'astensione da parte dello Stato da qualsivoglia ingerenza nelle attività che possono essere svolte dai singoli o dai gruppi sociali minori in via autonoma, dall'altro, si completa di una valenza positiva, derivante dal riconoscimento dell'utilità di un'azione statale finalizzata a sostenere e a promuovere l'attività dei privati.

Ad ogni modo, va evidenziato come, a dispetto delle differenze ideologiche, il punto comune delle teorie considerate sia dato dall'affermazione della priorità dell'individuo e delle organizzazioni intermedie della società rispetto alla struttura dello Stato. In questo senso, la concezione personalistica di matrice cattolica e il significato antropocentrico di stampo laico finiscono sostanzialmente per coincidere.

Dall'analisi della tradizione, pertanto, emerge la possibilità di delineare all'interno della nozione di sussidiarietà orizzontale due ele-

⁽⁵⁾ ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51.

⁽⁶⁾ Si veda, in particolare, JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1913, 230 ss., secondo il quale lo Stato può e deve intervenire «nella misura in cui l'azione individuale o associativa è impotente a raggiungere gli scopi prefissati».

menti fondamentali, fra loro collegati: una componente negativa, tipica della concezione liberale, che impone il dovere di astensione del potere pubblico, laddove le forze degli individui e della società siano in grado di provvedere ai propri bisogni autonomamente (in funzione di delimitazione di competenza dei soggetti pubblici a vantaggio dei privati), e una componente positiva, propria della dottrina cattolica, che afferma l'esistenza di un dovere di intervento del potere pubblico ogniqualvolta gli individui e le forze sociali non siano in grado di soddisfare direttamente le proprie esigenze.

3. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella Costituzione repubblicana e nella legislazione statale

La sussidiarietà orizzontale, dunque, riguarda la distribuzione tra privati, da un lato, e pubblici poteri, dall'altro, dei compiti di erogazione di servizi e benefici. Verosimilmente, l'uso dell'espressione 'orizzontale', che tradizionalmente accompagna il termine 'sussidiarietà', si giustifica proprio immaginando che l'intera vita associata sia suddivisa orizzontalmente fra azioni dei privati e azioni dei pubblici poteri ⁽⁷⁾. Applicando il principio di sussidiarietà ogni iniziativa che rientri nel dominio del principio medesimo spetta in via prioritaria agli individui, singoli o associati, e solo in via suppletiva alla Repubblica ed alle sue articolazioni.

Ne discende che, alla base dell'idea di sussidiarietà, vi è la valorizzazione della *capacità-autonomia* ⁽⁸⁾ e della correlativa *responsabilità* dei singoli e dei gruppi sociali, circostanza che, lungi dal porre in discussione il principio di autorità, postula tuttavia «uno Stato di diritto informato al principio delle più larghe possibili autonomie dei privati, degli enti minori, privati e pubblici ⁽⁹⁾».

Tale concezione è stata fatta propria dalla Costituzione del 1948⁽¹⁰⁾, trovando riscontro, principalmente, nella formulazione dell'art. 2 («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»), il quale implicitamente sancisce «la rottura del monopolio statale rispetto alla definizione dell'interesse comunitario a favore del riconoscimento ai soggetti sociali del compito di perseguire

⁽⁷⁾ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.

⁽⁸⁾ L'espressione è mutuata da DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., 97.

⁽⁹⁾ TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, 86.

⁽¹⁰⁾ FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2000, 15.

gli obiettivi propri dell'intera collettività statale ⁽¹¹⁾». Nell'intenzione del costituente, la norma in parola doveva rappresentare l'esigenza di recuperare la saldatura tra dimensione individuale ed interesse generale, superandone la tradizionale contrapposizione ⁽¹²⁾. La consonanza fra il principio pluralistico espresso dall'art. 2 Cost. e il principio di sussidiarietà orizzontale deriva, conseguentemente, dalla valorizzazione della capacità e dell'autonomia della persona, accanto a quella dei gruppi sociali e delle società minori all'interno della società generale e delle strutture nelle quali essa organizza il potere.

Successivamente, il nuovo art. 118 Cost., si è limitato a dichiarare l'obbligo per i soggetti pubblici da esso indicati di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, omettendo in tal modo di fornire una definizione precisa del contenuto e della portata di tale principio. Conseguentemente, sarebbe errato ritenere che il principio di sussidiarietà consista semplicemente nel favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini per attività di interesse generale: difatti, se la norma, da un lato, afferma che lo Stato e gli altri enti locali territoriali favoriscono l'iniziativa privata, dall'altro, stabilisce che nel farlo devono attenersi al principio di sussidiarietà, «che rappresenta, dunque, il criterio in base al quale essi osservano la disposizione costituzionale e non il nome che designa il contenuto normativo della disposizione ⁽¹³⁾». Per stabilire il significato precipuo e la portata da attribuire alla norma in commento, pertanto, è necessario analizzare il contesto storico e normativo dal quale è scaturita. In questo senso, si può affermare che la concezione del principio di sussidiarietà orizzontale recepita nell'art. 118 della Costituzione risente in via prioritaria delle formulazioni che del medesimo principio sono state elaborate nell'ambito delle c.d. leggi sul federalismo amministrativo e dalla legge 8 novembre 2000, n. 328 («Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali»), sui servizi sociali ⁽¹⁴⁾. Se, infatti, si esamina il modo in cui le diverse normative considerate hanno richiamato tale principio, si scopre come esse siano accomunate da un elemento fondamentale, tutt'altro che privo di significato, ovvero sia «l'esaltazione sistematica del profilo positivo del principio di sussidiarietà, quello che afferma la necessità di un intervento dei soggetti pubblici a sostegno e

⁽¹¹⁾ VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in VITTADINI (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Città di Castello, 1998, 40.

⁽¹²⁾ Cfr. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»*, cit., 120.

⁽¹³⁾ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà*, cit., 28.

⁽¹⁴⁾ ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 75 ss. Sul tipo di sussidiarietà che si è voluto realizzare con la legge n. 328/2000 si veda il commento di FINOCCHI GHERSI, *L'istituzione del sistema integrato dei servizi sociali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 113.

promozione dell'attività dei privati ⁽¹⁵⁾». In proposito, giova ricordare la formulazione dell'art. 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sull'ordinamento degli enti locali, in virtù del quale «i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate attraverso la autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»; la norma tralascia del tutto di evidenziare il valore negativo del principio considerato, ossia la necessaria astensione del potere pubblico dall'esercitare le attività che possono essere lasciate alla sfera di azione dei privati, né prevede alcun meccanismo che consenta di considerare l'intervento pubblico eccezionale o residuale. L'attività dei privati, quindi, non è altra cosa dall'intervento pubblico, ma è indicata come una modalità attraverso la quale gli enti pubblici debbono svolgere le loro funzioni.

Nella medesima direzione è orientata la disciplina della legge n. 328/2000 sui servizi sociali, le cui norme disegnano un quadro complesso per la definizione dei modi e degli strumenti del coinvolgimento dei soggetti privati *non profit* nella programmazione e nello svolgimento delle funzioni pubbliche di erogazione dei servizi sociali. A tale disciplina è estranea la previsione di qualsiasi meccanismo di delimitazione dell'intervento pubblico, in quanto la concreta entità e tipologia di quest'ultimo è affidata alle scelte di programmazione e concertazione dell'amministrazione con le forze sociali, in cui i vincoli imposti all'azione dei pubblici poteri sono anzi propriamente di tipo positivo, volti cioè a garantire comunque il conseguimento di determinati livelli essenziali e di standards di servizio, in funzione di salvaguardia e tutela del principio di eguaglianza.

Parimenti, dall'esame del nuovo art. 118 Cost., emerge con evidenza la volontà di valorizzare esclusivamente la dimensione positiva del principio di sussidiarietà orizzontale, enfatizzando la funzione dei soggetti pubblici come fautori della promozione e del sostegno dell'attività di interesse generale svolta dai cittadini, singoli o associati. La formulazione della norma si rivela, dunque, priva delle opportune specificazioni applicative e completamente disancorata dalla previsione di meccanismi giuridici che ne definiscano gli strumenti di attuazione, introducendo criteri di riparto delle sfere di competenza fra soggetti pubblici e privati.

Dall'analisi delle formulazioni normative, dunque, si evince che il principio di sussidiarietà orizzontale è stato introdotto nel nostro ordinamento secondo un'accezione ed un significato che non coincide interamente con quello proprio della concezione classica, articolata

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, 76.

nelle sue due componenti, negativa e positiva, fra loro complementari. Il principio che risulta affermato è, in sostanza, «quello che impone all'intervento pubblico di svolgersi, anche per le modalità e gli strumenti della sua realizzazione, in modo da essere il più vicino possibile ai cittadini»⁽¹⁶⁾. A conferma di ciò è stato correttamente osservato⁽¹⁷⁾ come la necessità di favorire l'autonoma iniziativa dei privati, a partire dalla c.d. leggi sul federalismo, sia stata sempre enunciata contestualmente all'attribuzione di funzioni agli enti pubblici territoriali⁽¹⁸⁾. Si verifica, pertanto, un evidente paradosso: se è vero che il principio di sussidiarietà orizzontale viene tradizionalmente ricollegato alla necessità di una riduzione dell'intervento pubblico a favore delle organizzazioni sociali, quando esse siano in grado di soddisfare autonomamente i bisogni dei cittadini, tuttavia, i diversi testi normativi che richiamano espressamente tale principio nella legislazione più recente prevedono sempre un'attribuzione di competenze ai soggetti pubblici e al tempo stesso indicano loro un modo concreto di esercitarle, anche attraverso il sostegno e la valorizzazione dei soggetti privati.

Ne discende che la nozione di sussidiarietà orizzontale accolta nel nostro ordinamento risulta incentrata sull'idea della necessaria collaborazione fra poteri pubblici e soggetti privati⁽¹⁹⁾, in vista del perseguimento dell'«interesse generale», che prefigura un modello di azione amministrativa tale da generare «un rapporto giuridico fra pubblico e privato che potremmo definire di integrazione, di mutuo complemento, pur se distintivo delle posizioni»⁽²⁰⁾. In tal senso, il vero significato della previsione del quarto comma dell'art. 118 Cost., per cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini», risiede precisamente nella legittimazione di un'*alleanza* in vista dell'interesse generale fra amministrazione e amministrati⁽²¹⁾. Il concetto del 'favorire', difatti, presuppone il riconoscimento di un ruolo ancora centrale e necessario dell'autorità pubblica, seppure non più esclusivo e imperativo.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, 77.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, 78.

⁽¹⁸⁾ V. art. 4, l. 15 marzo 1997, n. 59.

⁽¹⁹⁾ CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 68.

⁽²⁰⁾ POLITO, *Articolo 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul "favoriscono"*, in *www.giustamm.it*.

⁽²¹⁾ Come peraltro non ha mancato di sottolineare anche la Corte costituzionale, con sentenza 17 ottobre 2005 n. 303. V. anche ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in ARENA (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, 177.

4. (...segue) Il significato del 'favoriscono' e la nozione di 'attività di interesse generale'

L'espressione 'favoriscono' contenuta nell'art. 118 Cost., ad ogni modo, necessita di un'ulteriore disamina, per stabilire in modo univoco il significato da attribuire ad essa. Va rilevato, in prima istanza, come segnalato dalla dottrina più avveduta ⁽²²⁾, che interpretare la parola 'favoriscono' come se dicesse «hanno la facoltà di favorire» sarebbe del tutto erroneo, non essendo in discussione la possibilità per gli enti pubblici di sovvenzionare soggetti privati, allorquando svolgano attività di interesse generale. È fuor di dubbio, di conseguenza, che l'espressione vada intesa nel senso di imporre nei confronti dei soggetti pubblici un preciso obbligo di fornire sostegno a quei cittadini, singoli o associati, che provvedano in via autonoma alla cura di interessi propri della collettività.

È opportuno sottolineare, ancora una volta, come anche la scelta del termine 'favoriscono' testimoni la precisa volontà di enfatizzare la dimensione positiva del principio di sussidiarietà, laddove, al contrario, l'uso di espressioni quali 'riconoscono' o, ancor meglio, 'assicurano' avrebbe consentito di legittimare una lettura più aderente alla concezione tradizionale del principio medesimo, tale cioè da comportare un dovere di astensione da parte dei pubblici poteri nell'esercizio di quelle attività esercitate, in via autonoma, dai privati.

Una riflessione a parte, inoltre, merita la questione concernente la definizione del tipo di attività, svolta in via autonoma dai privati, alla quale può ritenersi applicabile il principio di sussidiarietà. In base alla lettera dell'art. 118 Cost., difatti, tale attività può essere esclusivamente quella di 'interesse generale'.

In primo luogo, va rilevato che le 'attività di interesse generale' devono essere tenute distinte dalle funzioni amministrative di cui al primo comma dell'art. 118, anche se in parte coincidono con esse. Sicuramente, le funzioni amministrative sono funzioni di interesse generale, ma le attività di cui all'ultimo comma della norma non comprendono funzioni amministrative in senso tecnico, ossia esercizio di poteri amministrativi ⁽²³⁾. Queste, difatti, sono riservate alla pubblica amministrazione, salvi i casi di *munera* previsti in capo a privati.

La nozione di interesse generale fatta propria dalla norma sembra riferirsi non tanto all'interesse pubblico (definito tale in quanto attribuito dalla legge alla cura di un soggetto pubblico), quanto all'interesse della

⁽²²⁾ Si veda, in particolare, G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà*, cit., 29 ss.

⁽²³⁾ *Ibidem*, 20.

collettività, nel suo insieme e nei rapporti tra i singoli e i gruppi che la compongono⁽²⁴⁾. A tal fine, sembra opportuno richiamare la normativa comunitaria, in base alla quale un'attività può essere qualificata 'generale' solo se si rivolge indiscriminatamente ad una collettività, ossia quando sia tale da garantire il libero accesso e la libera fruibilità della prestazione, in conformità ai principi di 'non discriminazione' e 'libertà di circolazione delle persone' garantiti dai Trattati⁽²⁵⁾. In questo senso, non è richiesta l'universalità dell'attività o del servizio ma, nel ragionevole dimensionamento dell'attività, occorre vi sia una potenziale apertura della fruibilità ai benefici della medesima, che può ben essere costruita e pensata per collettività di modeste dimensioni.

Di conseguenza, se, da un lato, risultano sicuramente escluse le attività di interesse meramente privato (salva la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione fra attività di interesse generale e attività di interesse privato), dall'altro, possono essere ricomprese le attività di erogazione di beni e servizi sociali, ossia quelle attività che costituiscono offerta di beni e servizi per la soddisfazione di diritti sociali (laddove l'aggettivo sociale sta appunto a significare che trattasi di diritti che l'intera società ritiene a tal punto degni di essere soddisfatti da farsene carico, in tutto o in parte). Nel contempo, è certo che possono essere qualificate come attività di interesse generale anche attività svolte nel prevalente, ancorché non esclusivo, interesse di colui che le compie, come accade, per esempio, nel caso delle attività culturali; parimenti, le attività non divisibili, ad esempio la protezione dell'ambiente, sono certamente attività di interesse generale.

