# RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2008-1

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

## INDICE-SOMMARIO

Pag.

### *DIRITTO CIVILE*

Tribunale per i minorenni di Perugia, 4 maggio 2008, con nota di IRENE LONGO, *Brevi riflessioni in tema di sottrazione internazionale di minori* ..... 1

Tribunale di Perugia, 10 gennaio 2008 ..... 8

Tribunale di Perugia, 25 giugno 2008 ..... 13

Tribunale di Terni, 14 luglio 2008, con nota di LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI, *Vendita di beni ereditari, oggetto di preliminari e minore di età* ..... 16

Giudice di Pace di Terni, 31 marzo 2008, con nota di STEFANIA TUCCANI, *Problematiche relative all'omologazione e taratura dei dispositivi documentatori di infrazioni semaforiche* ..... 28

### *DIRITTO PENALE*

Corte d'Appello di Perugia, 16 febbraio 2007, con nota di GIULIA MALACORTI, *In tema di notificazioni al difensore legittimamente impedito sostituito d'imperio dal giudice* ..... 45

Tribunale Monocratico di Perugia, 12 GIUGNO 2006, con nota di CHIARA SANTILLI, *Legge "ex Cirielli": è costituzionale l'aggravamento di pena a carico dei super-recidivi?* ..... 69

Tribunale Monocratico di Perugia, 14 giugno 2007, con nota di MARIA CHIARA BISACCI, *Postille in tema di unicità della condotta e natura abituale del delitto di esercizio abusivo di una professione* ..... 84

Tribunale Monocratico di Perugia, 13 luglio 2007, ed altri, con nota di ALDO NATALINI, *La sussunzione dei fatti nelle fattispecie di reato: le contravvenzioni* ..... 93

Tribunale Monocratico di Perugia, 27 giugno 2008, con nota di CHIARA LAZZARI, *Doping e maltrattamento di animali: è reato solo dopo il 2004?* .... 113

G.U.P. Tribunale di Perugia, 23 novembre 2006, G., con nota di DANIELA FALCINELLI, *Il tramonto giurisprudenziale degli obblighi impeditivi silenti e della colpa asintomatica* ..... 129

Pag.

## *DIRITTO PUBBLICO*

T.A.R. Umbria, 27 dicembre 2007, con nota di GIORGIO VERCILLO, *Note critiche in tema di indegradabilità del diritto alla salute. Per una (provocatoria) rilettura della questione* ..... 153

T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2007, con osservazioni di ANDREA PENSI ..... 191

T.A.R. Umbria, 7 marzo 2007, con nota di SANDRO SABA, *Natura giuridica della dichiarazione di inizio attività fra* révirements *giurisprudenziali ed interventi normativi* ..... 153

Corte dei Conti, 4 ottobre 2007, con nota di BARBARA MINENTI, *Responsabilità amministrativa del medico di base: errata prescrizione danno all'immagine* ..... 207

T.A.R. Umbria, 2 luglio 2007, con nota di MARCO MEDORO, *Natura giuridica e tutela giurisdizionale delle intese tra amministrazioni, privati ed enti di fatto in materia di gestione dei rifiuti.* ..... 232

T.A.R. Umbria, 5 giugno 2007, con nota di FRANCESCO NESTA, *Affidamento dei Servizi per l'infanzia ausiliari ed educativi - Requisiti di partecipazione alle relative procedure di gara* ..... 251

## *OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO*

ELENA FERRARA, *La giurisdizione in materia di contratti individuali di lavoro secondo la disciplina comunitaria introdotta dal regolamento* 44/2001 ..... 279

## *DOTTRINA*

GIOVANNI MORANI, *La tutela della prole nelle crisi familiari. Soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno* ..... 287

AURORA RICCI, *Prove ematogeniche e disconoscimento della paternità. La svolta della consultalta* ..... 307

STEFANO GIUBBONI, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato. Introduzione ad un seminario* ..... 331

FABRIZIO MIANI CANEVARI, *Il licenziamento del dirigente: lavoro pubblico e privato a confronto* ..... 339

PIERLUIGI PANARIELLO, *Il reato di detenzione di sostanze stupefacenti secondo la nuova disciplina introdotta dalla riforma del 2006* ..... 355

# *DIRITTO CIVILE*

TRIBUNALE PER I MINORENNI DI PERUGIA – 4 Maggio 2008- *Pres. Est.* CENCI

**Minore età – Rapporti tra genitori – Affidamento – Sottrazione di minori – Provvedimenti del giudice – Ascolto del minore – Necessità – Rilevanza** (art. 13 Convenzione de L'Aja, 25 ottobre 1980, ratifica l. 15 gennaio 1994, n. 64).

*Il giudice, in caso si sottrazione internazionale di minore, deve negare il rimpatrio valutando il parere del minore, soprattutto se di tenera età, esclusivamente alla luce di ulteriori risultanze processuali dalle quali si possa desumere che il rientro nel luogo di residenza abituale arrechi un grave pregiudizio alla salute del minore stesso* (1).

(*Omissis*). In data 31 ottobre 2006 il Dipartimento Giustizia Minorile Autorità Centrali Convenzionali del Ministero della Giustizia trasmetteva al Procuratore della Repubblica presso questo Tribunale l'istanza di rimpatrio della minore depositata dal padre legittimo K. M.

A fondamento di tale istanza questi assumeva: di aver contratto matrimonio il 28 ottobre 1995 con K. A.; dal detto matrimonio il 26 febbraio 1996 era nata A. M.; nel 2003 la madre si era trasferita in Italia per lavoro; nel maggio dell'anno successivo la donna gli aveva comunicato la sua intenzione di restare in Italia per sempre, e, nel maggio 2005, l'instaurazione di un rapporto affettivo e l'intenzione di portare con sé la figlia; nell'aprile 2006 esso istante aveva promosso giudizio di divorzio con richiesta di affidamento della minore, ma il Tribunale polacco nulla aveva deciso sul punto; il 9 giugno 2006 la madre aveva unilateralmente portato con sé la minore in Italia.

Di conseguenza condividendo i genitori la potestà sulla minore, ed essendo in quel momento il luogo di residenza di questa in Polonia, la bambina doveva essere ricondotta nel luogo di soggiorno durevole, ove si trovava prima del sequestro.

Radicatosi il contraddittorio, si costituiva la madre opponendosi all'accoglimento della domanda deducendo che l'affidamento congiunto della minore ai genitori, il consenso originariamente prestato dal padre all'iscrizione della minore in una scuola italiana per l'anno 2006/2007, la decisione 26 luglio 2006 del Tribunale regionale di Szezecin IX Reparto Familiare e Minorenne di rilascio alla madre della pagella scolastica di A. M. affinché questa "nel mese di settembre 2006 prenda gli studi in Italia ove attualmente soggiorna la madre", e, da ultimo, la volontà della bambina rendevano legittimo il trasferimento.

Il procedimento veniva istruito con l'assunzione di plurime informazioni e l'audizione della resistente e della minore (*Omissis*).

Giova puntualizzare che il quadro normativo di riferimento è costituito dalla Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma a L'Aja il 25 ottobre 1980, e dalla L. 15 gennaio 1994, n. 64, di esecuzione e di autorizzazione alla ratifica di tale Convenzione. Alla luce di questa il trasferimento è ritenuto illecito non solo quando vi sia una decisione giudiziaria o amministrativa di affidamento del minore ad un genitore, ma anche quando il diritto di custodia a questi deriva, come nella specie, direttamente dalla legge, sia pure congiuntamente all'altro genitore (artt. 3 della Convenzione e 93 § 1 del Codice Familiare e Tutelare della Repubblica Polacca).

Conseguenza di tale trasferimento illecito, attuato il 9 giugno 2006, sarebbe l'ordine di ritorno immediato della minore presso il padre, che ha presentato apposita istanza in data di gran lunga inferiore al periodo di un anno di cui all'art. 12 della Convenzione.

Non ritiene questo Tribunale che possa rifiutarsi l'ordine di ritorno della minore essendo stato accertato che A.M. si oppone al ritorno ed ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione (art. 13 c. 3 Convenzione). Ciò in quanto l'età ancora acerba, la bambina ha compiuto gli undici anni solo il 26 febbraio 2007 e frequenta attualmente la quarta elementare, potrebbe far ragionevolmente presumere che la stessa sia stata influenzata dalla madre. Ritiene però il Collegio che il rifiuto di tornare univocamente manifestato dalla minore nel corso delle audizioni sia dinanzi ai Servizi che ai Giudici Onorari di questo Tribunale deve essere valutato come elemento di prova, in uno con gli altri elementi di cui infra, dell'esistenza di un rischio di grave pregiudizio psichico, come tale costituente l'eccezione all'ordine di rimpatrio ex art. 13 co. 1 lett. b della Convenzione (Cass., sez. 1, 18 marzo 2006, n. 6081).

In primo luogo, si deve tener conto anche delle informazioni fornite dalle Autorità dello Stato di provenienza, ex art. 13 u.c. della Convenzione. A tale proposito univoca ed inconfutabile appare la dichiarazione 29 maggio 2006 del Centro locale Unità Crisi di Szezecin secondo cui la

minore, all'epoca convivente con il (solo) padre, era "sotto costante assistenza psicologica per i motivi di disturbi emozionali legati alla causa del divorzio dei genitori" e dichiarava di "voler andare a vivere con la madre in Italia" e di voler "frequentare la scuola nella zona di residenza della madre". Coerentemente, il Tribunale Regionale di Szezecin IX Reparto Familiare e Minorenne il 26 luglio 2006 ordinò il rilascio della pagella scolastica alla madre "perché la minorenne nel mese di settembre 2006 prende gli studi in Italia dove soggiorna la madre" ed il mancato rilascio "comprometterebbe il bene della bambina".

In secondo luogo le informazioni fornite dai Servizi Sociali del Comune di Terni riferiscono che la madre ha abbandonato l'attività lavorativa per poter meglio seguire la figlia nelle attività scolastiche ed extrascolastiche; la donna è presente e partecipe alla vita scolastica della figlia; la relazione della diade appare naturale ed amorevole; A. M. chiede di non essere più ricondotta in Polonia, riferisce un vissuto di sofferenza quando si trovava sola con il padre, il quale spesso l'avrebbe lasciata sola di notte per uscire con la nuova fidanzata, così cagionandole paure ed angosce, ed afferma di stare molto bene in Italia con la madre ed il compagno di questa, e di essersi subito abituata alla lingua ed alle persone.

Valutando unitariamente tutti tali elementi di prova deve concludersi che sussiste, con certezza, un pericolo più che fondato per la minore di essere sottoposta, per il fatto del ritorno, a pericoli fisici e psichici, peraltro già manifestati in epoca antecedente all'unilaterale trasferimento in Italia.

Ricorre pertanto l'eccezione di cui all'art. 13 co. 1 lett. B della Convenzione, cui consegue il rigetto dell'istanza di restituzione (*Omissis*).

## (1) Brevi riflessioni in tema di sottrazione internazionale di minori.

L'Italia con la legge 15 gennaio 1994 ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 [1] sulla sottrazione internazionale di minori [2] (*international kidnapping*).

---

[1] A. Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, Milano, 1995.

[2] A. Anceschi, *La famiglia nel diritto privato* internazionale, Torino, 2006, 265 ss. Con la stessa legge veniva anche resa esecutiva la Convenzione Europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e ristabilimento dell'affidamento, firmata a Lussemburgo in data 20.05.1980. Tale convenzione attiene più propriamente agli aspetti che concernono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori ovvero "ogni provvedimento di un'Autorità, che disponga sulla cura della persona del minore, compreso il diritto di stabilire la sua residenza, nonché in ordine al diritto di visita".

Si deve innanzitutto affermare che l'evoluzione della società ha portato anche a cambiamenti nei rapporti di coppia.

Vi è stata infatti una crescita delle cosiddette unioni "miste", ovvero unioni formate da soggetti di diverse culture, diverse religioni, diverse tradizioni. Tali diversità, che generalmente potrebbero essere considerate come fonti di crescita umana, in alcuni casi possono ingenerare una crisi della coppia che coinvolge inevitabilmente la prole.

Dalla rottura della coppia genitoriale, in alcuni casi nasce una lotta per l'affidamento dei figli dai toni così aspri, da culminare nel "rapimento del minore" da parte di uno dei genitori. Il cosiddetto "rapimento" integra il fenomeno della sottrazione internazionale che si verifica quando uno dei genitori conduce il figlio con se all'estero sottraendolo dal luogo di abituale residenza [(3)], centro permanente dei propri interessi, senza alcuna autorizzazione [(4)]. Ai sensi dell'art. 3 della convenzione, il trasferimento o il mancato rientro del minore è ritenuto illecito quando avvenga "in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento, nel caso in cui tali diritti siano effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, oppure avrebbero potuto essere esercitati se non si fossero verificate tali circostanze".

In tale situazione, il minore viene privato del diritto a mantenere rapporti stabili e continuativi con entrambe le figure genitoriali [(5)], diritto contenuto nella Convenzione Onu del 1989 [(6)] e riaffermato recentemente dalla legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso dei figli [(7)].

Sradicato dal suo ambiente familiare, il minore è spesso costretto ad adattarsi a condizioni di vita del tutto diverse rispetto a quelle vissute nel luogo di residenza abituale.

---

(3) S. Pascasi, *Il rimpatrio del bimbo può essere negato se ci sono rischi per la sua incolumità*, in *Guida al dir.*, 2007, 14, 24.

(4) P. Re- A. M. Sanchez, *La sottrazione internazionale dei minori : aspetti psicologici*, in *Dir. fam. e pers.*, 2003, I, 577 ss. A.M.T. Gregori, *La sottrazione internazionale dei minori figli di coppie miste separate*, in *Pianeta infanzia*, 4, 1998.

(5) A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2007, 651.

(6) Ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.Art. 9 comma 3: *Gli Stati Parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo*. Art 10 comma 2: *Un fanciullo i cui genitori risiedono in Stati diversi ha diritto ad intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo circostanze eccezionali*.

(7) M. Maglietta, *L'affidamento condiviso dei figli-guida alla nuova legge*, Milano, 2006. A. De Marzo, *L'affidamento condiviso, profili sostanziali*, in *Foro it.*,2006, 93.

Al fine di tutelare i figli contro gli effetti nocivi derivanti da un loro illecito trasferimento, la Convenzione dell'Aja del 1980 tende ad assicurare, tramite le Autorità centrali, il rientro del minore ed il ripristino della situazione *quo ante*.

Dalla normativa emerge l'assoluta centralità dell'interesse del minore [8] in passato troppo sacrificato a vantaggio di una cultura cosiddetta adultocentrica. Il soggetto in formazione non è solo un figlio, quasi oggetto di proprietà dei genitori ma autonoma persona della quale devono essere rispettate [9] aspettative ed abitudini.