La disposizione, tuttavia, non distingue fra attività con fini di lucro e attività non lucrative: ne discende che i soggetti pubblici sono tenuti a favorire sia iniziative economiche, sia iniziative senza fini di lucro⁽²⁶⁾. Le attività considerate, inoltre, «possono riguardare settori diversi ed ulteriori rispetto a quelli che formano oggetto dell'azione delle pubbliche amministrazioni: in una data fase storica e in un determinato contesto sociale, difatti, possono emergere bisogni particolarmente rilevanti, al cui soddisfacimento i pubblici poteri non abbiano ancora dato una risposta⁽²⁷⁾».

⁽²⁴⁾ Cfr. BOMBARDELLI, *L'impresa sociale e la realizzazione di finalità di interesse generale*, in *Impresa sociale*, 2005, 99 ss.

⁽²⁵⁾ Sul significato della nozione di 'interesse generale' nell'ordinamento comunitario si veda: Commissione europea, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 2003 COM(2003) 270 def. ed Id., *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, 2004, COM(2004)374 def.

⁽²⁶⁾ Come efficacemente evidenziato da G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà*, cit., 29.

⁽²⁷⁾ CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 72.

In generale, comunque, si può affermare che, sino ad oggi, il principio di sussidiarietà ha trovato applicazione principalmente nell'ambito della c.d. 'amministrazione di prestazione', ossia in materia di sanità, assistenza sociale, volontariato, cooperative sociali, formazione, manutenzione e cura di beni culturali, cooperazione allo sviluppo.

5. La potestà normativa delle Regioni in materia di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà orizzontale, tuttavia, sarebbe destinato a rimanere inoperante in assenza di una puntuale normativa applicativa ai diversi livelli di governo ⁽²⁸⁾. Come osservato in precedenza, infatti, la formulazione dell'art. 118 Cost. è connotata dall'assenza di qualsiasi indicazione circa le concrete modalità operative che devono sovrintendere all'attuazione, da parte dei soggetti interessati, del principio considerato. In particolare, nulla è detto in merito ai criteri ed ai principi-guida in base ai quali gli enti locali territoriali possano procedere all'individuazione ed alla selezione delle attività, frutto dell'autonoma iniziativa dei cittadini, passibili di integrazione sussidiaria. Da tale quadro, emerge la centralità del ruolo assunto dalle Regioni, che sono chiamate, nell'esercizio della potestà legislativa ad esse riconosciuta dall'art. 117. Cost., a provvedere all'adozione di una normativa diretta a stabilire i meccanismi e le procedure per l'implementazione del principio considerato.

In particolare, l'intervento del legislatore regionale dovrebbe essere diretto alla individuazione dei settori nell'ambito dei quali è consentito l'esercizio dell'autonoma iniziativa dei privati cittadini, singoli o associati, ed alla disciplina delle connesse modalità di intervento. Va considerato, in proposito, come la nozione di sussidiarietà si caratterizzi per il suo valore trasversale o, se si preferisca, meta-settoriale, ossia tale da esplicare la propria capacità espansiva in una pluralità di ambiti. Ne discende, tuttavia, che, nel disciplinare le concrete modalità operative del principio in ciascun settore d'intervento, la potestà legislativa delle Regioni dovrà essere esercitata (oltre che in conformità alle norme della Costituzione) nel pieno rispetto della competenza statale e dei principi fondamentali del diritto comunitario. Il legislatore regionale, dunque, dovrà astenersi da qualsiasi intervento volto all'attuazione del principio di sussidiarietà sia nelle materie che, ai sensi della Costituzione, non

⁽²⁸⁾ DE CARLI, *Ripercussioni legislative del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2004, 275.

⁽²⁹⁾ Come avviene nel caso della materia dell'istruzione, che in base agli artt. 33 e 34 Cost., richiede necessariamente l'istituzione di scuole pubbliche per ogni ordine e grado di istruzione, o nella materia della previdenza sociale obbligatoria, riservata dall'art. 38 Cost. direttamente allo Stato.

possono essere soggette all'applicazione del principio medesimo, essendo riservate in via esclusiva a soggetti pubblici ⁽²⁹⁾, sia nelle materie riservate dall'art. 117 Cost. alla competenza esclusiva dello Stato (come la difesa, l'ordine pubblico, la tutela dell'ambiente). A questo proposito va ricordato come, ai sensi del medesimo art. 117 della Costituzione, sia attribuita allo Stato una competenza esclusiva in merito alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti [...] sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», in virtù dell'esigenza di assicurare condizioni minime uniformi per tutti i cittadini, nel rispetto del fondamentale principio di uguaglianza espresso nell'art. 3 Cost. ⁽³⁰⁾.

Discorso a parte meritano, invece, le materie attribuite alla competenza concorrente ed alla competenza residuale ⁽³¹⁾ delle Regioni: in tali ipotesi, al legislatore regionale è riconosciuta, eventualmente nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalla legge statale, ampia libertà nel disciplinare le modalità di esplicazione della sussidiarietà. Ad ogni modo, nell'esercizio della funzione normativa, le Regioni saranno tenute ad applicare i fondamentali principi di derivazione comunitaria, da cui discende l'esigenza di prevedere criteri e procedure di selezione dei soggetti privati meritevoli di integrazione sussidiaria improntate a principi di trasparenza, libertà di concorrenza, non discriminazione, sviluppo sostenibile, ecc...

In secondo luogo, si dovrà procedere all'individuazione dei soggetti della società civile legittimati ad esercitare, in collaborazione con i soggetti pubblici, attività di interesse generale, con particolare riguardo ai singoli, alle famiglie e a tutte quelle forme di associazionismo e volontariato tradizionalmente ricomprese sotto il nome di 'terzo settore', senza escludere, tuttavia, almeno in linea di principio, le attività di impresa.

Fondamentale è da considerarsi, infine, la disciplina concernente le modalità di sostegno delle attività di interesse generale dichiarate meritevoli di essere 'sussidiate': in particolare, potranno essere predisposti specifici mezzi di incentivazione economica, finanziaria e fiscale.

6. La sussidiarietà orizzontale nella legge regionale umbra del 4 dicembre 2006, n. 16

Giunti a questo punto, siamo in grado di verificare in quale forma

⁽³⁰⁾ Si veda, in proposito, POGGI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *www.astrid-online.it*, 7 febbraio 2003.

⁽³¹⁾ È il caso, ad esempio, della materia dei servizi sociali, riservata in via esclusiva alla legge regionale.

l'impostazione e l'impianto della legge regionale n. 16/2006 risentano del modo in cui il principio di sussidiarietà, nella sua accezione orizzontale, è stato assunto nel nostro ordinamento.

In primo luogo va rilevato che, ai sensi dell'art. 1 della legge, «L'attuazione del principio di sussidiarietà e semplificazione è prioritariamente diretta al miglioramento del livello dei servizi, al superamento delle disuguaglianze economiche e sociali, a favorire la collaborazione dei cittadini e delle formazioni sociali, secondo la loro specificità, ai fini della valorizzazione della persona e dello sviluppo solidale della comunità». La norma, che senza dubbio non brilla per linearità e coerenza, sembra tradire la volontà del legislatore regionale di condensare, in una formulazione unitaria, una pluralità di concetti mutuati dalla Carta fondamentale: in particolare, va sottolineato il collegamento fra il principio di sussidiarietà, il principio di solidarietà contenuto nell'art. 2 Cost. e il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Alla base di tale formulazione, vi sarebbe l'intenzione di valorizzare l'iniziativa dei cittadini attivi e solidali, in modo da contribuire all'emancipazione sociale dell'individuo, accrescendone la capacità e l'autonomia. Le amministrazioni, di conseguenza, divengono, in via prioritaria, promotrici di un interesse pubblico meta-settoriale, ossia l'interesse a che ciascun cittadino possa adempiere alle proprie responsabilità solidali, ponendolo nella condizione di valorizzare le proprie capacità. L'accento, sul modello di quanto precedentemente descritto in riferimento alla normativa statale, sembra porsi più sulla dimensione collaborativa ed integrazionista del principio, che postula la partecipazione dei soggetti privati all'esercizio di attività di interesse generale, riservate comunque all'esclusiva competenza delle pubbliche amministrazioni, piuttosto che sull'esigenza di definire modalità concrete di delimitazione contro il rischio di ingerenze da parte delle amministrazioni, a salvaguardia di una sfera di attività lasciata all'autonoma iniziativa dei privati. In quest'ottica, il riferimento al «miglioramento del livello dei servizi», sembra postulare l'esigenza da parte dei soggetti pubblici di avvalersi dell'apporto spontaneo dei privati per consentire la selezione delle modalità migliori per la soluzione dei loro problemi, che potranno sostanzarsi in forme di gestione partecipata delle attività di interesse generale, ossia attraverso una sinergia che sappia garantire un'adeguata valorizzazione del contributo umano e professionale dei cittadini.

Il secondo comma dell'articolo 1, peraltro, contiene l'indicazione delle attività che possono essere ricomprese nell'espressione «attività di interesse generale», specificando che si tratta di quelle inerenti i servizi pubblici sociali, i servizi culturali, i servizi volti alla valorizzazione del lavoro e dell'impresa e al rafforzamento dei sistemi produttivi locali, i servizi alla persona e, in generale, tutte le prestazioni di utilità alla generalità

dei cittadini e alle categorie svantaggiate, con chiaro riferimento a tutte quelle iniziative che sono tipiche del volontariato e dell'associazionismo. Va segnalato, tuttavia, come, a norma del quarto comma della medesima disposizione, siano dichiarate escluse dall'ambito di applicazione della legge le attività «inerenti al servizio sanitario nazionale e quelle a carattere strettamente economico-imprenditoriale». La norma, pertanto, sembra non lasciare spazio alla possibilità da parte degli enti locali territoriali di favorire l'esercizio da parte dei privati di quelle attività che abbiano ad oggetto prestazioni di natura sanitaria, rientranti nell'ambito del servizio sanitario nazionale. La ragione di tale scelta, può essere forse individuata nella difficoltà di operare un coordinamento con la disciplina nazionale in materia di assistenza sanitaria.

L'art. 2 della legge n. 16 chiarisce, poi, che i soggetti della sussidiarietà, ossia coloro ai quali è riconosciuta la possibilità di svolgere attività di interesse generale, sono i cittadini, singoli o associati, le famiglie, le imprese ed il c.d. terzo settore.

Il fulcro della disciplina normativa considerata, in ogni caso, è rappresentato dalla previsione dell'art. 3, che stabilisce, peraltro in forma sin troppo generica ed indefinita, le categorie di interventi che la Regione potrà porre in essere per favorire concretamente lo svolgimento delle attività di interesse generale da parte dei privati. In particolare, le categorie di *subsidium* di cui potranno beneficiare le iniziative ritenute meritevoli consistono essenzialmente in forme di agevolazione economico-finanziaria, anche mediante la riduzione o l'esenzione dal pagamento di tariffe o canoni, e nell'esenzione dal pagamento «per qualsiasi documento prodotto o trattato dai soggetti della sussidiarietà orizzontale». In proposito, va rilevato come la previsione di meccanismi di incentivazione economica, finanziaria e fiscale, se da un lato rappresenta la modalità più efficace e scontata per la promozione delle attività d'iniziativa privata, dall'altro potrebbe rivelarsi insufficiente. Sarebbe stato opportuno, infatti, prevedere la possibilità di sostenere l'attività dei cittadini anche mediante la messa a disposizione a titolo gratuito di spazi, locali, strumentazioni meccaniche ed elettroniche, nonché supporto informativo, burocratico, organizzativo, progettuale, ecc...

Ad ogni modo, manca qualsiasi indicazione, anche generica, dell'entità e delle modalità di erogazione dei suddetti incentivi economici o finanziari: sarebbe stato opportuno, invece, prevedere dei valori minimi e massimi di riferimento, collegati alla predeterminazione di precisi criteri per la definizione della natura e del *quantum* dei 'sussidi' concessi per ciascun tipo di attività.

Il successivo art. 4 affronta il problema, invero centrale, dei criteri e delle modalità per la selezione delle iniziative ritenute maggiormente meritevoli di sostegno sussidiario da parte degli enti locali. La norma,

tuttavia, si limita a prevedere la necessità della presentazione, da parte dei privati interessati, di «progetti specifici», prescrivendo che essi debbano essere predisposti «in coerenza con gli obiettivi della programmazione regionale, generale e di settore». Il terzo comma dell'articolo esaminato, disciplina il contenuto fondamentale dei progetti, che dovranno riportare, oltre agli elementi necessari per la qualificazione del tipo di servizio e prestazioni che si intendono erogare, la struttura organizzativa; le tipologie contrattuali di lavoro prescelte per l'esercizio dell'attività; i livelli di qualità e i costi dei servizi e delle relative prestazioni; tutti gli altri dati utili per valutare l'economicità, l'efficienza e l'efficacia del servizio e delle prestazioni, nonché dei «benefici riflessi sull'attività amministrativa».

Ai sensi del quarto comma, la competenza in merito alla valutazione ed alla consecutiva selezione dei progetti meritevoli di sostegno è attribuita, in via esclusiva, alla Giunta regionale, che sarà tenuta ad applicare, nelle procedure di scelta, una serie di criteri generali, ovverossia: rilevanza e consistenza dell'attività di interesse generale; idoneità del soggetto; qualità del servizio e delle prestazioni da erogare, con particolare riferimento alla economicità ed efficacia degli stessi; caratteristiche e tipologia dei destinatari; benefici riflessi sull'attività amministrativa e, infine, sostenibilità ambientale e innovazione tecnologica; compartecipazione di più soggetti, singoli o associati.

Ora, da più parti si è ravvisata la necessità che le leggi regionali in materia di sussidiarietà orizzontale siano estremamente precise nello stabilire quali siano le attività suscettibili di integrazione sussidiaria e quali, invece, non possano incontrare il favore dell'amministrazione⁽³²⁾, postulando l'esigenza di una valutazione il più possibile oggettiva e preliminare circa la natura generale dell'interesse perseguito. È evidente, pertanto, che la scelta operata dalla legge umbra di attribuire il compito di valutazione dei progetti ad un organo esecutivo, quale la Giunta regionale, cozza irrimediabilmente con le imprescindibili esigenze di imparzialità nell'esercizio delle procedure di selezione. Sarebbe stato auspicabile, in tal senso, che il legislatore regionale avesse provveduto ad assegnare le funzioni valutative ad un'apposita commissione composta di soggetti di estrazione non politica, e dotati delle necessarie competenze tecniche e amministrative.

⁽³²⁾ Si vedano, per tutti, F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 879; POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione*, cit., 17; BOMBARDELLI, *L'impresa sociale e la realizzazione di finalità di interesse generale*, in *Impresa sociale*, 2005, 99 ss.

Parimenti, la definizione dei criteri discretivi, che sovrintendono alla procedura di valutazione dei progetti da parte della Giunta regionale, si segnala per un eccessivo grado di indeterminatezza e genericità. Nozioni quali «rilevanza e consistenza dell'attività di interesse generale», «qualità del servizio e delle prestazioni», «benefici riflessi sull'attività amministrativa», possono agevolmente prestarsi ad interpretazioni discordanti, essendo connotate da un grado di eccessiva astrattezza e flessibilità. Senza contare, inoltre, la mancanza di qualsivoglia riferimento a criteri che prevedano la non discriminazione aprioristica nella fruibilità e nell'accesso ai benefici dell'attività, che dovrebbe essere considerata, ad avviso di chi scrive e della dottrina più avveduta ⁽³³⁾, condizione essenziale per l'attribuzione del carattere di generalità all'interesse perseguito. Ciò non implica, come logico, l'universalità del servizio o dell'attività, quanto una potenziale apertura alla fruibilità dei benefici della medesima.

7. Sussidiarietà orizzontale e principio di concorrenza

Dalle considerazioni che precedono, dunque, emerge come la legge n. 16/2006 disegni un sistema in cui la Giunta regionale viene ad assumere il ruolo di arbitro unico ed assoluto delle procedure di selezione delle iniziative dei privati meritevoli di integrazione sussidiaria, laddove, invece, sarebbe stato auspicabile e necessario un modello maggiormente conforme ai principi di imparzialità e buon andamento ⁽³⁴⁾. In particolare, va considerato che le procedure di selezione del progetto sussidiabile, specialmente in un quadro, come quello delineato dalla legge n. 16, caratterizzato dall'esclusiva previsione di sussidi a rilevanza economica e finanziaria, dovrebbero necessariamente poggiarsi sull'applicazione di un principio di concorsualità ⁽³⁵⁾ e trasparenza, mediante l'adozione delle tradizionali procedure di evidenza pubblica, sul modello di quanto previsto dalla legge n. 328/2000 (e dal successivo d.p.c.m. del 30 marzo 2001) per l'affidamento di servizi socio-assistenziali a privati. La normativa richiamata, difatti, stabilisce l'obbligo per le Regioni, nella disciplina dei rapporti fra comuni e soggetti del c.d. terzo settore, di rispettare le

⁽³³⁾ BOMBARDELLI, *op. cit.*, 100.

⁽³⁴⁾ Come affermato, da ultimo, dal TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, cit., a giudizio del quale il principio di sussidiarietà «non può essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, ed in particolare dal principio di "buon andamento" previsto dall'art. 97 Cost.».

⁽³⁵⁾ Come correttamente osservato da POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione*, cit., 19;

norme nazionali e comunitarie in materia, prevedendo la necessità di privilegiare le procedure di aggiudicazione ristrette o negoziate ⁽³⁶⁾.

La questione è stata recentemente sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia Europea, che si è pronunciata in riferimento all'affidamento diretto, da parte della Regione Toscana (e delle Unità sanitarie locali, nonché delle Aziende ospedaliere di tale regione), a diverse associazioni di volontariato (Confederazione delle Misericordie d'Italia, Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze, Croce Rossa Italiana) dei servizi di trasporto sanitario. La Corte, nell'occasione, ha affermato che l'assenza di fini di lucro da parte delle associazioni di volontariato affidatarie non esclude di per sé «che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza ⁽³⁷⁾». La circostanza che, in virtù del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti, difatti, non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive dell'Unione.

Inoltre, i giudici del Lussemburgo hanno chiarito che, nonostante le operazioni di trasporto sanitario di cui trattasi venissero effettuate da associazioni di volontariato che percepiscono soltanto i rimborsi delle loro spese, ciò non è sufficiente ad escludere che il contratto sia stato concluso a titolo oneroso, in quanto, se è pur vero che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, nondimeno risultava che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superassero il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi. Tali importi, difatti, venivano fissati preventivamente e forfettariamente, sulla base di tabelle allegate all'accordo ⁽³⁸⁾.

Dall'analisi della legislazione statale e della giurisprudenza europea, dunque, emerge la necessità, anche per il legislatore regionale, di rispettare i fondamentali principi di trasparenza e concorsualità propri del Trattato. Sarebbe, dunque, auspicabile, a tal fine, che l'attribuzione degli incentivi da parte degli enti locali fosse preceduta dalla pubblicazione di bandi approvati a tale scopo, a cadenza regolare e indipendentemente da iniziative specifiche ⁽³⁹⁾. In questo modo, si consentirebbe anche ai

⁽³⁶⁾ Cfr. artt. 4,5,6, l. n. 328/2000.

⁽³⁷⁾ Corte Giust. C.E., III, 29 novembre 2007, 119/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, punto 37.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, punto 48.

⁽³⁹⁾ Sulle problematiche connesse alla sussidiarietà c.d. 'per progetti' si veda VIOLINI (a cura di), *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale in Lombardia*, Milano, 2004.

privati che abbiano già intrapreso l'esercizio di un'attività di interesse generale, di accedere ai meccanismi di incentivazione previsti dalla legge regionale. A tale proposito, difatti, va ricordato come, in dottrina, sia stato affermato che l'attivazione delle iniziative dei privati sia da considerarsi, per definizione, autonoma, cioè legittima a prescindere da ogni forma di riconoscimento o, peggio, di autorizzazione da parte della pubblica amministrazione⁽⁴⁰⁾, fermo restando, peraltro, l'obbligo da parte dell'autorità pubblica di favorire tale iniziativa, qualora ritenuta meritevole. Ne discende che il meccanismo delineato dalla legge n. 16/2006, laddove prevede la subordinazione dell'erogazione dei contributi economici e finanziari alla presentazione di specifici progetti da parte degli interessati, non deve essere inteso nel senso di collegare la legittimità dell'autonoma iniziativa privata, che si espliciti utilizzando risorse proprie, alla preventiva proposizione ed approvazione dei progetti di cui all'art. 4, essendo questi ultimi richiesti solo ed esclusivamente ai fini della concessione dei benefici di cui sopra. Desta perplessità, di conseguenza, la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 2, ove si stabilisce l'obbligo per i soggetti della sussidiarietà orizzontale «di rendere pubbliche le attività *autorizzate* e annualmente svolte...». Un'interpretazione letterale della disposizione, difatti, potrebbe legittimare una valutazione di incostituzionalità della normativa esaminata per contrasto con i principi di cui all'art. 118 cost.; appare preferibile, pertanto, attribuire l'espressione 'attività autorizzate' ad un refuso, da correggersi magari sostituendo il termine 'autorizzate' con 'sussidiate'.

Ad ogni modo, da più parti in dottrina⁽⁴¹⁾ si è auspicata l'introduzione, ad opera dei legislatori regionali, di una sorta di dichiarazione di inizio attività d'interesse generale, ossia di una comunicazione descrittiva del progetto che si intende avviare, o che si è già avviato autonomamente, come espressione concreta della richiesta di un *subsidiium* integrativo dell'azione intrapresa con risorse e mezzi propri. L'idea nasce dalla convinzione che non sia pienamente rispondente al modello delineato dall'art. 118 Cost. l'attribuzione all'autorità amministrativa del ruolo di 'stimolare' o 'scoprire' la nascita di iniziative meritevoli di integrazione sussidiaria.

⁽⁴⁰⁾ Come autorevolmente sostenuto da: Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, in *www.giustizia-amministrativa.it*, a giudizio del quale non si pone «alcun problema di riconoscimento, di autorizzazione per dir così e di qualificazione da parte delle pubbliche autorità rispetto alle attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari in un contesto diverso da quello dello svolgimento dei pubblici poteri».

⁽⁴¹⁾ In particolare, si vedano POLITO, *Art. 118 u.c. della Costituzione*, cit., 18; ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 10.

8. Conclusioni

Il principio di sussidiarietà orizzontale accolto nell'art. 118 della Costituzione, ha delineato un modello di amministrazione integrata, «nel quale cioè l'incontro fra le istituzioni amministrative e il dinamismo sociale assume le forme tipiche di un coordinamento tendenzialmente paritario, cioè di un sistema integrato a rete ⁽⁴²⁾ ». La societarizzazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche che ne è derivato, seppure ben lungi dal configurare quel modello di sussidiarietà propugnato dalla tradizione liberale, che implicava la tendenziale astensione dei poteri pubblici dall'intervento in quelle aree dominate dalla libera iniziativa degli individui, ha determinato un significativo mutamento del ruolo del soggetto privato, il quale viene in tal modo ad assumere una specifica responsabilità sociale.

Dal rinnovato quadro costituzionale, pertanto, è derivato per il legislatore nazionale e, in particolar modo, per il legislatore regionale, il compito di promuovere un modo di amministrare aperto ad accogliere e a promuovere l'autonoma iniziativa civica, tale da realizzare un'integrazione qualificata dalla presenza dell'interesse generale, da cui possa derivare un concreto vantaggio per la funzionalità dell'amministrazione e la qualità dei servizi.

L'analisi condotta nelle pagine precedenti, tuttavia, ha evidenziato come l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale da parte della legge della Regione Umbria n. 16/2006 sia da considerarsi incompleta ed insoddisfacente, in quanto caratterizzata da eccessivi margini di discrezionalità in capo all'amministrazione nella valutazione e nella conseguente selezione delle attività private che, in quanto espletate per il perseguimento di un interesse generale, siano ritenute meritevoli di essere favorite per il tramite di benefici economici e finanziari.

ALESSANDRO FORMICA

⁽⁴²⁾ PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in ARENA (a cura di), *Studi in onore di G. Berti*, cit., 1761 ss.

LA NATURA DEL *DOMAIN NAME*, UNA QUESTIONE GIURIDICA ANCORA APERTA

SOMMARIO: 1. - *Premessa storica.* - 2. *La corsa di nomi di dominio.* - 3. *Brevemente sugli aspetti tecnici.* 4. - *Registration Nanning Authority.* - 5. *La natura del nome dominio.* - 6. *Contestazione e soluzioni delle controversie.*

1. Premessa storica

I rapporti tra *domain names* e diritti di proprietà intellettuale sono complessi ed oggetto di dibattiti accesi.

La risposta ai numerosi interrogativi circa la natura e la disciplina applicabile al nome a dominio non è facile atteso che gli istituti di diritto industriale ai quali si tenta di ricondurlo risalgono a tempi in cui non si immaginava nemmeno l'avvento delle comunicazioni telematiche⁽¹⁾.

L'invenzione del sistema DNS è dovuta a Paul Mockapetris, Jon Postel e Craig Partridge, i quali misero a punto nel 1983 una tecnologia deputata alla trasposizione degli indirizzi numerici IP, già utilizzati nelle reti informatiche, in nomi.

La loro intuizione fu di comprendere che l'utilizzabilità su larga scala di Internet era subordinata alla possibilità di associare dei nomi alfabetici agli aridi IP. Si tratta, senz'altro, dell'evoluzione di Internet più interessante.

Essa ha permesso l'utilizzazione della rete da parte di tutti grazie al fatto che la mente umana ha certamente maggiore facilità nel ricordare nomi testuali rispetto a lunghe stringhe numeriche⁽²⁾.

In tal modo, mentre gli *host* ed i *router* dialogano – e sono raggiungibili – tramite gli indirizzi IP numerici, l'utente digita sul proprio browser

⁽¹⁾ Dall'introduzione di FUSI al volume AA.VV., *Nomi di dominio, marchi e copyright, proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, a cura di VACCA, Milano, 2005.

⁽²⁾ VARI, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001, 12.

un nome comune facilmente ricordabile. Per fare un calzante esempio si pensi alla praticità che tutti noi incontreremmo se ci potessimo telefonare digitando un nome al posto di un numero ⁽³⁾.

Un dominio Internet è, quindi, un identificativo mondiale per una persona fisica, un'azienda o qualsiasi altro ente che ne consente l'individuazione dell'indirizzo IP ⁽⁴⁾.

La scelta del nome di dominio varia in base alle esigenze personali e deve permettere agli utenti di Internet di collegare un soggetto economico o giuridico al suo sito Internet ed alle caselle di posta elettronica.

I domini Internet sono composti da due o più parti separate da punti: il nome, ossia la parte che identificherà il dominio, e l'estensione, la quale identifica normalmente la nazione dove è mantenuto il dominio, oppure il tipo di contenuti del sito.

Il sistema dei nomi di dominio è reso possibile da un *database* costituito da *server* DNS, il quale consente di attribuire più nomi allo stesso indirizzo IP per rappresentare diversi servizi o funzioni forniti da uno stesso *host* ⁽⁵⁾.

Un utilizzo molto popolare di questo meccanismo è il cosiddetto *virtual hosting* basato sui nomi. Si tratta di una tecnica che permette ad un *web server* dotato di una singola interfaccia di rete e di un singolo indirizzo IP di ospitare più domini sul medesimo computer, usando l'indirizzo alfanumerico trasmesso nell'*header* HTTP per identificare quello per il quale viene fatta la richiesta.

Un dominio è, quindi, costituito da una serie di stringhe separate da punti come, ad esempio, www.unipg.it.

A differenza degli indirizzi IP, dove la parte più importante del numero è la prima partendo da sinistra, in un *domain name* la parte più importante è la prima partendo da destra. Questa è detta dominio di primo livello o *Top Level Domain* generico ⁽⁶⁾.

I più diffusi TLD sono i c.d. .com che contrassegnano i siti statunitensi o, perlomeno, a contenuto commerciale nati negli USA.

Un dominio di secondo livello consta, invece, di due parti, così come quello di terzo e di quarto è composto rispettivamente da due e da tre

⁽³⁾ Negli USA sono largamente diffusi da tempo i numeri verdi del tipo *telephone mnemonics numbers* come 1.800.CALL ME, i quali fanno leva sull'associazione ad una parola dei numeri corrispondenti sulla tastiera telefonica. Ad esempio un medico potrà servirsi del 1.800.DOCTOR che corrisponde al 1.800.63342. È evidente l'effetto memoria di tale sistema.

⁽⁴⁾ BORRUSO, DI GIORGI, MATTIOLI, RAGONA, *L'informatica del Diritto*, in *Informatica e Ordinamento Giuridico* diretta da NOVELLI, Milano, 2007, 56.

⁽⁵⁾ VARI, *op. cit.*, 13.

⁽⁶⁾ I cc.dd. *Top Level Domain* o suffissi geografici – TLD – sono i .it o .uk, in BORRUSO, DI GIORGI, MATTIOLI, RAGONA, *cit.*, 59.

parti ⁽⁷⁾. Ogni successivo elemento specifica un'ulteriore suddivisione.

Quando un dominio di secondo livello viene registrato, l'assegnatario sarà autorizzato ad usare i nomi relativi ai successivi livelli e così via ⁽⁸⁾.

I numeri IP associati ad un nome di dominio possono cambiare nel tempo, permettendo ad esempio di assegnare un nuovo indirizzo IP ad un *server*, di modo che questo continui a rispondere al nome già noto agli utenti ⁽⁹⁾. Un nome di dominio può essere parte tanto di un URL quanto di un indirizzo e-mail ⁽¹⁰⁾.