Come sopra accennato, la Convenzione Aja del 1980 può essere applicata per richiedere la restituzione del minore, solo in presenza di determinate condizioni: che il minore sia stato trasferito o trattenuto in uno Stato contraente in violazione dei diritti attribuiti all'affidatario, così come disciplinati dalla legislazione dello Stato in cui il minore aveva la abituale residenza prima del suo trasferimento; che tali diritti siano effettivamente esercitati dall'affidatario o esercitabili, ove il minore non fosse stato illecitamente trasferito; che non sia trascorso l'anno dalla data del suo illecito spostamento o mancato rientro nello Stato di abituale residenza alla data di presentazione della richiesta. Tale ultima condizione non è un ostacolo all'applicazione del trattato ma impone un'indagine che tenda a verificare se il fanciullo si sia inserito adeguatamente nel nuovo ambiente al fine di evitarne un ulteriore sradicamento [10].

---

[8] La Convenzione ONU del 1989 all'art. 3 sancisce: *In tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private e pubbliche, Tribunali, autorità amministrative, corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono costituire oggetto di primaria importanza.* A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2000. G. Manera, *L'adozione e l'affidamento familiare*, Napoli, 1983.

[9] Sul punto A.C. Moro, *I diritti del minore e la nozione di interesse*, in *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, Milano, 2001, 295.

[10] A. Salzano, *La sottrazione internazionale di minori*, cit., 73 ss. L'art. 8 della Convenzione, statuisce che ogni persona, istituzione o ente , che adduca che un minore è stato trasferito o trattenuto in violazione di un diritto di affidamento può rivolgersi sia all'autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato contraente, al fine di ottenere assistenza ed assicurare il ritorno del minore. In realtà i legittimati all'inoltro della richiesta sono esclusivamente i titolari del diritto di affidamento o di visita, la cui sfera giuridica sia stata lesa da una condotta illecita. Un qualsiasi soggetto non si potrebbe sostituire ai diretti interessati, tutto ciò è confermato dal comma 2 dell'art. 8 in cui vengono indicati i requisiti della domanda, tra i quali spiccano i motivi che suffragano la pretesa di rimpatrio del minore; tali motivazioni consentano all'Autorità Centrale una valutazione preliminare del caso in virtù della quale domande infondate perché presentate da soggetti non titolari dei diritti tutelati, saranno dichiarate irricevibili. Le Autorità giudiziarie o amministrative devono procedere d'urgenza per quanto riguarda il ritorno del minore. L'art. 29 sancisce la possibilità per la parte lesa per la violazione dei diritti di affidamento o visita, di rivolgersi direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative della Stato contraente, l'art 30 aggiunge che le domande saranno

Quando la richiesta di restituzione del minore alla sua residenza abituale è presentata entro un anno dall'illegittima sottrazione, l'autorità competente è chiamata ad emettere un ordine di rientro del minore. In rari casi tuttavia tale obbligo si trasforma in discrezionalità, quando colui che si oppone al rientro, può provare che l'affidamento, che è stato violato, non fosse effettivamente esercitato, ovvero vi fosse un consenso al trasferimento, o esista un grave rischio che il minore con il rientro sia esposto a danni fisici o psicologici, infine che lo stesso minore si opponga al rientro.

Il caso che ci occupa inerisce l'art. 13 comma 1 lett b della Convenzione che disciplina uno dei motivi di rigetto della domanda di restituzione ovvero il caso in cui il minore sia esposto a danni alla salute.

Il Tribunale per i Minorenni dei Perugia in primis considerato il parere negativo espresso dalla minore circa il suo rientro. Il Giudice tuttavia, valutando l'età ancora acerba della bambina, facilmente influenzabile dagli adulti, non ha tenuto unicamente conto del suo diniego ma lo ha opportunamente considerato alla luce delle ulteriori risultanze processuali dalle quali emergeva una situazione idonea ad arrecare un grave pregiudizio [(11)] alla salute della piccola. Gli atti di causa evidenziavano infatti, che la bambina in Polonia era sotto costante assistenza psicologica a causa di disturbi emozionali legati proprio al divorzio dei genitori. A.M. dimostrava l'intenzione di voler vivere insieme alla madre con la quale aveva un rapporto amorevole. La relazione con il padre invece appariva molto difficile, la bambina era costretta a rimanere spesso da sola, persino di notte con ciò aggravando il suo carico di paure e di angosce. Il Giudice, al fine di impedire ulteriori pregiudizi per la salute di A.M., ha negato il rientro.

In tale complessa questione si inserisce dunque la problematica che riguarda il diritto del minore ad esprimere la sua opinione [(12)] sulla domanda di rimpatrio.

In una società democratica, il diritto di parlare e di essere ascoltato realizza un obiettivo di grande importanza e consiste nel garantire ad ogni persona, quindi anche ad un bambino capace di discernimento, la possibilità di manifestare il proprio pensiero liberamente [(13)]. L'art. 13 c. 2 della Convenzione Aja del 1980 ha affermato il principio dell'audizione del fanciullo,

---

considerate ricevibili dai tribunali e dagli organi amministrativi competenti tanto nell'ipotesi in cui siano state loro inviate dall'autorità centrale quanto nel caso in cui esse vengano depositate direttamente dall'interessato.

(11) Cass. 18 marzo 2006 n. 6081, B. Lena, *Trasferimento all'estero del figlio, mancato consenso del genitore non affidatario e sottrazione internazionale di minore*, in *Fam e dir.*, 2006, 2, 206.

(12) A. Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*. Milano, 1990. A. Palazzo, *La filiazione*, cit., 527 ss. Art. 4 Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo.

(13) Art. 10, comma 1, Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

il cui parere, contrario al ritorno nello Stato in cui risiedeva [14], deve essere tenuto in debita considerazione dall'autorità giudiziaria o amministrativa adita. L'età ed il grado di maturità sono i parametri da adottare per valutare l'opportunità di ascoltare il minore e di tener conto della sua opinione. Sulla scorta di tali principi affermati più volte a livello internazionale, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno quindi stipulato a Strasburgo il 25 gennaio 1996 la Convenzione sull'esercizio dei Diritti dei minori, entrata in vigore in Italia il 1 novembre del 2003 [15]. Recentemente la Suprema Corte (27 luglio 2007 n. 16753) in un procedimento di sottrazione internazionale di minori, ha stabilito che l'audizione, quale strumento atto a raccogliere le opinioni del minore, postula che lo stesso riceva tutte le informazioni appropriate con riferimento alla sua età ed al suo grado di sviluppo, a meno che tali informazioni siano contrarie al suo benessere. La pronuncia ha poi osservato che sebbene l'Italia abbia elencato come campo di applicazione della Convenzione di Strasburgo del 1996 solo quattro procedimenti, tra i quali non si individua quello di sottrazione internazionale di minori, nondimeno le disposizioni della Convenzione di Strasburgo relative all'ascolto del minore, per il loro valore di principio possono influenzare l'attività interpretativa anche nei procedimenti che lo Stato italiano non annoverò al momento del deposito dello strumento di ratifica.

Inoltre anche l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha nuovamente affermato che i bambini "possono esprimere liberamente la propria opinione, questa viene presa in considerazione nelle questioni che li riguardano e in funzione della loro età e della loro maturità".

Prima di concludere è opportuno ricordare che in ambito comunitario, nel marzo 2005, è entrato in vigore il Reg. CE 2201/2003, regolamento del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.Il regolamento, che abroga quello CE 1347/2000, vuole uniformare la procedura in ambito europeo in materia di diritto di famiglia. La disciplina, ponendo l'attenzione su questioni che ineriscono la crisi della famiglia e le problematiche della responsabilità genitoriale, è diretta a facilitare un rapido ed

---

[14] L'art. 13 c. 2 della Convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale di minori, riguarda un'ipotesi di esclusione dell'ordine di rimpatrio che ricorre allorché il minore vi si oppone sempre che costui abbia raggiunto un'età ed un grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione. Sul tema da ultimo Cass. 15 febbraio 2008 n. 3798.

[15] G. Magno, *L'ascolto del minore: il precetto normativo*, in *dir. pers. e fam.,* 2006, II, 1273. Cass. 16 aprile 2007 n. 9094, in un procedimento di sottrazione internazionale di minori, la Corte ha precisato che l'audizione del minore riceve una consacrazione normativa indiscutibile nell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, e la sua esclusione, oltre che per la valutazione di non idoneità del minore a renderla, deve essere correlata soltanto al rischio che la stessa audizione rechi un danno grave alla serenità del minore.

automatico riconoscimento delle decisioni e della loro esecuzione in un altro Stato membro [16]. Da ultimo, in tema di risoluzione dei conflitti derivanti da sottrazione internazionale di minori, è utile menzionare il ruolo del Mediatore Europeo.

La carica di mediatore del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori è stata creata nel 1987 al fine di contribuire alla risoluzione delle controversie che possono scaturire quando, in seguito alla separazione di una coppia "mista" di genitori, la prole viene sottratta da uno di essi all'altro.

Il mediatore assiste i genitori, fornisce informazioni e consigli affinché gli stessi possano trovare un accordo che favorisca l'interesse superiore dei minori. La mediazione realizza un modo alternativo per comporre la controversia, l'accordo così formato, accettato e firmato dalle parti, è comunicato al giudice competente che ne ufficializza i termini [17].

IRENE LONGO

---

[16] S. A. GALLUZZO, *L'osservatorio comunitario*, in *Fam., pers. Succ.,* 3, 2008, 285.
[17] http://www.europarl.europa.eu/parliament.do?language=IT

TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 gennaio 2008 – *G.I.* GATTARI – *L.G.M.* (avv. Covino) c *B.M.* (avv. Castellini) e c. *P.S s.r.l.* (avv. Luccarini) c. *G.I. s.p.a.*. (avv. Betti) e c. *M.A. s.p.a.* (Avv. Manini).

**Responsabilità medico-chirurgica – Conseguenze – Contatto sociale – Risarcimento danni – Prescrizione**

*La responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente si inquadra nella responsabilità contrattuale e il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio nazionale sanitario o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura, accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze* (1).

La domanda di risarcimento danni che il paziente (attore) avanza nei confronti del medico (convenuto) e della struttura sanitaria (convenuta) dove è stato eseguito l'intervento chirurgico del 9/12/1988 va ricondotta alla responsabilità da inadempimento. Secondo il costante indirizzo della giurisprudenza, infatti, la responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente si inquadra nella responsabilità contrattuale e "il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze; ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. (...)" (in tal senso, fra le altre, Cass. 14/6/2007 n.13953). Ancora, "in tema di responsabilità civile nell'attività medico chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso; tale situazione si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione c.d. protetta (per la quale cioè è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall'art. 32 Cost. Ne consegue che alla responsabilità contrattuale del medico per il danno alla persona, causato da imperizia nell'esecuzione di un'operazione chirurgica, si applica l'ordinario termine di prescrizione decennale" (Cass. 19/4/2006 n. 9085).

Facendo applicazione al caso di specie dei principi di diritto affer-

mati dalla Suprema Corte e sopra richiamati, va detto che - sulla base dei fatti allegati nella citazione introduttiva e nella fase di trattazione - la responsabilità invocata da L.G.M. nei confronti dei convenuti B.M. e Casa di Cura P.S. s.r.l. è di natura contrattuale e che, pertanto, il diritto al risarcimento del danno preteso dall'attore è soggetto alla prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) e non a quella quinquennale prevista per il risarcimento da fatto illecito (art. 2947 c.c.). Essendo pacifico che la domanda è stata proposta prima del decorso del termine decennale dall'inadempimento che l'attore lamenta, l'eccezione di prescrizione sollevata dalle difese convenute è infondata e va respinta.

La pretesa dell'attore è comunque infondata perché il creditore/danneggiato non ha provato l'esistenza di un nesso causale fra il danno che deduce e l'operato del suo collega medico convenuto e della struttura sanitaria dove è stato eseguito l'intervento chirurgico il 9/12/1988. Infatti, pur essendo incontroverso che nel lontano 9/12/1988 il convenuto dott. B.M. (medico chirurgo allievo e collaboratore dell'attore) ha eseguito sull'attore presso la Casa di Cura P.S. s.r.l. di Perugia un intervento di "sfinterotomia laterale" per l'asportazione di una ragade e che l'intervento è stato seguito da complicanze, non vi è nessun elemento dal quale poter affermare con sufficiente certezza che le complicanze sopravvenute, la relativa malattia conseguente e i postumi permanenti residuati siano eziologicamente riconducibili ad un inadempimento del dott. B. o di altri operatori della struttura sanitaria convenuta in occasione dell'intervento chirurgico eseguito il 9/12/1988. Lo stesso comportamento dell'attore (a sua volta medico-chirurgo) risulta, invero, alquanto singolare secondo quanto emerge dall'istruttoria orale espletata e, in particolare, anche dalle risposte rese nel corso dell'interrogatorio dal L.. Il medico-chirurgo prof. L. dapprima decide di farsi operare dal suo allievo/collaboratore dott. B. (secondo una tecnica che lo stesso attore gli aveva insegnato) e di sottoporsi ad intervento chirurgico in regime ambulatoriale presso la Casa di Cura P.S. - ove entrambi i medici all'epoca lavoravano e - dove non avrebbe corrisposto alcun compenso né alla struttura sanitaria né al chirurgo che ha eseguito l'intervento, per poi rivolgersi, a distanza di pochissimi giorni dall'intervento e per il sopraggiungere di complicanze, dapprima ad un altro medico (il dott. D.L. "ortopedico") e quindi ad un'altra struttura sanitaria ("Casa di Cura V.A.") presso la quale già l' 11-12/12/1988 gli venivano eseguite delle prestazioni mediche e dove veniva ricoverato dal 17 al 22/12/1988 e sottoposto a un ulteriore intervento chirurgico al retto il 17 /12/1988 (otto giorni dopo l'intervento chirurgico eseguito dal dott. B.). Per moltissimo tempo l'attore - secondo quanto dallo stesso prospettato in causa e dichiarato in sede di interrogatorio - non lamenta mai con il dott.B., con il quale anzi continua a collaborare sino al 1996, che l'intervento chirurgico di "sfinterotomia laterale" sarebbe stato male eseguito

dal proprio collaboratore ed allievo. Si aggiunga che dopo l'intervento del 9/12/1988 era stato consigliato dal dott. B. al paziente il ricovero presso la Casa di Cura P.S., ma che lo stesso paziente prof. L. ("capo" dell'equipe anche in relazione all'intervento dallo stesso subito, come emerge evidente dalle prove orali) aveva ritenuto superfluo il ricovero ed aveva deciso di rientrare presso la propria abitazione e che nei giorni immediatamente successivi, su richiesta del medesimo prof. L., il dott. B si è recato presso la sua abitazione (accompagnato da V.G.) riscontrando un arrossamento della zona perianale (circostanze riferite dai testi escussi su indicazione dei convenuti e che l'attore ha inutilmente tentato di contrastare attraverso la deposizione del figlio e di un amico del figlio privi di attendibilità dal momento che tacciono persino sul ricovero dell'attore e sul fatto che lo stesso si è sottoposto ad un altro intervento chirurgico presso una diversa struttura sanitaria prima del Natale del 1988).