Entrambi rappresentano gli strumenti maggiormente utilizzati per identificare una risorsa su Internet, fatto che spiega il forte interesse intorno ai nomi di dominio.

La maggior parte dei *domain names* per *server* presentano nella parte sinistra la stringa di caratteri *www.*. Ciò non è, tuttavia, sempre necessario ed in molti casi il nome che segue il *www.* conduce comunque alla stessa pagina ⁽¹¹⁾.

Qualsiasi rete IP può usare il DNS per realizzare un proprio sistema di nomi. Tuttavia, il termine nome di dominio è più comunemente utilizzato quando si riferisce al sistema pubblico dei DNS su Internet.

Quest'ultimo è basato su 13 *root server* universali, i cui indirizzi IP sono distribuiti indipendentemente dal DNS tramite un file detto *root hints* (indizi per la radice). Da questi *server* principali, il DNS viene poi delegato ad altri *server* DNS che si occupano dei nomi all'interno di parti specifiche dello spazio dei nomi DNS.

Dieci dei tredici *root server* sono, almeno nominalmente, situati negli USA. Tuttavia, poiché l'accesso a molti di essi è realizzato tramite un indirizzamento ⁽¹²⁾ che permette di assegnare a più computer lo stesso indirizzo IP per fornire un servizio uniforme su vaste aree geografiche, la maggior parte dei *server* sono in effetti localizzati al di fuori degli Stati Uniti.

⁽⁷⁾ Sono di secondo livello *unipg.it*, e di terzo livello *ordineavvocati.perugia.it*.

⁽⁸⁾ Ad esempio l'assegnatario di *unipg.it* potrà senz'altro utilizzare un ipotetico *giuris.unipg.it*.

⁽⁹⁾ SCAVIZZI, *Nomi di dominio*, in *Il nuovo dir.*, 733 ss.

⁽¹⁰⁾ Come nel caso di *www.unipg.it* e *utente@unipg.it*.

⁽¹¹⁾ Se digitiamo *unipg.it* tralasciando il prefisso *www.*, il browser non fatterà a condurci al server richiesto.

⁽¹²⁾ In Internet, un indirizzo di tipo *anycast* è un indirizzo IP che può corrispondere a più di un *host* sulla rete. Quando un pacchetto viene inviato ad un indirizzo *anycast*, la rete lo consegnerà ad uno qualsiasi tra quelli associati all'indirizzo, tipicamente al più vicino. Questa tecnica viene utilizzata per distribuire il carico ed aumentare l'affidabilità di servizi essenziali per il funzionamento della rete, come il DNS.

In un sempre crescente numero di domini, il “proprietario”⁽¹³⁾ di un nome è rintracciabile in un *database* chiamato *Whois*⁽¹⁴⁾. Molti domini di primo livello si trovano registrati in un *Whois* base gestito dallo IANA.

2. La corsa ai nomi di dominio

Per la relativa novità del fenomeno Internet, il criterio invalso sinora in tema di acquisizione di nomi a dominio è stato quello cronologico *prior in tempore potior in iure*⁽¹⁵⁾.

Quando si vuole dare vita ad un proprio sito, si cerca di registrare il dominio ad hoc più conveniente e logico, che consenta di essere sul *web* in maniera inconfondibile. Si pensi ad una impresa che voglia essere presente su Internet ovvero ad una nota attrice che desideri avere una pagina personale con notizie e foto a disposizione del pubblico.

Una volta che questi abbiano realizzato il contenuto del sito, dovranno decidere il nome da utilizzare. Naturalmente l'impresa prediligerà un nome che sia distintivo della propria attività⁽¹⁶⁾, così come l'attrice opererà per il nome proprio o per lo pseudonimo.

Effettuata la scelta del dominio, si dovrà solo prendere contatto con una delle organizzazioni che si occupa di tale servizio e chiedere la registrazione del nome come dominio.

Per poter acquistare e registrare un dominio italiano o internazionale bisogna rivolgersi a compagnie che offrono servizi Internet e sono specificatamente incaricate ed autorizzate alla vendita.

Nel 1999 è stata costituita l'ICANN al fine di garantire un regime concorrenziale e regolare del mercato delle registrazioni dei domini⁽¹⁷⁾.

Non è, infatti, un'ipotesi astratta quella dello sconosciuto, ma abile internauta, che abbia provveduto a registrare per sé il nome di personaggi o aziende famose. Solitamente si tratta di persone che, avendo preveduto la evoluzione di Internet, hanno registrato i nomi più comuni,

⁽¹³⁾ Si ricorda che tale termine è inappropriato con riferimento al rapporto giuridico con il soggetto utilizzatore di un dominio. Costui è più propriamente un licenziatario.

⁽¹⁴⁾ *Who is* si traduce letteralmente come chi è. Si intende, naturalmente, chi ha registrato un *domain name*. Si tratta ad esempio di www.nic.it/cgi-bin/Whois/encodedWhois.cgi.

⁽¹⁵⁾ SCAVIZZI, *Nomi di dominio*, in *Nuovo dir.*, 2006, 739, parla di *first come, first served*.

⁽¹⁶⁾ Che sarà la ditta, la ragione o denominazione sociale a seconda che ci tratti di imprenditore individuale ovvero società di persone o di capitali.

⁽¹⁷⁾ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, in DESSI, *Il domain name*, in *Studium Iuris*, 2002, 1507.

quelli dei personaggi famosi e di grandi imprese commerciali con il fine di rivenderli a questi a caro prezzo.

Il fenomeno non deve meravigliare più di tanto poiché tutto ciò è stato reso possibile dal già citato vuoto normativo riguardo al *web*, oltre all'incertezza legata agli aspetti tecnici del *domain name* ⁽¹⁸⁾.

Sorge, quindi, il quesito relativo al mancato ricorso ai principi generali del diritto per i quali il nome di una persona fisica o giuridica rappresenta un diritto fondamentale della stessa ⁽¹⁹⁾.

La risposta ad un simile interrogativo non può essere individuata solo nel vuoto normativo circa la nuova tecnologia, ma richiede una riflessione che tenga conto di una complessità di fattori che andremo ad analizzare in seguito.

Facendo un passo indietro ci si deve chiedere come rimediare all'inconveniente di trovare il proprio nome da altri già associato ad un sito ⁽²⁰⁾. Sarà utile, dapprima, provare un dominio simile, oppure optare per un *Top Level Domain* generico diverso da agganciare al proprio nome ⁽²¹⁾.

Qualora nessuno dei nomi scelti sia libero, la prima soluzione utile potrebbe essere di cambiare completamente il nome, non dimenticando di adottarne uno che abbia un legame con la propria attività o persona.

Quanto detto non è raro ma rappresenta, addirittura, la normalità poiché per anni è stato registrato tutto quanto si potesse successivamente rivendere²². Non bisogna dimenticare che per tale scopo sono state create apposite società che hanno come esclusivo oggetto sociale l'attività di compravendita di nomi di dominio precedentemente registrati ⁽²³⁾.

Il dominio, come detto, è di fondamentale importanza per l'immagine di una azienda, in quanto la può distinguere in modo inequivocabile nell'infinito mondo di Internet.

Si consideri, tuttavia, che l'acquisto del nome non richiede necessariamente riferimenti al marchio o ad altri diritti commerciali. È, peraltro, possibile registrare un indirizzo *web* anche per chi non abbia la

⁽¹⁸⁾ BORRUSO, DI GIORGI, MATTIOLI, RAGONA, *cit.*, 56.

⁽¹⁹⁾ CASSANO, *Diritto dell'Internet, il sistema di tutele della persona*, Milano, 2005, 223.

⁽²⁰⁾ Il c.d. *cybersquatting*.

⁽²¹⁾ Ipotizzando che unipg.it fosse stato registrato da un soggetto estraneo all'istituzione si sarebbe potuto valutare la scelta del dominio unipg.edu ovvero .org o .uni.

⁽²²⁾ Il c.d. *domain grabbing*, dal verbo inglese *to grab* che significa ghermire, agguantare.

⁽²³⁾ TOSI, *Pratiche confusorie online 'vecchie' e 'nuove' tra contraffazione del marchio e concorrenza sleale*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright, Proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, a cura di VACCÀ, Milano, 2005, 94 ss.

titolarità del marchio aziendale usato, ovvero non abbia alcun marchio registrato.

La vendita del dominio, come usualmente ed impropriamente si indica il trasferimento di diritti su un nome a dominio, non rappresenta il concetto esatto a cui si fa riferimento, atteso che con la registrazione si ottiene solo il diritto di occupare per un determinato periodo di tempo un indirizzo di rete con un certo nome e non la proprietà dello stesso.

Il *domain name* potrà, infatti, essere successivamente trasferito ad altri qualora il titolare della registrazione non effettui il rinnovo della stessa, anche quando il nome sia corrispondente ad un marchio registrato famoso.

Gli esempi sono numerosi ed eclatanti sia riguardo a persone fisiche che ad imprese, incluse quelle che “fanno Internet”.

In questi anni la rapace registrazione dei domini è stata paragonabile solo all'accaparramento di terre nel nuovo mondo ed alla corsa all'oro nel Klondike secondo il principio *first come, first served* ⁽²⁴⁾.

Per tutti si può citare il caso del motore di ricerca *Altavista*, il cui indirizzo era stato registrato da qualcuno che, dopo una estenuante trattativa, ha ottenuto l'incredibile offerta di circa \$ 5,5 milioni – dalla *Compaq*, proprietaria di *Digital Equipment*, la società che ha sviluppato il motore di ricerca – per acquistare il prezioso dominio.

Infatti, fino al 1998, digitando www.altavista.com si accedeva ad un sito di inserzioni pubblicitarie che, grazie all'omonimia, veniva visitato da centinaia di migliaia di persone al giorno.

Va, tuttavia, precisato come non sia sufficiente registrare un nome a dominio per garantirsi la titolarità, essendo necessario che l'assegnatario del nome lo usi concretamente nel periodo di concessione. Ciò serve ad evitare che venga fatta solo speculazione in tale sistema.

L'assegnatario del dominio *Altavista.com* aveva, infatti, provveduto a mettere *online*, all'indirizzo URL associato, una serie di pagine di inserzioni pubblicitarie a pagamento con opportuni collegamenti agli sponsor.

Vale solo la pena accennare al meccanismo che consente ad un sito – ma anche ad un giornale o ad una tv – di sopravvivere: quanto più un URL viene visitato tanto più elevato sarà il rating ottenibile in sede di indicizzazione da parte dei motori di ricerca e, pertanto, più numerosi saranno gli operatori commerciali ad essere disposti a pagare il titolare del sito per piazzare le proprie pubblicità su questo ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Principio sancito nel Regolamento di *naming* – la c.d. assegnazione – versione 3.9, a cui, per contro, la Giurisprudenza non riconosce alcuna efficacia in ragione del fatto che manca del requisito formale di fonte vincolante.

⁽²⁵⁾ SCORZA, *Il Diritto dei consumatori e della concorrenza in Internet, pubblicità*,

Tra coloro che hanno acquistato il nome di dominio a prezzi esorbitanti si contano oltre al cantante Phil Collins, grandi aziende come *McDonald's*, emittenti televisive come *MTV* e, addirittura, nazioni come l'Afghanistan, facendo la fortuna di tanti furbi.

Senonché, non tutti coloro che hanno registrato nomi di dominio importanti si sono potuti sfregare le mani. L'impresa od il personaggio famoso possono sperare di ricorrere allo stratagemma testé descritto di associare al proprio dominio un *Top Level Domain* generico diverso ⁽²⁶⁾.

In questa ottica è stato a lungo auspicato un intervento riordinatore che evitasse una smisurata ed incontrollata proliferazione di suffissi generici che non fanno che creare ulteriore confusione ⁽²⁷⁾.

3. Brevemente sugli aspetti tecnici

Il nome di dominio italiano .it non può essere composto da un numero di caratteri superiore a 63 né inferiore a 3, mentre quelli internazionali⁽²⁸⁾ non possono eccedere i 67.

I caratteri utilizzabili per i domini sono le lettere dell'alfabeto inglese, i numeri da 0 a 9 ed il segno - (meno o trattino).

È ormai molto diffuso il dominio europeo .eu, il quale può essere registrato solo ed esclusivamente da certe categorie, quali imprese, organizzazioni, persone fisiche che abbiano la propria sede legale, amministrazione centrale o sede d'affari principale nel territorio della Comunità Europea CE. In tale ultimo caso la lunghezza del nome può variare da un minimo di 2 ad un massimo di 63 caratteri.

I domini geografici possono essere assegnati solo sotto la struttura geografica predefinita, costruita con i nomi e le sigle delle province e delle regioni italiane, nonché, al di sotto delle province, con il nome di un comune italiano. È geografico un dominio del tipo comune.perugia.it, ovvero un qualsiasi nome che contenga una indicazione di tipo geografico definito relativo all'attività del richiedente.

Esistono, peraltro, estensioni del tipo .pg.it, le quali fanno riferimento ad una provincia italiana; .at.it indicherà Asti, mentre .co.it Como.

privacy, contratti, concorrenza e proprietà intellettuale nel cyberspazio, introduzione di BORRUSO, Padova, 2006, 175.

⁽²⁶⁾ Sono già in uso da tempo il .firm per aziende, il .store per il commercio con vendita *online*, il .web per le strutture che esercitano attività correlate al World Wide Web, il .arts per gli enti con attività culturali e ricreative, il .rec per il *recreational* od *entertainment*, .info per chi offre servizi di informazione e .nom per i nomi individuali o personali.

⁽²⁷⁾ BORRUSO, DI GIORGI, MATTIOLI, RAGONA, *L'informatica del Diritto*, in *Informatica e Ordinamento Giuridico* diretta da NOVELLI, Milano, 2007, *passim*.

⁽²⁸⁾ I già citati .com, .org e .net, ecc.

Per registrare domini di questo tipo non occorre risiedere o avere un'attività in quell'ambito territoriale, ma tali lettere potranno corrispondere solo alle sigle delle province italiane.

La richiesta di un dominio come *maviorossi.dr.it* verrebbe di certo respinta dall'Autorità competente perché non esiste nessuna provincia italiana con sigla *dr*, mentre non vi sarebbero problemi circa un dominio come *maviorossi.pg.it*.

Domini di terzo livello come questi vengono spesso usati per creare giochi di parole in inglese che consentono una facile memorizzazione⁽²⁹⁾.

Un altro dominio di primo livello che si sta diffondendo rapidamente è il *.mobi*, il quale è dedicato ai dispositivi mobili che richiedono specifici adattamenti, tra cui i cellulari ed i palmari.

Esso distingue i siti con contenuti agevolmente gestibili da tali apparati che, senza opportuni accorgimenti, faticherebbero ad aprire. Per questo, tutti i siti *.mobi* devono rispettare degli standard che garantiscano all'utente finale una perfetta visualizzazione dei siti tramite i loro dispositivi. Quanto alle regole applicabili alle registrazioni si può fare riferimento a quelle valide per il dominio nazionale *.it* elaborate da apposite Autorità.