In siffatta situazione, è evidente che il prof. L non può utilmente invocare a distanza di circa nove anni - tanti ne sono trascorsi tra l'intervento chirurgico di cui si discute e l'introduzione della causa - una responsabilità del medico che ha eseguito l'intervento il 9/12/1988 o della struttura sanitaria.

Come ben evidenziato dai C.T.U. nella relazione in atti a cui si fa esplicito rinvio, la certificazione medica priva di data certa prodotta dall'attore non è attendibile (anche in considerazione del rapporto di colleganza esistente fra il preteso creditore/danneggiato e l'ortopedico che chirurgico eseguito il 9/12/1988. Lo stesso comportamento dell'attore (a sua volta medico-chirurgo) risulta, invero, alquanto singolare secondo quanto emerge dall'istruttoria orale espletata e, in particolare, anche dalle risposte rese nel corso dell'interrogatorio dal L.. Il medico-chirurgo prof. L. dapprima decide di farsi operare dal suo allievo/collaboratore dott. B. (secondo una tecnica che lo stesso attore gli aveva insegnato) e di sottoporsi ad intervento chirurgico in regime ambulatoriale presso la Casa di Cura P.S. - ove entrambi i medici all'epoca lavoravano e - dove non avrebbe corrisposto alcun compenso né alla struttura sanitaria né al chirurgo che ha eseguito l'intervento, per poi rivolgersi, a distanza di pochissimi giorni dall'intervento e per il sopraggiungere di complicanze, dapprima ad un altro medico (il dott. D.L. "ortopedico") e quindi ad un'altra struttura sanitaria ("Casa di Cura V.A.") presso la quale già l' 11-12/12/1988 gli venivano eseguite delle prestazioni mediche e dove veniva ricoverato dal 17 al 22/12/1988 e sottoposto a un ulteriore intervento chirurgico al retto il 17 /12/1988 (otto giorni dopo l'intervento chirurgico eseguito dal dott. B.). Per moltissimo tempo l'attore - secondo quanto dallo stesso prospettato in causa e dichiarato in sede di interrogatorio - non lamenta mai con il dott.B., con il quale anzi continua a collaborare sino al 1996, che l'intervento chirurgico di "sfinterotomia laterale" sarebbe stato male eseguito

dal proprio collaboratore ed allievo. Si aggiunga che dopo l'intervento del 9/12/1988 era stato consigliato dal dott. B. al paziente il ricovero presso la Casa di Cura P.S., ma che lo stesso paziente prof. L. ("capo" dell'equipe anche in relazione all'intervento dallo stesso subito, come emerge evidente dalle prove orali) aveva ritenuto superfluo il ricovero ed aveva deciso di rientrare presso la propria abitazione e che nei giorni immediatamente successivi, su richiesta del medesimo prof. L., il dott. B si è recato presso la sua abitazione (accompagnato da V.G.) riscontrando un arrossamento della zona perianale (circostanze riferite dai testi escussi su indicazione dei convenuti e che l'attore ha inutilmente tentato di contrastare attraverso la deposizione del figlio e di un amico del figlio privi di attendibilità dal momento che tacciono persino sul ricovero dell'attore e sul fatto che lo stesso si è sottoposto ad un altro intervento chirurgico presso una diversa struttura sanitaria prima del Natale del 1988).

In siffatta situazione, è evidente che il prof. L non può utilmente invocare a distanza di circa nove anni - tanti ne sono trascorsi tra l'intervento chirurgico di cui si discute e l'introduzione della causa - una responsabilità del medico che ha eseguito l'intervento il 9/12/1988 o della struttura sanitaria.

Come ben evidenziato dai C.T.U. nella relazione in atti a cui si fa esplicito rinvio, la certificazione medica priva di data certa prodotta dall'attore non è attendibile (anche in considerazione del rapporto di colleganza esistente fra il preteso creditore/danneggiato e l'ortopedico che lo avrebbe visitato nei giorni successivi all'intervento) ed è contraddetta dalle puntuali e condivisibili ragioni tecniche indicate dagli ausiliari.

D'altra parte, pare innegabile che se l'attore - medico chirurgo e docente ben in grado di valutare gli esiti della prestazione ricevuta - avesse effettivamente ritenuto mal eseguito ed errato l'intervento chirurgico del 9/12/1988 non avrebbe certo aspettato degli anni prima di lamentare con i pretesi responsabili i danni che oggi deduce aver subito. In ogni caso, avrebbe potuto (e dovuto) chiedere di accertare con un accertamento tecnico preventivo le asserite conseguenze pregiudizievoli derivate dall'intervento chirurgico subito - sotto la sua "guida" presso la Casa di Cura P.S., anziché rivolgersi ad altra struttura sanitaria, sottoporsi ad un ulteriore intervento chirurgico per poi pretendere a distanza di molti anni di far ricadere sugli odierni convenuti la responsabilità di danni alla salute che lamenta.

Per le ragioni esposte va respinta la domanda risarcitoria dell'attore, non avendo il preteso creditore/danneggiato provato che il danno alla salute è causalmente riconducibile all'intervento chirurgico subito presso la struttura sanitaria convenuta ed eseguito dal dott. B.

(1) La sentenza *de quo* tratta la tematica della responsabilità medico-chirurgica. La natura del rapporto tra assistenza sanitario-ospedaliera e paziente era oggetto di un'accesa diatriba sia in dottrina che in giurisprudenza. Ad oggi l'indirizzo maggioritario giurisprudenziale inquadra tale responsabilità nell'alveo di quella contrattuale ex art. 1218 c.c., *ex pluribus* recentissima Cass. Sez. unite, 11 gennaio 2008, n. 577 in *Giur. It.* con nota correlata di Ciatti. Le sezioni unite, con la sopracitata pronuncia, hanno stabilito che "La responsabilità della struttura sanitaria, come quella del medico da essa dipendente, hanno natura contrattuale: la prima perché l'obbligazione inadempiuta trae origine da un contratto innominato di assistenza sanitaria o di spedalità, la seconda perché si fonda sul contatto sociale tra il medico e il paziente ricoverato" Questa pronuncia viene analizzata, inoltre, da S. Magra, *La responsabilità professionale medica*, in *La Resp. Civ.*, 10, p. 842 ss. Vedi inoltre Cass. 14 giugno 2007, n. 13953 in *Danno e Resp.*, 2007, 10, p. 1062.

Per approfondimenti riguardo al concetto di contatto sociale A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 80 ss. Ancora S. Fallace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004 ove l'autore definisce con tale accezione "il rapporto derivante dal fatto che una delle parti pone la propria sfera giuridica a contatto con quella di un'altra parte."

L'inquadramento del rapporto assume notevole importanza anche riguardo ai termini di prescrizione, secondo cui nel caso di specie risultano quelli ordinari (dieci anni).