La c.d. *Naming Authority* ha stabilito un regolamento contenente le norme per l'assegnazione dei Nomi a Dominio all'interno del *Top Level Domain* di cui è titolare, sia per quel che riguarda gli standard *Internet Protocol Suite* (IPS) sia per quelli *Open System Interconnection* (OSI)⁽³⁰⁾.

La principale funzione della *Naming Authority*, prima del suo scioglimento avvenuto nel 2005⁽³¹⁾, era di produrre le regole e le procedure in base alle quali venivano assegnati i nomi a dominio in Italia, il *country code TLD .it*⁽³²⁾.

Il compito di effettuare le assegnazioni dei nomi a dominio in Italia spettava, invece, alla *Registration Authority*, che operava seguendo le Regole e le Procedure stabilite dalla *Naming Authority*.

I rapporti tra la queste due istituzioni erano disciplinati da un *Me-*

⁽²⁹⁾ Si pensi ai vari *think.to.it*, *what.is.it*, *let.do.it*, ecc., che significano pensaci, che cos'è, fallo, ed hanno una enorme capacità distintiva oltre a permettere una facile memorizzazione.

⁽³⁰⁾ Si tratta, rispettivamente, dell'insieme di protocolli di rete che rende possibile utilizzare la tecnologia su cui funziona Internet (IPS), come ad es. HTTP, HTTPS, SMTP, POP3, IMAP, ed FTP, e dello standard costituito da una pila di protocolli attraverso i quali viene ridotta la complessità implementativa di un sistema di comunicazione per il *networking* (OSI).

⁽³¹⁾ La *Naming Authority* Italiana è stata chiusa a seguito delle decisioni assunte durante l'assemblea degli iscritti all'associazione tenutasi a Milano il giorno 12 luglio 2005.

⁽³²⁾ SCANZZI, *Nomi di dominio*, in *Il nuovo dir.*, 2006, 741.

morandum of Understanding (MoU), sotto la supervisione del Ministero delle Comunicazioni. Tale fonte era parte integrante delle Regole di *naming* fino ad allora in vigore.

4. Registration e Naming Authority

Esistono numerosi enti con funzioni diverse che si occupano della gestione del fenomeno dei nomi di dominio. In questa selva di sigle è conveniente fare un poco di chiarezza per quanto possibile.

La *Registration Authority* italiana, oltre a gestire il *database* ⁽³³⁾ dei nomi a dominio sotto il *country code Top Level Domain .it*, provvede alla registrazione ed alla assegnazione in uso dei nomi a dominio all'interno dello stesso TLD ⁽³⁴⁾.

A tale ente è affidata la verifica della rispondenza delle richieste di assegnazione dei nomi di dominio al Regolamento di *Naming* ed alle Procedure Tecniche di Registrazione.

Per quanto concerne i TLD *.com* la questione è diversa, atteso che Internet ha avuto il suo primo sviluppo negli Usa dove è nato anche tale dominio.

La responsabilità di assegnare gli indirizzi IP e l'identificatore di protocollo, oltre che di gestire il sistema dei nomi a dominio di primo livello generico (gTLD) e del codice internazionale (ccTLD) nonché i sistemi di *root server* era inizialmente attribuita dal governo degli Stati Uniti allo IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*), a cui ICANN si è sostituito nel 1999, e da altri enti.

Negli *States* la questione è stata gestita fino al 1998, in una situazione di monopolio pressoché di fatto, dalla *Network Solutions*, una società della Virginia che manteneva (ed ha mantenuto sino al 2003) il *database* di tutti i siti Internet fino a quel momento esistenti (oltre sei milioni), con il compito di assegnare il TLD, compreso il nevralgico *.com*.

Tornando all'ambito italiano, le nuove regole per l'assegnazione dei domini *.it* ⁽³⁵⁾ sono state le prime varate sotto il nuovo assetto relativo

⁽³³⁾ Detto anche Registro dei Nomi Assegnati (RNA).

⁽³⁴⁾ In particolare la RA si occupa dei: 1) nomi a dominio secondo lo standard ISO/IEC 10021; 2) nomi a dominio secondo gli standard IPS RFC822, RFC1034, RFC1035; c) regole di traduzione tra lo standard ISO/IEC 10021 (ITU X.400) e IPS RFC822 secondo lo standard IPS MIXER (RFC2156); d) "*relative distinguished names*" secondo lo standard ITU X.500 e successivi aggiornamenti.

⁽³⁵⁾ Il regolamento di assegnazione e gestione dei nomi a dominio nell'ambito del *country code Top Level Domain .it* – ccTLD – è soggetto a modificazioni ed integrazioni sulla base delle determinazioni assunte dall'Istituto di Informatica e Telematica del CNR, previo parere della Commissione Regole. Il regolamento in vigore è la versione 5.0.2 entrato in vigore il 24 gennaio 2008.

alla regolamentazione del suffisso in questione, passata dalla *Naming Authority* alla Commissione per le regole istituita d'accordo con l'IIT⁽³⁶⁾ del CNR e le altre parti interessate dalla gestione del .it.

Per anni, soprattutto a seguito dell'emanazione da parte dello IAT-CNR⁽³⁷⁾ del documento sulla struttura regolamentare per la definizione delle procedure di registrazione dei nomi a dominio, si è avuto un vivace dibattito che ha coinvolto la *Naming Authority* italiana.

Con tale documento, l'Istituto del CNR, oltre a confermare le difficoltà della *Naming Authority* a gestire il fenomeno del nome a dominio, ha costituito in seno a se stesso un comitato di regolamentazione composto da 14 membri destinato a sostituire la *Naming Authority*.

Quando furono introdotti i primi domini Internet nazionali⁽³⁸⁾, la Comunità Internet italiana rappresentò all'*Internet Assigned Number Authority* (IANA) l'intenzione di accettare che la gestione dei nomi fosse assegnata all'allora CNUCE, poi IAT del CNR.

Tale accordo è stato ribadito con l'assunzione da parte dell'ICANN delle funzioni dello IANA, l'agenzia che ha avuto il compito di coordinare e far corrispondere gli indirizzi numerici di Internet con quelli letterali.

L'ICANN è l'organizzazione non profit che dal 1999 ha preso il posto di IANA nel controllo dell'allocazione dello spazio per gli indirizzi IP, nell'assegnazione di parametri dai valori univoci per i protocolli Internet, con funzioni di gestione del *Domain name System* (DNS).

Tra le strutture con competenza geografica per l'Italia, vi è il già citato Istituto per le Applicazioni Telematiche del CNR (IAT-CNR) che, in seguito alla riorganizzazione dell'ente di ricerca, è stato accorpato nel nuovo Istituto di Informatica e Telematica (IIT).

La *Registration Authority* è, invece, responsabile dell'assegnazione dei nomi a dominio nel *Top Level Domain* .it, ed i suoi servizi sono riservati ai *provider* o *maintainer*, cioè a quegli enti che registrano domini per conto terzi, o a quelle persone fisiche o giuridiche che intendono gestire direttamente le proprie reti, senza passare da questi.

Le funzioni di *Registration Authority* assunte dallo IIT-CNR sono certamente conseguenza della autorevole posizione ricoperta nella comunità scientifica nazionale ed internazionale quale Ente pubblico di ricerca. L'importante attività di Autorità per la registrazione è stata affidata

⁽³⁶⁾ È l'Istituto di Informatica e Telematica del CNR che ha preso il posto dello IAT.

⁽³⁷⁾ Si tratta dell'Istituto per le Applicazioni Telematiche del Consiglio Nazionale delle Ricerche che in seguito alla riorganizzazione è stato accorpato nell'Istituto di Informatica e Telematica IIT.

⁽³⁸⁾ Nel 1994 i domini nazionali attivi erano solo 153! Statistiche raccolte dal sito. www.nic.it.

ai tecnici dell'istituto presso il CNR anche sulla base delle riconosciute competenze acquisite dal suddetto ente per avere diffuso il protocollo IP nell'ambiente della ricerca italiana a partire dalla metà degli anni '80.

La *Naming Authority* (NA), in base alla normativa ISO 6523, rappresentava, invece, l'organismo che stabiliva le procedure operative ed il regolamento della *Registration Authority* nazionale e, per questo i due enti sono sempre rimasti separati ed indipendenti.

Oggi i domini .it attivi sono in continuo aumento e superano l'incredibile cifra di 1.517.476 nomi presenti nel *Whois* italiano ⁽³⁹⁾, e si pensi che la RA ha contato circa 160.000 nuove richieste di registrazioni nel 2006 con un costante incremento di circa il 20 % annuo dal 1996 ad oggi.

Per anni si è studiato un progetto di legge che fosse idoneo a gestire un simile fenomeno. In Parlamento si sono scontrate due diverse visioni della problematica: quella dei c.d. tecnici, sostenuta dai componenti della NA ⁽⁴⁰⁾, e quella dei giuristi.

La contrapposizione aveva ad oggetto, tra l'altro, la natura giuridica pubblicistica o privatistica della *Naming Authority* e la validità delle norme emanate da tale ente, le quali avrebbero richiesto un continuo aggiornamento.

L'esistenza di due entità distinte, una con il compito di stabilire le regole secondo cui si possono richiedere nomi a dominio – la *Naming Authority* –, l'altra con quello di gestire operativamente il registro – la *Registration Authority* –, sembra inattaccabile, ma difetta del presupposto essenziale della legittimazione della NA a stabilire le regole per la RA.

Come si può comprendere da quanto detto finora, di fatto non esiste una vera e propria *Naming Authority* atteso che i compiti di questa sono stati svolti dallo IIT del CNR. Logica conseguenza di ciò è che fintanto che le norme sono state emanate dalla NA esse erano suscettibili di contestazione.

Si pensi che la Giurisprudenza adita per dirimere le controversie aventi ad oggetto i nomi a dominio si è molto spesso discostata dalle regole di *naming* ⁽⁴¹⁾.

Vi è, tuttavia, l'altra faccia della medaglia per cui la NA avrebbe avuto una informale legittimazione internazionale come organismo per il funzionamento della rete.

Dopo il 2005 le funzioni di *Registration Authority* sono passate in

⁽³⁹⁾ Statistiche aggiornate alle ore 12:00 del 15 aprile 2008 dal sito di www.nic.it.

⁽⁴⁰⁾ Fautore della prima proposta è stato l'allora Presidente della *Naming Authority* D'Allocchio.

⁽⁴¹⁾ CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e garanzia: profili problematici*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2008, I, 32.

consegna al NIC italiano (*Network Information Center*) il quale si serve del IIT-CNR per le registrazioni secondo le regole dettate dalla apposita Commissione Regole istituita in seno al NIC stesso.

Le procedure prevedono che il richiedente compili una Lettera di Assunzione di Responsabilità (LAR) per il dominio che desidera registrare ed inviarla al NIC ⁽⁴²⁾.

I domini sono stati finora assegnati dalla *Registration Authority* in base all'ordine di arrivo delle Lettere di Assunzione di Responsabilità, con la conseguenza che era di fondamentale importanza che il richiedente provvedesse a tale invio immediatamente dopo l'ordine, in modo da non perdere la priorità di registrazione.

Un fenomeno, quest'ultimo, che può essere assimilato sotto certi aspetti alla priorità della registrazione di un trasferimento immobiliare.

In tale quadro è stato a lungo auspicato un intervento da parte del legislatore che fosse in grado di ordinare incontestabilmente il campo e, pertanto, di stemperare il dibattito. Infatti, come in ogni altro campo nel quale si sperimenti una così rapida espansione, anche intorno ai nomi di dominio vivono come parassiti molti approfittatori.

Le norme in materia non devono essere eccessivamente rigide ma è conveniente che esse siano flessibili e suscettibili di continuo adeguamento al progresso tecnico, nel tentativo di creare un sistema giuridico efficiente.

Il primo intervento legislativo in materia è dato dal D. Lgs. 30/05, il c.d. Codice della Proprietà Industriale, nel quale si fa riferimento, per la prima volta, al *domain name*.

5. La natura del nome di dominio

Dopo aver fatto una premessa sugli aspetti tecnici più importanti del *domain name*, bisogna ora cercare di qualificarlo dal un punto di vista giuridico.

Si tratta di un problema, tutt'altro che di facile soluzione, che ha enorme importanza, atteso che solo determinandone la natura giuridica è possibile applicare al nome a dominio, al suo titolare ed ai terzi interessati, una adeguata tutela ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Secondo l'art. 4.1 del Regolamento di Assegnazione e Gestione dei nomi a dominio nel ccTLD ".it" l'ordine cronologico delle richieste di registrazione è dato dal ricevimento, da parte del Registro, della lettera di assunzione di responsabilità – di seguito LAR – debitamente compilata e firmata dal Registrante ed inviata a cura dell'MNT al Registro. Il Registro assume che l'MNT sia messo preliminarmente a conoscenza dei dati contenuti nella LAR. Le modalità operative generali della RA derivano dalle specifiche ISO 9834-1, RFC1591 e ICANN ICP-1 e successivi aggiornamenti.

⁽⁴³⁾ MONTANARO, *Domain name: tra atipicità e disciplina dei marchi*, in *Il nuovo dir.*, 2007, 368.

Il *domain name* è stato da numerosa Giurisprudenza e Dottrina ricondotto ad un tipo di segno distintivo, con la conseguente applicabilità della disciplina in materia di contraffazione ⁽⁴⁴⁾.

Al contrario, isolata Giurisprudenza ha sostenuto l'ipotesi che il dominio rappresentasse un semplice indirizzo, così che le possibilità di aggredirlo e di difenderlo sarebbero limitate ⁽⁴⁵⁾.

Le due correnti di pensiero sono ben distinte e contrapposte, con una forte prevalenza per la teoria del segno distintivo atipico dell'imprenditore ⁽⁴⁶⁾.

Si è dovuto attendere il 2005, anno dell'avvento del Codice della Proprietà Industriale, il D. Lgs. 30/05, per un primo riferimento legislativo al *domain name*.

Sino a tale momento, tuttavia, per basare le suddette affermazioni è stato fatto esclusivo ricorso alla Giurisprudenza ⁽⁴⁷⁾.

Come si è visto, essa ha prevalentemente optato per l'applicazione delle disposizioni in materia di segni distintivi per disciplinare le ipotesi di abuso che avessero ad oggetto i domini, seguendo l'orientamento statunitense ⁽⁴⁸⁾.

All'interno di questa prevalente teoria, il dominio è stato da alcuni ⁽⁴⁹⁾ accostato per analogia al marchio, con la conseguente applicazione delle disposizioni del Regio Decreto n. 929/42 ⁽⁵⁰⁾.

Non pochi hanno, invece, riconosciuto nel *domain name* una maggiore somiglianza con l'insegna, atteso che il dominio avrebbe la stessa funzione identificativa del luogo in cui l'imprenditore offre i propri prodotti o servizi al pubblico ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁴⁾ LA VILLA, GUIDETTI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, a cura di FRANCESCHELLI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* diretta da BIGIARI, Torino, 2003, I, 675; VARI, *La natura giuridica del nome di dominio*, Padova, 2001, 14, che ammette la natura di segno distintivo atipico.

⁽⁴⁵⁾ Si tratta delle due ordinanze del Tribunale di Firenze del 23 novembre 2000 e del 29 giugno 2000.

⁽⁴⁶⁾ AMBROSINI, *La tutela del nome di dominio, il manuale del dominio .it*, Napoli, 2002, *passim*.

⁽⁴⁷⁾ Per la sua capacità di identificare l'utilizzatore del sito web e di servizi da essi offerti al pubblico, il *domain name* assume le caratteristiche e la funzione di un vero e proprio segno distintivo. Cfr.: ordinanza Trib. Milano, 7 agosto 2001, caso *Viaggi del Ventaglio*, in *Riv. dir. ind.* 2001, II, 444.

⁽⁴⁸⁾ VARI, *La natura giuridica del nome di dominio*, Padova, 2001, 34.

⁽⁴⁹⁾ BENUSSI, *Brevetti, marchio, ditta, insegna*, a cura di Franceschelli, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da BIGIARI, Torino, 2003, 789.

⁽⁵⁰⁾ Cfr.: Trib. Roma, 2 agosto 1997, caso *Porta Portese*, in *Dir. ind.*, 1998, II, 138, con nota di MONTUSCHI; Trib. Reggio Emilia, 30 maggio, 2000, caso *Miss Italia*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2000, 668.

⁽⁵¹⁾ Cfr.: Trib. Modena, 1 agosto 2000, caso *Modena on line*, in *Giur. merito*, 2001,

Quest'orientamento consolidato viene messo a dura prova nel 2000 da un'ordinanza del Tribunale di Firenze ⁽⁵²⁾.

La controversia vedeva coinvolta una compagnia aerea belga ⁽⁵³⁾ che contestava ad una Società commerciale ⁽⁵⁴⁾ l'uso del proprio nome come *domain name*.

La compagnia aerea chiese all'Autorità Giudiziaria italiana di inibire alla società assegnataria l'uso della propria denominazione come nome di dominio, affermando che lo stesso nome corrispondeva al proprio marchio internazionale.

Tuttavia, il Tribunale del capoluogo toscano negò la invocata tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., prendendo, di fatto, una strada diversa dal costante orientamento tendente al riconoscimento del dominio come segno distintivo.

Il Tribunale di Firenze ritenne, infatti, di assimilare il nome a dominio ad un semplice indirizzo tecnico anziché ad un segno identificativo di un soggetto, sortendo la conseguenza di negare la pretesa violazione del marchio – o insegna – d'impresa ⁽⁵⁵⁾.

Qualche mese più tardi intervenne un altro provvedimento della stessa Autorità Giudiziaria che confermò l'orientamento difforme da quello ben consolidato ⁽⁵⁶⁾.

Il Tribunale di Firenze si arroccò in entrambi i casi sull'assunto della mancanza di carattere distintivo nel *domain name*.

La affermazione della suddetta A.G. si basava sulla totale assenza di riferimenti al dominio nelle norme, e non tentava di accostarlo per analogia al complesso sistema dei segni distintivi.

Alla luce della consapevolezza giuridica e tecnica attuale, l'orientamento fiorentino appare, tuttavia, poco giustificabile, atteso che il nostro sistema normativo è sempre stato caratterizzato da una elasticità tale

I, 329, con nota di CASSANO; e Trib. Ivrea, 19 luglio 2000, caso *Italia Online*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 9.

⁽⁵²⁾ Cfr.: Trib. Firenze, 29 giugno 2000, caso *Sabena*, in *Dir. informaz.*, 2000, 672 con nota di SAMMARCO.

⁽⁵³⁾ La compagnia aerea di bandiera del Belgio Sabena che è successivamente fallita e risorta.

⁽⁵⁴⁾ La società A&A che era assegnataria del dominio *sabena.it*.

⁽⁵⁵⁾ Il magistrato non avrebbe adeguatamente motivato la sentenza avendo trascurato del tutto le regole di *naming* italiane – si trattava di un .it – dalle quali si deduceva che il contenuto tecnico del nome di dominio è certamente limitato dai diritti altrui. DAMBROSIO, *La natura giuridica del nome di dominio*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright, proprietà intellettuale ed industriale in internet*, a cura di VACCÀ, Milano, 2005, 8.

⁽⁵⁶⁾ Cfr.: Trib. Firenze, Sez. Dist. Empoli, ord. 13 novembre 2000, caso *Blaupunkt / Nessos Italia S.r.l.* in *Dir. informazione e informatica*, 2001, 509, con nota di CASSANO.

da consentire la regolamentazione di qualunque fenomeno nuovo ⁽⁵⁷⁾.

Sul tema si è registrato disaccordo, e l'orientamento assunto dall'A. G. fiorentina è stato definito riduttivo del fenomeno dei nomi a dominio e non in grado di scorgere la reale funzione da questi svolta ⁽⁵⁸⁾.

Con ogni probabilità l'equivoco fondò le sue radici nella scarsa consapevolezza di quello che il sistema di Internet rappresentava, non limitandosi esso alla interconnessione di computer per la semplice circolazione di informazioni.

La rete è, al contrario, la più grande comunità mondiale che si sia mai avuta e rappresenta un punto di incontro tanto di informazioni quanto di beni e servizi. In tale mercato il dominio assume inevitabilmente il carattere di elemento distintivo – seppur atipico – del soggetto che opera nella rete.

L'orientamento citato non ebbe vita lunga, atteso che quasi nessun altro Giudice vi si accodò, e fu addirittura lo stesso Tribunale di Firenze che, a seguito del reclamo avverso una delle ordinanze citate, invertì la rotta sancendone la fine.

Le decisioni adottate dalle varie Autorità Giudiziarie furono, invero, caratterizzate da conclusioni sempre coerenti, ma perseguite attraverso ragionamenti logici diversi ⁽⁵⁹⁾.

Oltre, infatti, ad accostare il nome di dominio alla disciplina dei segni distintivi, vi fu il tentativo di applicazione della norma in tema di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. ⁽⁶⁰⁾.

Ciò che si evidenzia è, quindi, che la mancanza di una disciplina legale tipica per i nomi a dominio fu efficientemente affrontata dalla Giurisprudenza, ma con giudizi spesso molto discordanti.

In questa divergenza risiedeva la difficoltà di tutelare i nomi a dominio ed i soggetti che vantassero diritti su segni distintivi commerciali che fossero stati registrati da *domain name's grabbers* ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁷⁾ Un fenomeno simile ebbe luogo negli anni '80 con riferimento alla pirateria informatica, rispetto alla quale si contestava l'assenza di norme specifiche negando tutela al software sia in sede penale che in quella civile.

⁽⁵⁸⁾ DAMBROSIO, *La natura giuridica del nome di dominio*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright, proprietà intellettuale ed industriale in internet*, a cura di VACCÀ, Milano, 2005, 9.

⁽⁵⁹⁾ La casistica giurisprudenziale è ampia. Si veda per quanto riguarda l'applicabilità delle norme in tema di segni distintivi Trib. Siracusa, 23 marzo 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 23, con nota di SANTANGELO; Trib. Parma, 26 febbraio 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 350, con nota di TOSI.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Trib. Palermo, 4 dicembre 2001, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 287, con nota di ZIINO; Trib. Messina, 6 novembre 2000, in *Foro It.*, 2001, I, 2032.

⁽⁶¹⁾ LUCAFÒ, *I mezzi di tutela del nome di dominio. Analisi della Giurisprudenza italiana*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright*, a cura di VACCÀ, Milano, 2005, 27.

Si può affermare, pertanto, che un operatore del diritto non può trascurare la conoscenza dei principi base del mondo di Internet oltre che della tecnologia che lo anima. Spesso, infatti, chi si avvale quotidianamente del sistema Internet ignora il significato e dà per scontata la praticità del DNS.

Il nuovo Codice della Proprietà Industriale risolve in parte il buco legislativo che ha consentito molte speculazioni.

Esso si occupa principalmente di brevetti per invenzione, modelli di utilità, disegni e modelli, nuove varietà vegetali, topografie dei prodotti a semiconduttori, delle informazioni aziendali riservate, dei marchi e degli altri segni distintivi.

Il Codice contiene solo un accenno alla materia delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine, la cui complessità necessiterebbe di una normativa *ad hoc*.

Va premesso che la questione dell'individuazione della disciplina del *domain name*, e prima ancora della sua qualificazione giuridica, si presentava particolarmente delicata, atteso che la delega parlamentare in base alla quale il testo unico è stato emanato prevedeva, esclusivamente, un "riassetto delle disposizioni vigenti in materia di proprietà industriale".

Dunque, stante la lettera della legge delega, non potevano dirsi consentiti interventi che esulassero dal semplice adeguamento delle norme esistenti alle questioni poste dalle nuove tecnologie, ed un più ampio intervento avrebbe portato ad un sindacato di legittimità costituzionale per vizio di eccesso di delega.

I compilatori del codice hanno, tuttavia, voluto assicurare ai *domain names* una tutela più pregnante e li hanno equiparati agli altri segni distintivi.

L'articolo 22 del D. Lgs. 30/05 prevede, infatti, il divieto di adozione di un nome di dominio che sia «uguale o simile all'altrui marchio», se a causa dell'identità od affinità «tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni».

Quanto detto vale anche per il caso in cui il dominio aziendale adottato sia «uguale o simile ad un marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, che goda(,) nello Stato(,) di rinomanza se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi».

Posto che il marchio registrato deve essere tutelato anche su Internet, potrebbe, tuttavia, presentarsi la possibilità che un soggetto registri presso l'autorità competente un nome a dominio corrispondente ad un marchio registrato di esclusiva spettanza di un terzo.

Quando il titolare del marchio registrato ritenga che l'utilizzo da

parte di terzi, come nome a dominio, del proprio marchio possa configurare un illecito, potrà esperire i rimedi forniti dalla normativa in tema di marchi e di concorrenza sleale ⁽⁶²⁾.

Chiamata a pronunciarsi sulle numerose fattispecie concretamente verificatesi, la Giurisprudenza ha ribadito che il *domain name* è riconducibile in tutto e per tutto al segno distintivo ⁽⁶³⁾.

Da ciò consegue che l'uso in rete di un *domain name* che riproduca un marchio precedentemente registrato da un terzo integri una ipotesi di contraffazione dello stesso ⁽⁶⁴⁾.

Anche la Dottrina ritiene che, quando il marchio goda di rinomanza, il titolare del dominio sfrutterebbe indebitamente un enorme vantaggio consistente nella confusione della propria attività con quella del titolare del marchio.

Per questa ragione, con il supporto dalla Giurisprudenza oltre che della successiva introduzione del Codice della Proprietà Industriale, si può affermare che solamente il titolare di un marchio registrato abbia il pieno diritto di servirsi dello stesso anche come *domain name* nella propria comunicazione di impresa, sia su Internet che in altre sfere giuridiche ⁽⁶⁵⁾.

6. Contestazioni e soluzione delle controversie

Come si può constatare, intorno ai nomi di dominio gravita una molteplicità di interessi contrapposti e spesso configgenti ⁽⁶⁶⁾. Per questo sono state previste alcune procedure per risolvere le controversie eventualmente insorte.

Nelle regole di *Naming* è previsto che chiunque abbia motivo possa contestare, presso il Registro NIC, i nomi a dominio da esso assegnati in uso e contenuti nel RNA.

Una contestazione ha inizio mediante invio al Registro di una lettera raccomandata, da parte di chi assume di aver subito un pregiudizio a causa di un dominio assegnato in uso a terzi.

⁽⁶²⁾ TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra domain grabbing, linking, framing e meta-tag*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 162.

⁽⁶³⁾ Tra le tante si veda Trib. Bergamo, 5 maggio 2001, caso *P.F.I. Promotion Franchising*, in *Dir. informaz e informat.*, 2001, 735.

⁽⁶⁴⁾ D'AMICO, *Alcuni casi di conflitti tra marchi e nomi di dominio e loro genesi*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright, proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, Milano, 2005, 141.

⁽⁶⁵⁾ MONTANARO, *Domain name: tra atipicità e disciplina dei marchi*, in *Il nuovo dir.*, 2007, 375 ss.

⁽⁶⁶⁾ D'AMICO, *cit.*, 131 ss.

Tale contestazione deve indicare oltre al nome a dominio contestato, i motivi della contestazione ed il pregiudizio subito dal mittente ovvero il diritto che si assume leso.

In caso di contestazione il registro annota nel RNA che il dominio registrato è stato contestato e la data di inizio della procedura.

Questo procedimento riveste i caratteri di celerità ed efficienza atteso che, entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione della lettera, il NIC comunica per posta elettronica all'assegnatario la contestazione dell'oggetto a lui assegnato, invitando entrambe le parti a dar inizio all'arbitrato di cui all'art. 15 del regolamento od alla procedura di riassegnazione del nome a dominio di cui al successivo art. 16.

La comunicazione all'assegnatario del dominio contestato deve contenere tutte le informazioni rilevanti alla contestazione, comprese quelle non disponibili per la consultazione pubblica nel RNA.

In pendenza di detta procedura il Registro non prende parte alla risoluzione della controversia ma resta neutrale.

Solo nel caso in cui la contestazione non possa essere conclusa amichevolmente, la questione potrà essere devoluta dalle parti al collegio arbitrale. Il contestante potrà anche attivare una procedura di riassegnazione secondo l'articolo 16 del regolamento ⁽⁶⁷⁾.

Al contrario, la contestazione può concludersi positivamente allorché la RA riceva la comunicazione in tal senso da tutte le parti interessate ovvero abbia la comunicazione della decisione arbitrale sulla questione o di una sentenza dell'autorità giudiziaria passata in giudicato.

La contestazione si conclude anche quando la parte che l'ha proposta dia comunicazione della sua volontà di abbandonarla, od anche quando la precedente assegnataria dell'oggetto contestato rinunci alla sua assegnazione, ovvero il Registro proceda alla revoca d'ufficio del nome a dominio ai sensi dell'articolo 11.2 ⁽⁶⁸⁾.

Una contestazione risolta non può essere nuovamente riproposta fra le stesse parti per lo stesso nome a dominio, a meno che la risoluzione non sia stata risolta ai sensi dei precedenti punti 10 e 11 di questo articolo.

Una volta risolta la contestazione, il Registro rimuoverà dal RNA la annotazione dell'avvio della procedura, ovvero ritirerà l'assegnazio-

⁽⁶⁷⁾ La procedura *de qua* viene disciplinata dall'art. 14.6 del regolamento di *naming* disponibile anche all'indirizzo: www.nic.it/NA/regole-naming-curr.html#16.

⁽⁶⁸⁾ Tale regolamento non va confuso con quello di assegnazione e gestione dei nomi a dominio nel ccTLD "it" la cui versione 5.0.2 è entrata in vigore il 24 gennaio 2008 ed è consultabile al www.nic.it/documenti/Regolamento5.0.2.pdf.

ne del nome a dominio contestato a seconda di come si sia conclusa la controversia.