TRIBUNALE DI PERUGIA – 25 giugno 2008 – *Est.* Lupo – P. c. R.

**Filiazione naturale – Spese straordinarie – Non indispensabilità delle spese straordinarie – accordo preventivo sulle spese straordinarie – Passaggio in giudicato delle pronunce in materia di affidamento e mantenimento della prole.**

*L'accordo fra i genitori occorre certamente in presenza di spese straordinarie che comportino un consistente impegno economico per gli obbligati, mentre il preventivo accordo non deve ritenersi necessario negli altri casi. Spetterà naturalmente al buon senso delle parti stabilite quando la spesa straordinaria debba considerarsi di consistente rilevan-*

*za sotto il profilo economico tanto da richiedere il preventivo accordo. In tema di mantenimento della prole ed in generale tutte le volte che vengono emesse pronunce in materia di affidamento e mantenimento, le decisioni passano in cosa giudicata "rebus sic stantibus", rimanendo ciò suscettibili di modifica in relazione alla sopravvivenza di esigenze e fatti nuovi* (1).

(*Omissis*). La domanda dell'attore diretta ad accertare la non indispensabilità per le figlie minori delle cure ortodontiche intraprese dalla madre affidataria è infondata e deve essere rigettata.

Invero, nella fattispecie in esame, l'attore in virtù della sentenza *inter partes* emessa dal Tribunale di Perugia in data 18.12.2003 è tenuto a contribuire in misura della metà con la R. alle spese straordinarie nell'interesse delle due figlie minori.

Attraverso l'espletata C.T.U. medico legale, le cui risultanze sono da ritenere logiche ed esaurienti e come tali pienamente condivisibili, è rimasto accertato che le cure ortodontiche intraprese presso la studio dentistico della Dott.ssa (omissis…) di Perugia erano necessarie ed opportune per entrambe le minori. Va in questa sede ribadita la superfluità, già ritenuta dal G.I., delle prove orali e di supplemento di C.T.U., alla luce della chiara richiesta dell'attore di accertare la non indispensabilità delle cure ortodontiche, ritenute invece necessarie dalla convenuta, e dalle risultanze della C.T.U. esaustive ai fini della decisione. Dunque nessun dubbio può sussistere in ordine all'obbligo del P. di contribuire per la metà a dette spese indispensabili per le figlie. Per quanto riguarda l'ulteriore domanda attrice diretta ad ottenere una pronuncia che stabilisca che le spese straordinarie per le figlie debbano essere preventivamente concordate fra i genitori, va rilevato che in tema di mantenimento della prole ed in generale tutte le volte che vengono emesse pronunce in materia di affidamento e mantenimento della prole, le decisioni passano in cosa giudicata *rebus sic stantibus,* rimanendo cioè suscettibili di modifica in relazione alla sopravvenienza di esigenze e fatti nuovi (arg. da Cass. Sez. I, 2.11.2004 n. 21049). Alla luce del principio esposto, nel caso in esame deve escludersi che il passaggio in giudicato della sentenza del Tribunale *inter partes*, con cui venne stabilita la misura della contribuzione dell'attore alle spese straordinarie per le minori, inibisca a questo Tribunale di intervenire in ordine alla necessità di un prevenivo accordo fra i genitori circa le spese straordinarie da effettuarsi nell'interesse delle due figlie. A tale proposito va rilevato che l'accordo fra i genitori occorre certamente in presenza di spese straordinarie che comportino un certamente in presenza di spese straordinarie che comportino un consistente impegno economico per gli obbligati, mentre

il preventivo accordo non deve ritenersi necessario negli altri casi. Ciò in quanto uno dei genitori non deve essere posto dall'altro nella condizione di dover far fronte necessariamente ad una particolare spesa se non dopo essersi accertato della necessità della stessa e aver prestato il proprio consenso. Merita pertanto accoglimento la richiesta dell'attore e conseguentemente va statuito che le spese straordinarie per le figlie vengano preventivamente concordate fra i due genitori (*Omissis*).

(1) La sentenza costituisce una ulteriore conferma della numerosa giurisprudenza in tema di obbligo di mantenimento e di spese straordinarie per i minori.

Sulla peculiare natura degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli e sul significato dello specifico obbligo del mantenimento si veda A. Palazzo, *La filiazione,* in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, 693 ss.

Si veda sul tema specifico delle spese straordinarie anche F. Panuccio Dattola, *Problemi familiari: spese straordinarie e decisioni di maggiore interesse per i figli,* in *Rass. forense*, 2007, 1, pt. 1, 231 ss.; nonché R. C. Delconte, *Genitore affidatario e concertazione con l'altro coniuge delle spese straordinarie,* in *Fam. e dir.,* 1999, 4, 229 ss.

Numerosa è poi la giurisprudenza sulla necessità del preventivo accordo tra i genitori in tema di spese straordinarie. Si veda *ex multis* Cass., sez. I, 5 maggio 1999, n. 4459, in *Fam. e dir.,* 1999, 4, 320 ss.

*Contra*. Si veda Cass. 5 maggio 1999, n. 4459, in la quale pone l'accento sulla differenza tra il concetto di "spesa straordinaria" da quello di "decisioni di maggiore interesse" per i figli affermando che non sussiste alcun obbligo a carico del genitore affidatario di previa concertazione con l'altro genitore sulla determinazione preventiva delle spese straordinarie, nei limiti in cui queste non implichino decisioni di maggiore interesse per i figli.

Rileva ricordare come ogni decisione che statuisca in materia di affidamento e mantenimento della prole passi in giudicata *rebus sic stantibus,* e che per tale motiva sia sempre suscettibile di modifica al sopraggiungere di esigenze e fatti nuovi.

Sul punto, oltre la sentenza citata nel testo, si veda Cass. 21 giugno 1995 n. 6974, in *Rep.*, 1995, voce *Matrimonio*, n. 206 e Cass. 3 agosto 2007 n. 17041, in *Dir. fam. pers.,* 1, 2008, 62 ss.

TRIBUNALE DI TERNI – 14 luglio 2008 (decr.) – *Pres.* De Luca, Rel. Barbieri

**Successione ereditaria – Vendita di beni ereditari – Preliminare concluso dal *de cuius* – Eredi minori – Autorizzazione del Tribunale – Necessità – Esclusione**

*Nel caso di vendita di beni ereditari già oggetto di preliminare concluso dal de cuius, nell'ipotesi in cui vi siano eredi di minore età, non è necessaria l'autorizzazione del Tribunale* (1).

(*Omissis*). Letto il ricorso depositato da P. D., quale genitore esercente la patria potestà sui minori M. I., M. G., M. V.;

rilevato che il ricorso ha come *petitum* immediato l'autorizzazione alla vendita di beni ereditari *ex* artt. 747 C.P.C. e 493 C.C.;

rilevato che i beni oggetto della richiesta di autorizzazione all'alienazione hanno costituito oggetto di un contratto preliminare di compravendita concluso dal *de cuius* M. C. quando era in vita;

rilevato che delle obbligazioni del *de cuius* rispondono gli eredi;

atteso che l'autorizzazione alla alienazione di beni ereditari non occorre quando l'atto non ha funzione dispositiva ma causa solutoria perché pone in essere un adempimento delle obbligazioni a contrarre contratte dal de *cuius*;

P.Q.M.

1) dichiara il non luogo a provvedere sull'istanza.