Come si è visto, la procedura di rassegnazione rappresenta la possibile conseguenza di una contestazione relativa ad un nome a dominio .it.

Nel caso di una rimozione del nome a dominio contestato, tuttavia, non si verifica un'automatica assegnazione alla parte che ha iniziato la contestazione. Infatti, al termine della procedura, la RA non rende disponibile il nome a dominio per l'assegnazione per almeno 30 giorni.

Il Registro provvede, infatti, ad invitare la parte che ha iniziato la contestazione ad iniziare la normale procedura per l'assegnazione del nome a dominio.

Se questa non viene iniziata entro 30 giorni dal momento in cui la contestazione è stata risolta, il nome a dominio può essere nuovamente assegnato dal Registro a chiunque ne faccia richiesta.

Tale procedura ha come scopo esclusivo la verifica del titolo all'uso od alla disponibilità del *domain name* e l'indagine sulla malafede del registrante, con la conseguenza che ogni altro tipo di accertamento dovrà essere devoluto ad un giudice ordinario o ad un arbitro ⁽⁶⁹⁾.

Si tratta, pertanto, di un procedimento speciale con il quale si può ottenere solo il provvedimento della rassegnazione del nome a dominio.

La procedura in esame è gestita da appositi enti, detti conduttori, composti da professionisti – i c.d. saggi – che accertano la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 16 del regolamento di *Naming* ⁽⁷⁰⁾.

Se il ricorrente prova la sussistenza delle condizioni senza che il resistente provi a sua volta di avere diritto o titolo in relazione al nome a dominio contestato, quest'ultimo verrà trasferito al ricorrente.

Non v'è dubbio che la procedura sinteticamente descritta sia, almeno in astratto, idonea a risolvere amichevolmente il fenomeno del *domain grabbing*. Ed il crescente successo che questa sta incontrando presso il pubblico non fa che testimoniare la bontà della soluzione rispetto alla strada del ricorso all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

Non mancano alcuni aspetti negativi ma sono certamente meno significativi dei pregi. Alla criticabile evenienza che l'attuazione del-

⁽⁶⁹⁾ VALENTE, *Le controversie relative alla registrazione ed all'utilizzo del domain name: L'arbitrato obbligatorio disciplinato da ICANN*, in *Nomi di dominio, marchi e copyright, Proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, Milano, 2005, 151 ss.

⁽⁷⁰⁾ Le condizioni da accertare sono: a) Il dominio è identico o tale da indurre confusione con un marchio su cui il ricorrente vanta diritti, o col proprio nome e cognome; b) Il resistente non ha alcun diritto o titolo in relazione al nome a dominio contestato; c) Il dominio è stato registrato e viene usato in mala fede.

la decisione sia vanificata dall'instaurazione – entro 15 giorni dalla pronuncia del saggio – di una causa dinanzi all'Autorità Giudiziaria ordinaria si contrappongono la competenza del saggio, i costi contenuti e la celerità della procedura.

La controversia sul *domain name* può essere agevolmente composta anche ricorrendo ad un altro meccanismo ben più rapido della Giustizia ordinaria, che assicura un maggiore grado di soddisfazione per tutte le parti coinvolte.

Oltre alle procedure di contestazione e di riassegnazione del dominio appena viste può darsi luogo all'arbitrato.

Chiunque voglia ottenere l'assegnazione di un dominio, deve necessariamente sottoscrivere ed inviare alla RA la lettera di assunzione della responsabilità, nella quale può essere facoltativamente apposta una clausola compromissoria.

Essa comporta la devoluzione delle eventuali controversie insorte riguardo all'assegnazione di quel nome a dominio ad un collegio di arbitri costituito dal Comitato di arbitrato presso la *Naming Authority* ⁽⁷¹⁾.

Come specificato dal regolamento di *Naming*, si tratta di un c.d. arbitrato irrituale, nel quale, pertanto, gli arbitri giudicano secondo equità.

Ognuna delle parti che intenda promuovere la procedura arbitrale dovrà nominare un proprio arbitro scelto nell'elenco del Comitato di arbitrato istituito presso il NIC italiano.

Il problema che, tuttavia, può insorgere attiene alla possibilità che la controparte non abbia sottoscritto la clausola arbitrale, atteso che per poter attivare un procedimento arbitrale occorre che il consenso sia espresso da entrambe le parti.

Non si tratta di un aspetto di poco conto, tenuto conto che chi agisce non può averne conoscenza se non disponendo della LAR sottoscritta dalla controparte, ovvero consultando il *database* protetto con *password* della *Registration Authority* ⁽⁷²⁾.

I vantaggi dell'arbitrato sono l'elevata competenza tecnico-giuridica dell'arbitro e la speditezza della procedura che deve essere definita entro 90 giorni dalla costituzione del collegio.

Anche l'arbitrato presenta alcuni svantaggi quali la problematica dell'esecuzione della decisione quando una parte non la rispetti.

Tuttavia, si deve rilevare che la procedura presenta alcune positive

⁽⁷¹⁾ La procedura viene descritta al sito sotto il dominio <http://www.nic.it/NA/regole-naming-curr.html#15>.

⁽⁷²⁾ Recandosi al sito <http://www2.nic.it/Maintainer/nic.html>.

particolarità. Le decisioni sono immediatamente esecutive nei confronti della RA ed inoltre gli arbitri possono emettere misure cautelari.

Infine, caratteristica non trascurabile dell'arbitrato è quella degli elevati costi dovuti soprattutto alle parcelle degli arbitri ed alle spese tecniche.

ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ATTO AMMINISTRATIVO – Illegittimità provvedimento – Mancata valutazione di altre soluzioni praticabili – Eccesso di potere per difetto di adeguata istruttoria – Sussistenza, 899.

Atto amministrativo – Illegittimità provvedimento – Motivazione insufficiente – Eccesso di potere – Sussistenza, 899.

Atto amministrativo – Motivazione per relationem – Legittimità – Atto richiamato – Illegittimità per vizio della motivazione – Illegittimità atto richiamante – Sussistenza Atto amministrativo – Omissione del preavviso di rigetto – Illegittimità provvedimento, 899.

BANCHE – Intermediazione finanziaria – Doveri di informazione – Responsabilità dell'intermediario – Caratteristiche dell'investitore – Irrilevanza, 628.

BENI PUBBLICI – Strade vicinali – Cessazione della destinazione ad uso pubblico – Fattispecie – Disuso prolungato ed inerzia della P.A. – Insufficienza, 884.

Beni pubblici – Strade vicinali – Ordinanza di ripristino – Potere di autotutela possessoria – Fattispecie – Sussistenza, 884.

CIRCOLAZIONE STRADALE – Varchi elettronici – Sanzioni – Circolazione di veicoli adibiti al trasporto di persone disabili munite del contrassegno invalidi – Liceità – Collegamento necessario tra il permesso e il veicolo o una o più targhe determinate – Esclusione – Prova – Testimoniale – Rilevanza, 729.

COLPA – Regola cautelare, Comportamento alternativo lecito, 810.

CONCORSO DI PERSONE NEL REATO – Contributo causale del concorrente – Sussistenza – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – Presupposti, 838.

CONTRATTO – Responsabilità contrat-

tuale – Inadempimento – Risoluzione – Negozi fiduciario Interposizione reale – Interposizione fittizia – Presupposti – Fattispecie – Prova, 703.

CORTE DEI CONTI – Controllo sugli enti locali – Oggetto del controllo – Bilancio di previsione, 946.

Corte dei conti – Enti locali – Controllo sul bilancio preventivo – Parametri – Patto di stabilità interno – Inosservanza – Conseguenze, 946.

DELITTI CONTRO LA PERSONALITÀ DELLO STATO – Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale – non necessità della verifica di una struttura associativa – Messa a disposizione di conoscenze suscettibili di essere tradotte in azioni concrete – Sussistenza, 765.

Delitti contro la personalità dello Stato – Nozione di terrorismo internazionale – Indifferenza rispetto all'esistenza di una situazione conflittuale – Natura civile della vittima – Configurabilità, 765.

EDILIZIA ED URBANISTICA – Condono edilizio – Ampliamento di autonoma struttura abitativa – Calcolo del volume, 875.

Edilizia ed Urbanistica – Condono edilizio – Aree vincolate – Potere di qualificare l'abuso – Irrilevanza di ulteriori valutazioni, 875.

Edilizia ed Urbanistica – Condono edilizio – Limiti volumetrici – Ristrutturazione edilizia – Inapplicabilità, 875.

ELEZIONI – Rimozione del crocifisso dal seggio elettorale da parte del suo presidente – Revoca della nomina – Esclusione, 745.

ENTI LOCALI – Sindaco – Ordinanze contingibili ed urgenti – Principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi – Applicabilità, 934.

FALSITÀ IN ATTI – Cartellino marca-tempo – Falso per induzione – Configurabilità, 825.

FILIAZIONE – Accertamento – Cognome del figlio – Criteri, 619.

GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA – Risarcimento dei danni – Lesione di interessi legittimi pretensivi – Condizione di ammissibilità – Possibilità di un giudizio di spettanza del bene della vita, 899.

GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Giurisdizione amministrativa – Fattispecie – Strada vicinale – Ordinanza di ripristino – Sussistenza, 884.

LAVORO (rapporto di) – Lavoro subordinato e associazione in partecipazione – Criteri discretivi – Partecipazione ai ricavi – Compatibilità, 680.

MISURE DI SICUREZZA PATRIMONIALI – Confisca – Bene sottoposto a sequestro preventivo – Bene costituente prezzo di reato – Sussistenza del reato – Confiscabilità del bene, necessario tra il permesso e il veicolo o una o più targhe determinate – Esclusione – Prova, 847.

PERSONA FISICA – Interdizione giudiziale – Presupposti – Fattispecie, 667.

PUBBLICO IMPIEGO – Giurisdizione e competenza – Art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 – Questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza, 919.

RESPONSABILITÀ CIVILE – Attività venatoria – Natura – Danni in materia civile – Danno non patrimoniale – Criteri di liquidazione, 697.

REVISIONE PENALE – Declaratoria di inammissibilità – Presentazione di una nuova richiesta – Requisiti – Inammissibilità, 759

RIFIUTI – Abbandono e deposito incontrollato da parte del titolare di imprese o enti – Rifiuti speciali assimilabili agli urbani – Qualifica – Successione di leggi penali – Successione mediata, 797.

INDICE GENERALE

ANNO XV – 2007

RASSEGNA GIURIDICA UMBRA*Direzione scientifica:*

David Brunelli, Bruno Cavallo, Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Antonio Bartolini, Piero Cenci, Giovanni Dean, Carlo Fiorio, Alessandra Lanciotti, Chiara Lazzari, Livia Mercati, Giovanni Morani, Massimo Ricciarelli, Francesco Scaglione, Stefania Stefanelli, Stelio Zaganelli

Comitato di redazione:

Maria Chiara Bisacci, Giuseppe Carozza, Valentina Colcelli, Daniela Falcinelli, Adele Grimaldi, Federica Mazzasette, Alessandro Ricci, Bruna Ronconi

Direttore responsabile: Dante Duranti

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

	Pag.
<i>DIRITTO CIVILE</i>	
Corte d'appello di Perugia, 22 marzo 2007	1
Tribunale per i minorenni di Perugia 2 febbraio 2007	10
Tribunale per i minorenni di Perugia, 9 marzo 2007	21
Tribunale per i minorenni di Perugia, 19 ottobre 2007	621
Tribunale di Orvieto, 12 giugno 2006	636
Tribunale di Perugia, 6 febbraio 2004	34
Tribunale di Perugia 22 marzo 2005.....	47
Tribunale di Perugia, 29 marzo 2005.....	668
Tribunale di Perugia, 27 aprile 2006	691
Tribunale di Perugia, 22 novembre 2006 (decr.)	56
Tribunale di Perugia, 3 aprile 2007	71
Tribunale di Perugia, 17 gennaio 2008	698
Tribunale di Terni, 8 marzo 2006.....	706
Tribunale di Terni, 14 luglio 2006	78
Tribunale di Terni, 16 agosto 2006.....	104
Tribunale di Terni, 2 marzo 2007.....	732
<i>DIRITTO PENALE</i>	
Corte d'Appello di Perugia, 7 Febbraio 2006.....	119
Corte d'Appello di Perugia, 10 aprile 2006.....	747
Corte d'Appello di Perugia, 5 ottobre 2006.....	136
Corte di Appello di Perugia, 2 novembre 2006	761
Corte d'Appello di Perugia, 15 dicembre 2006.....	145

	Pag.
Corte di Assise di Perugia, 20 dicembre 2006	160
Corte di Assise di Perugia, 3 gennaio 2007.....	199
Tribunale di Perugia, 31 luglio 2007.....	828
Tribunale di Perugia, 10 agosto 2007 (ord.).....	777
Tribunale Monocratico di Perugia, 3 maggio 2005.....	802
Tribunale di Città di Castello, 18 ottobre 2006.....	812
G.U.P. il Tribunale di Orvieto, 20 giugno 2006.....	837
G.U.P. Tribunale di Perugia, 29 settembre 2006.....	258
G.U.P. Tribunale di Perugia, 12 aprile 2007.....	269
G.I.P. Tribunale di Perugia, 2 luglio 2007.....	850

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. Umbria, 5 dicembre 2005	287
T.A.R. Umbria, 18 maggio 2006	297
T.A.R. Umbria, 11 agosto 2006.....	878
T.A.R. Umbria, 25 agosto 2006	321
T.A.R. Umbria, 14 settembre 2006.....	894
T.A.R. Umbria, 3 ottobre 2006.....	343
T.A.R. Umbria, 25 ottobre 2006.....	368
T.A.R. Umbria, 10 gennaio 2007	903
T.A.R. Umbria, 10 gennaio 2007	922
T.A.R. Umbria, 13 aprile 2007.....	937
Corte dei Conti, Sez. reg. controllo per l'Umbria, 16 novembre 2006	951