**(1) Vendita di beni ereditari oggetto di preliminare e minore di età.**

1. L'ordinanza del Tribunale di Terni affronta un tema estremamente dibattuto abbracciando un preciso orientamento dottrinale chiaramente delineatosi in tempi relativamente recenti in merito alla natura dell'adempimento dell'obbligazione, in relazione alla particolare fattispecie dell'obbligazione di contrarre, sorta da contratto preliminare, sotto il duplice aspetto della necessarietà di volontà negoziale nel definitivo e del rischio di pregiudizio dei creditori ereditari. La fattispecie esposta nel ricorso riguarda un caso di successione nel rapporto obbligatorio *mortis causa*, specificamente un caso di successione nell'obbligo di contrarre, in relazione all'alienazione di beni ereditari. La presente pronuncia trova occasione nella presenza di minori tra i successori dell'obbligato con contratto preliminare, il che comporta la necessaria accettazione con beneficio di inventario *ex* art. 471 C.C. da parte dell'esercente la potestà genitoriale, con conseguente ricorso al tribunale

delle successioni *ex* art 747 C.P.C. [1]. Il tribunale nega la necessità di un proprio intervento individuando nella vendita oggetto del ricorso il mero adempimento dell'obbligo assunto dal *de cuius*, quindi un atto *solutionis causa* e non dispositivo, oltre a – implicitamente – ritenere mancante in esso qualsivoglia manifestazione di volontà negoziale da parte dell'esercente la potestà genitoriale al momento della stipula, così prendendo nettamente posizione per la natura non negoziale del c.d. contratto definitivo [2].

2. In merito alla natura dell'adempimento la dottrina ha elaborato nel corso del tempo più teorie. Una prima [3] qualifica l'adempimento come fatto giuridico in senso stretto, argomentando che perché vi sia adempimento, è sufficiente la corrispondenza oggettiva tra la prestazione materialmente eseguita e la prestazione dovuta; una seconda tesi [4] individua nell'adempimento una natura negoziale, identificandolo con un negozio giuridico unilaterale, rinvenendo gli elementi per trarre questa conclusione nella volontà del debitore di finalizzare la prestazione all'assolvimento dell'obbligazione, ritenuto fattore necessario perché di adempimento si possa parlare. Tale elemento negoziale sarebbe necessario per connaturare causalmente la prestazione, potendo, diversamente, questa trovare differente giustificazione. Una terza teoria [5] qualifica l'adempimento come atto giuridico in senso stretto, atto allo stesso tempo dovuto, quindi, e certamente voluto, i cui effetti però trovano origine nella legge – estinzione dell'obbligazione – e non nella volontà di chi li mette in opera. Aderendo a questa teoria sarebbe quindi non ipotizzabile un adempimento accompagnato dalla volontà di non estinguere l'obbligazione cui è diretto, salvo non potersi più qualificare in alcun modo adempimento, bensì trovare fondamento causale differente ed avere, di necessaria conseguenza, natura negoziale. Non è quindi richiesta volontà negoziale di attribuire la prestazione – conforme a quanto richiesto

---

[1] Si rammenta che la Corte di Cassazione ha stabilito che l'autorizzazione alla vendita dei beni pervenuti al minore in forza di successione ereditaria è di competenza del Giudice delle Successioni *ex* art. 747 del codice di procedura civile, su parere del giudice tutelare e non, come precedentemente la stessa Suprema Corte aveva sostenuto, di competenza del giudice tutelare ex art. 320 codice civile. Cass. Sez. Un. 18 marzo 1981 n. 1595; Cass. 26 gennaio 1982 n. 501; Cass. 19 febbraio 1989 n. 1789; Cass. 26 ottobre 1994 n. 8770. Approfondimenti in Auciello, Badiali, Iodice, Mazzeo, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè Milano, 2000, 95 ss.

[2] Alla luce delle teorie analizzate *infra*, si pone il problema della imprecisione terminologica. Tale dicitura è tratta da Gazzoni, *Il contratto preliminare, le teorie*, in www.altalex.com.

[3] Oppo, A*dempimento e liberalità*, Milano, 1947, 325 ss.

[4] Andreoli, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, ss. 22 e 99.

[5] Santoro Passarelli, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 108 ss.

dall'obbligazione – per aversi adempimento, bensì, viceversa, è richiesta volontà negoziale per produrre un differente effetto giuridico rispetto all'adempimento dell'obbligazione. Del resto quanto si evince dagli articoli 1193 e 1194 C.C. in materia di imputazione dell'adempimento conduce invariabilmente in questa direzione. La dottrina maggioritaria [6] infatti ha configurato l'atto di imputazione come negozio giuridico unilaterale e recettizio. Sulla base della stessa argomentazione, nell'imputazione ex art. 1194 C.C. secondo comma, pare riscontrarsi un incontro di volontà con conseguente definizione dell'accordo per l'imputazione come contratto. L'effetto dell'imputazione *ex lege*, infatti, deve considerarsi sussidiario alla mancanza di una volontà negoziale in senso diverso [7]. La tesi contraria [8], che reputa l'imputazione solamente un elemento accessorio dell'adempimento, partecipe quindi della stessa natura di questo, non può ritenersi preferibile. Allo stesso modo, la dottrina prevalente [9] nega avere natura negoziale l'adempimento dell'obbligazione alternativa, con contestuale scelta della prestazione. La volontà negoziale si è infatti già esplicata al momento dell'assunzione dell'obbligazione, individuandosi la volontà della scelta certamente come mera volontà fattuale. L'atto di scelta condivide la stessa natura dell'atto di adempimento, di cui costituisce un presupposto, essendo operazione strumentale e preordinata a questo, senza rilevanza esterna ulteriore [10].

Come ben osserva l'attenta dottrina citata che troviamo applicata con chiara lucidità nel provvedimento in commento: "la volontà non rileva dal punto di vista della produzione dell'effetto tipico, consistente nell'attuazione della prestazione solutoria, perché ciò che conta è solo la idoneità obiettiva della prestazione eseguita... e che tale prestazione sia rivolta all'esterno nei confronti del creditore" [11]. Tale teoria risulterà certamente preferibile e trova conforto anche in alcune norme del codice opportunamente tra loro messe a confronto, facendo risaltare la sostanziale differenza tra negozialità e volontarietà in tema di adempimento. Gli artt. 1191, 1935 secondo comma e 2034 c.c. danno chiara immagine di come il legislatore abbia diversamente valutato la natura dell'obbligazione non sorretta da un vincolo giuridico cogente rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni [12]. Il principio per cui l'irripetibilità della prestazione effettuata

---

[6] Bianca, *Diritto Civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1993, 275.

[7] Nobili, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano 2008, 329.

[8] Magazzù, *L'imputazione del pagamento*, Milano, 1971, 35.

[9] Rubino, *Delle obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, in Comm. Cod. Civ. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, 71.

[10] Nobili, *op. cit.,* 329.

[11] Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, ESI, 2007, 578.