INDICE DEGLI AUTORI

	Pag.
NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA	
ALESSIA BATTILANA, <i>Autorizzazione alla coltivazione di cava e partecipazione degli interessati tra la legislazione regionale e normativa generale sul procedimento</i>	297
ANDREA BRACCO, <i>Cenni in merito all'esercizio di un'attività pericolosa e risarcimento danni</i>	698
SABRINA BONFIGLIO, <i>Brevi note in tema di premeditazione e di concedibilità delle attenuanti generiche</i>	199
ALESSANDRO G. CANNEVALE, <i>Osservazioni a Tribunale di Perugia, 29 settembre 2006</i>	258
CORNELI RICCARDO, <i>La responsabilità solidale del direttore dei lavori, del progettista e dell'impresa appaltatrice per i vizi dell'opera</i>	1
DANIELA FALCINELLI, <i>La dimensione internazionale del terrorismo e dell'eversione dell'ordine democratico. Alea iacta est</i>	160
ALESSANDRA FANI, <i>Profili attuali del negozio fiduciario</i>	706
ALESSIO DAVID FORTUNA, <i>Meccanismi ostativi alla consegna in materia di estradizione passiva</i>	136
MATTEO GIAMBARTOLOMEI, <i>Infermità mentale e interdizione</i>	71
ANNALaura GIANNELLI, <i>Le ordinanze contingibili e urgenti: uno punto per riflettere sul significato della tipicità</i>	937
- <i>Il contratto di global service: brevi riflessioni in tema di aggiudicazione del contratto misto</i>	368
IRENE LONGO, <i>Vecchie e nuove problematiche dell'adozione internazionale</i>	10
- <i>Il cognome nella filiazione naturale: nuove prospettive di riforma</i>	621
MARTA LUCARONI, <i>Osservazioni a TAR Umbria 14 settembre 2006</i>	894
GIUSEPPE MAGLIOCCA, <i>Tutela del minore e dinamiche estradizionali</i>	119
ELENA MEZZABARBA, <i>Estradizione e diritti dell'imputato minorenne</i>	145
BARBARA MINENTI, <i>Il bilancio degli enti locali tra patto di stabilità interno e controllo della Corte dei Conti: il caso delle farmacie comunali</i>	951
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
- <i>Strumenti di tutela dell'infermo di mente</i>	668
MAURIZIO NAPOLITANO, <i>Liticonsozio necessario e usucapione</i>	34

	Pag.
ANNA MARIA PICCHIAMI, <i>L'annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione provvisoria alla luce di un recentissimo reiverement di Palazzo Spada</i> .	287
ANDREA PENSI, <i>Osservazioni a TAR Umbria 11 agosto 2006</i>	878
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
LOREDANA RONDELLI, <i>Osservazioni in tema di compenso dell'associato in partecipazione</i>	691
SANDRO SABA, <i>Piano regolatore generale: scelte urbanistiche fra discrezionalità e partecipazione</i>	343
- <i>I controversi rapporti tra forma e poetere in una recente sentenza del Tar Umbria</i>	903
FRANCESCO SCAGLIONE, <i>La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore</i> .	78
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
ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, <i>Il divieto di espatrio per il genitore non affidatario</i>	21
STEFANIA TUCCANI, <i>Profili degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario nel contesto delle logiche comunicative con il cliente investitore</i> .	636
- <i>Circolazione stradale e posizione dell'invalido civile, tra normativa le, tra normativa nazionale e provvedimenti locali</i>	732
GIORGIO VERCILLO, <i>Gli appalto c.d. sotto la soglia e a giurisdizione del giudice amministrativo: alcune riflessioni per definire una questione riflessioni per definire una questione ancora aperta</i>	321
- <i>Alcune riflessioni in tema di riparto di giurisdizione sulle questioni in parte anteriori, in parte successive al 30 giugno 1998. Frazionamento o concentrazione? Giurisdizione del giudice ordinario o devoluzione al giudice amministrativo</i>	922
FEDERICO VERGONI, <i>Contatto sociale e responsabilità civile</i>	47

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

ROBERTO CIPPITANI - VALENTINA COLCELLI, <i>Diritto privato europeo e capacità negoziale delle università</i>	967
VALENTINA FORTI, <i>L'esercizio della professione forense in Europa</i>	411
ALESSANDRA LANCIOTTI, <i>Il richiamo del diritto straniero per la disciplina dei rapporti di famiglia nella giurisprudenza dei paesi di civil law</i>	401
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

FEDERICA AMICI, <i>Il lavoro a tempo parziale e a termine in Italia e in Francia: l'eterogenea attuazione delle direttive comunitarie</i>	1071
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
PIETRO CATALANI, <i>Riflessioni sulla causalità omissiva in merito alla sentenza "Franzese"</i>	599
GIOVANNI CERQUETTI, <i>Profili del dolo nei reati fallimentari e nei reati tributari</i>	577
VALENTINA COLCELLI, <i>Il risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione</i>	1037
ANTONIETTA CONFALONIERI, <i>Legge stupefacenti: nuovi provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica, ma a discapito della libertà personale</i>	609
FABIO DEAN, <i>L'inesigibilità, la punibilità e la discrezionalità nel quadro del principio di opportunità dell'ordinamento penale</i>	1009
ALESSANDRO FORMICA, <i>La legge ombra sulla sussidiarietà orizzontale</i>	1111
LORENZO MEZZASOMA, <i>Risarcimento diretto e rapporti con l'art. 2054 del codice civile</i>	457
GIOVANNI MORANI, <i>Profili attuali del rapporto di filiazione. A proposito di un recente studio di Antonio Palazzo</i>	1035
PIERLUIGI PANARIELLO, <i>L'ambito applicativo dell'interdizione e dell'inabilitazione a seguito dell'introduzione del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno</i>	469
DARIO RAZZI, <i>La lezione di Bartolo sulla tirannia</i>	1103
ALESSANDRO PORCELLATI, <i>La natura del domain name, una questione giuridica ancora aperta</i>	1129
VITO RIZZO, <i>"Indennizzo diretto" tra obiettivi condivisi, profili di criticità e proposte di riforma</i>	435
STEFANIA TUCCANI, <i>Profili del rapporto tra privati e pubblica amministrazione</i> ..	479
PAOLA VELLA, <i>Oggetto e limiti del giudizio di omologazione del concordato preventivo. Linee interpretative della giurisprudenza umbra</i>	555

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

- ADOZIONE** – Idoneità all'adozione internazionale – Dichiarazione a favore di persone singole – Ammissibilità, 10.
- ATTO AMMINISTRATIVO** – Illegittimità provvedimentale – Mancata valutazione di altre soluzioni praticabili – Eccesso di potere per difetto di adeguata istruttoria – Sussistenza, 899.
- Illegittimità provvedimentale – Motivazione insufficiente – Eccesso di potere – Sussistenza, 899.
- Motivazione per relationem – Legittimità – Atto richiamato – Illegittimità per vizio della motivazione – Illegittimità atto richiamante – Sussistenza
- Atto amministrativo – Omissione del preavviso di rigetto – Illegittimità provvedimentale, 899.
- BANCHE** – Intermediazione finanziaria – Doveri di informazione – Responsabilità dell'intermediario – Caratteristiche dell'investitore – Irrilevanza, 628.
- Intermediazione finanziaria – Obblighi di informazione – Violazione da parte dell'intermediario – Conseguenze – Responsabilità contrattuale – Sussistenza, 78.
- BENI PUBBLICI** – Strade vicinali – Cessazione della destinazione ad uso pubblico – Fattispecie – Disuso prolungato ed inerzia della P.A. – Insufficienza, 884.
- Strade vicinali – Ordinanza di ripristino – Potere di autotutela possessoria – Fattispecie – Sussistenza, 884.
- CAVE E TORBIERE** – Apertura cava – Procedimento di autorizzazione – Valutazione d'impatto ambientale (Via) – Conferenza di servizi – Termine per la conclusione – Necessità, 297.
- Apertura cava – (Via) – Conferenza di servizi – Risultanze istruttorie – Mancato recepimento – Difetto di motivazione – Fattispecie – Sussistenza, 297.
- Cave – Procedimento di autorizzazione all'apertura – Disciplina transitoria – Piano Regionale delle Attività Estrattive – Criteri di coltivabilità – Applicabilità – Difetto di motivazione – Vizio formale – Legittimità del provvedimento impugnato, 298.
- CIRCOLAZIONE STRADALE** – Varchi elettronici – Sanzioni – Circolazione di veicoli adibiti al trasporto di persone disabili munite del contrassegno invalidi – Liceità – Collegamento necessario tra il permesso e il veicolo o una o più targhe determinate – Esclusione – Prova – Testimoniale – Rilevanza, 729.
- COLPA** – Regola cautelare – Comportamento alternativo lecito, 810.
- CONCORSO DI PERSONE NEL REATO** – Contributo causale del concorrente – Sussistenza – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – Presupposti, 838.
- CONTRATTI DELLA P.A.** – Appalto misto – Gara condotta col criterio dell'offerta più vantaggiosa – Libertà di determinazione del peso delle varie prestazioni – Sussiste, 368.
- Appalto misto – criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Valorizzazione dell'offerta economica rispetto a quella tecnica – Attiene alla discrezionalità tecnica – Insindacabilità, 368.
- Appalto misto – criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Discrezionalità nella ponderazione del peso delle prestazioni. – Sussiste, 368.
- Appalto misto – Offerte anomale – Verifica – riferimento all'intera offerta – Necessità – Anomalia di singole voci – Irrilevanza, 368.
- Appalto misto – Giudizio di anomalia – Natura globale e sintetica, 369.
- CONTRATTO** – Responsabilità contrattuale – Inadempimento – Risoluzione – Negozi fiduciario Interposizione reale – Interposizione fittizia – Presupposti – Fattispecie – Prova, 703.

- CONTRATTO DI APPALTO** – Vizi costruttivi – Responsabilità solidale – Risarcimento danni, 1.
- CORTE DEI CONTI** – Controllo sugli enti locali – Oggetto del controllo – Bilancio di previsione, 946.
- Enti locali – Controllo sul bilancio preventivo – Parametri – Patto di stabilità interno – Inosservanza – Conseguenze, 946.
- DELITTI CONTRO LA PERSONALITÀ DELLO STATO** – Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico – Nozione di terrorismo internazionale – Configurabilità, 160.
- Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico – Nozione di eversione dell'ordine democratico – Insussistenza, 160.
 - Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale – non necessità della verifica di una struttura associativa – Messa a disposizione di conoscenze suscettibili di essere tradotte in azioni concrete – Sussistenza, 765.
 - Nozione di terrorismo internazionale – Indifferenza rispetto all'esistenza di una situazione conflittuale – Natura civile della vittima – Configurabilità, 765.
- EDILIZIA ED URBANISTICA** – Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Sindacabilità – Limiti, 343.
- Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Motivazione – Criteri di impostazione del piano – Sufficienza, 343.
 - Piano regolatore – Contenuto – Scelte urbanistiche – Motivazione specifica – Necessità – Fattispecie, 343.
 - Piano regolatore – Prescrizione e vincoli – Verde agricolo – Funzione – In area situata fra insediamenti abitativi – Legittimità, 343.
 - Piano regolatore – Osservazioni dei privati – Rigetto – Motivazione specifica – Necessità – Esclusione, 343.
 - Condonò edilizio – Ampliamento di autonomia struttura abitativa – Calcolo del volume, 875.
 - Condonò edilizio – Aree vincolate – Potere di qualificare l'abuso – Irrilevanza di ulteriori valutazioni, 875.
 - Condonò e-dilizio – Limiti volumetrici – Ristrutturazione edilizia – Inapplicabilità, 875.
- ELEZIONI** – Rimozione del crocifisso dal seggio elettorale da parte del suo presidente – Revoca della nomina – Esclusione, 745.
- ENTI LOCALI** – Sindaco – Ordinanze contingibili ed urgenti – Principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi – Applicabilità, 934.
- FALLIMENTO** – Concordato preventivo – Delibera di approvazione – Controllo del Tribunale – Omologazione, 56.
- FALSITÀ IN ATTI** – Cartellino marca-tempo – Falso per induzione – Configurabilità, 825.
- FILIAZIONE** – Accertamento – Cognome del figlio – Criteri, 619.
- Filiazione naturale – espatrio del minore riconosciuto da entrambi i genitori – Provvedimento del giudice tutelare – Reclamo al Tribunale per i minorenni – Ammissibilità, 21.
 - 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, 21.
 - Dichiarazione giudiziale di paternità – Filiazione naturale – Filiazione adottiva – Genitore naturale – Rapporto successorio *ex lege* – Sussistenza, 10.
- GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA** – Risarcimento dei danni – Lesione di interessi legittimi pretensivi – Condizione di ammissibilità – Possibilità di un giudizio di spettanza del bene della vita, 899.
- Fattispecie – Strada vicinale – Ordinanza di ripristino – Sussistenza, 884.
 - Appalti pubblici – Appalti sotto soglia – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza, 321.
- LAVORO** (rapporto di) – Lavoro subordinato e associazione in partecipazione – Criteri discretivi – Partecipazione ai ricavi – Compatibilità, 680.

MISURE DI SICUREZZA PATRIMONIALI – Confisca – Bene sottoposto a sequestro preventivo – Bene costituente prezzo di reato – Sussistenza del reato – Confiscabilità del bene, necessario tra il permesso e il veicolo o una o più targhe determinate – Esclusione – Prova, 847.

PERSONA FISICA – Interdizione giudiziale – Presupposti – Fattispecie, 667.

– Interdizione (c.c.art. 414) e riforma – Presupposti, 71.

– Interdizione giudiziale – Presupposti – Fattispecie, 667.

PUBBLICO IMPIEGO – Giurisdizione e competenza – Art. 69, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 – Questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 – Giurisdizione del giudice amministrativo – Sussistenza, 919.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – Annullamento in autotutela – Contratti della p.a. – Appalto – Aggiudicazione provvisoria – Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento – Legittimità, 287.

– Auto annullamento per motivi di legittimità – Contratti della p.a. – Appalto – Aggiudicazione provvisoria – Non travolgimento di situazioni consolidate – Legittimità, 287.

PROCEDIMENTO CIVILE – Acquisto per usucapione – Servitù di passaggio – comproprietari del fondo servente – Litisconsorzio necessario dal lato passivo – Sussistenza, 34.

– Acquisto per usucapione – Servitù di passaggio – comproprietari del fondo servente – Litisconsorzio necessario dal lato attivo – insussistenza, 34.

PROVA IN GENERE – Prova testimoniale – Deposizione della persona offesa – Attendibilità della prova testimoniale – Assenza di riscontri esterni – Insussistenza, 258.

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERA

– Convenzione europea di estradizione – Estradizione per l'estero – Condizioni – Insussistenza, 136.

– Estradizione per l'estero – Estradizione di imputato minorenni – Disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato – Inammissibilità, 145.

– Riestradizione per l'estero – Riestradizione di imputato minorenni – Disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato – Inammissibilità, 119.

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, 269.

REATI CONTRO LA PERSONA – Delitti contro la vita e l'incolumità individuale – Omicidio – Circostanze aggravanti – Premeditazione – Attenuanti generiche – Compatibilità – *Ratio*, 199.

– **RESPONSABILITÀ CIVILE** – Responsabilità dei maestri e dei precettori – Danno cagionato dall'alunno a terzi – Conseguenza – Danno cagionato dall'alunno a sé stesso – Conseguenze, 47.

– Attività venatoria – Natura – Danni in materia civile – Danno non patrimoniale – Criteri di liquidazione, 697.

REVISIONE PENALE – Declaratoria di inammissibilità – Presentazione di una nuova richiesta – Requisiti – Inammissibilità, 759.

RIFIUTI – Abbandono e deposito incontrollato da parte del titolare di imprese o enti – Rifiuti speciali assimilabili agli urbani – Qualifica – Successione di leggi penali – Successione mediata, 797.