[12] Non si vuole in alcun modo approfondire in questa sede la questione relativa alla natura di obbligazione o meno della c.d. obbligazione naturale, per la quale si rinvia a Nobili, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2008, 16 e ss.

a titolo di adempimento da parte di soggetto incapace trova eccezione nel caso in cui si tratti di adempimento di obbligazioni non giuridicamente vincolanti, dove la volontà torna ad avere funzione essenziale per giustificare causalmente l'effetto costitutivo (modificativo) della realtà. La mancanza di negozialità non esclude però, come si evince leggendo attentamente le norme in oggetto, anche in confronto con la differente terminologia degli artt. 2043 e 2046 c.c., la imputabilità e la volontarietà. Qualificare l'adempimento come fatto giuridico in senso stretto comporta la non imputabilità di questo ad alcun soggetto agente, perdendosi quindi completamente la dimensioni soggettiva di questo. In assenza di una imputabilità al debitore perdono completamente di senso alcune norme del codice, prime tra queste l'art. 1180 c.c. e l'art 1218 c.c.. Qualora, infatti, per adempimento si intenda la mera corrispondenza oggettiva tra il dovuto e il prestato, non si potrebbe ontologicamente neanche considerare un adempimento del terzo, non entrando tra gli elementi costitutivi l'autore del detto *praestare*. Allo stesso modo perderebbe completamente senso tutta la normativa che regola la imputabilità o meno dell'inadempimento, con le relative conseguenze [13]. Deve pertanto identificarsi la volontarietà con la imputabilità, che è alla base della possibilità di compiere atti giuridici, esplicitamente disciplinata tra le norme relative alla imputabilità degli atti illeciti [14], ossia l'esistenza di una "minima capacità contingente per cui il fatto possa ritenersi sorretto da una volontà consapevole" [15], con riferimento ovviamente non agli effetti giuridici finali ma alla semplice materialità dell'atto compiuto. Con la conseguenza che quando tale capacità di intendere e volere sussista – il che è requisito degli atti giuridici – l'atto deve ritenersi produttivo degli effetti giuridici che la legge ad esso ricollega, ossia, nel caso dell'adempimento, l'estinzione dell'obbligazione; nel caso dell'atto illecito, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria.

3. Per giungere alla conclusione nell'ordinanza in parola, il tribunale ha dovuto prendere una netta posizione in merito alla natura dell'adempimento dell'obbligo nascente dal contratto preliminare, che per essere correttamente ricostruita, deve essere osservata nella sistematica delle tesi proposte dalla dottrina. Il punto è determinare se prevalga in esso la natura di adempimento dell'obbligazione o se, diversamente, prevalga la natura contrattuale. Nel primo caso, occorrerà preliminarmente sciogliere il nodo del contenuto di questo adempimento, in generale e, nello specifico, nel contratto preliminare di compravendita immobiliare. Nella seconda

---

[13] Per approfondimenti, NOBILI, *op. loc. cit*.

[14] Si richiama la acuta notazione di SANTORO PASSARELLI, in merito di *atti illeciti* che il codice erroneamente chiama *fatti illeciti*, in SANTORO PASSARELLI, op. cit. pag. 108.

[15] SANTORO PASSARELLI, *op. cit.,* 110 ma anche, GAZZONI, *Manuale di Diritto privato*, Esi, Napoli, 2007, 569.

ipotesi, il contratto definitivo sarà un vero e proprio contratto, che ha una vita autonoma e distinta rispetto al preliminare.

Il codice attualmente vigente, mediante una serie di norme, mostra di considerare lo strumento della promessa di contrarre passibile di contenere qualsivoglia contratto nominato o innominato, qualificandosi come strumento generale; allo stesso tempo sottolinea il rapporto che lo lega al definitivo non solamente sotto l'aspetto formale. La disciplina dell'esecuzione in forma specifica, successivamente, applicata al contratto preliminare ex art. 2932 C.C., sembra prima facie contrastare con quanto inizialmente dettato dal legislatore e con la stessa terminologia usate, ma può essere di valido aiuto per indicare la via all'interprete. Tale ultima norma ha previsto l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre non adempiuto, mediante sentenza che tiene luogo degli effetti del consenso [16]. Seguono ulteriori norme in materia di trascrizioni finalizzate a rendere maggiormente effettiva la tutela offerta in favore del contraente del preliminare nella compravendita immobiliare [17]. Sulla base di questi elementi, appare quindi particolarmente complesso sostenere la negozialità del definitivo, salvo dover comunque riconoscere l'alternativa della sentenza e quindi concludere per riconoscere a questo una negozialità eventuale o, comunque "minore", ossia vincolata, non solo nell'*an*, ma anche nel *quomodo*. In caso si voglia optare per la differente teoria, occorrerà riconoscere una sostanziale svalutazione del definitivo [18] oppure affermare senza mezzi termini la netta separazione tra titolo e *modus acquirendi* [19] in cui il definitivo è mero negozio di trasferimento necessario per il passaggio della proprietà, tra l'altro astratto [20].

Affermando la natura negoziale del definitivo, tenuto conto dei limiti detti, si è argomentato che dal preliminare nasce un vincolo meno intenso essendo il contratto non completamente definito in ogni suo elemento, tale funzione spettando proprio al definitivo; il preliminare troverebbe quindi la sua ragion d'essere nel concordare tra le parti una riserva di completamento futura [21]. Questa motivazione, già esposta da dottrina sviluppata in tempi non recenti [22], conduce, inesorabilmente, a inquadrare il preliminare tra le

---

[16] GAZZONI, *Il contratto preliminare, le teorie*, in www.altalex.com, 4.

[17] Che, come esplicitamente riconoscono tutti gli autori, è la fattispecie statisticamente assolutamente dominante.

[18] Sostanzialmente aderire alla teoria, di origine francese, per cui *promesse de vente vaut vente*, in CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, Giurisprudenza Italiana, 1987, I, 678 ss.

[19] Dottrina di origine germanica, ben ricostruita in SPECIALE, *il Vorvertrag*, in Rivista di Diritto Civile, 1986, 45 ss.

[20] GAZZONI, *op. ult. cit.,* 3.

[21] NICOLETTI, *significato attuale del contratto preliminare*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 1970, 401 ss.

[22] Per una disamina delle teorie più risalenti, con confronti e paralleli con alcune dottrine straniere, GAZZONI, *op. ult. cit.*

trattative precontrattuali, rendendolo del tutto indistinto e indistinguibile da queste [23]. Recentemente si è sostenuto che l'identità di contenuti tra preliminare e definitivo dipenda dalla funzione prevalentemente normativa di questo, applicandosi quindi la distinzione tra normazione astratta e normazione concreta, la seconda solamente destinata a intervenire sul regolamento di interessi [24]. Secondo altra dottrina invece il definitivo esplicherebbe la sua funzione solamente sugli effetti della normazione stabilita con il preliminare, facendone venire meno la precarietà, essendo la regolamentazione di questi fatta dal preliminare [25]. Si avrebbe una sostituzione con caratteri di novazione, quindi, con caratteristiche solo latamente solutorie, nonostante si ribadisca il nesso inscindibile di adempimento e la dipendenza del secondo dal primo [26]. Anche questa ricostruzione è stata successivamente criticata, in primo luogo perché presuppone un'obbligazione la cui estinzione naturale è la novazione e non l'adempimento, in secondo luogo perché si dovrebbe ipotizzare una novazione in parte tipica e in parte atipica avente causa mista solutoria (esterna) e attributiva (interna), di difficile inquadramento [27].

Prendono le mosse da questa teoria anche coloro che ritengono il definitivo abbia piena natura contrattuale, in quanto in esso le parti esprimono nuovamente e autonomamente il proprio consenso alla regolazione degli interessi disciplinati, verificando ex novo la convenienza in essa. La necessaria conclusione di questa tesi è che le parti possano, al termine di questa nuova valutazione della convenienza degli interessi, rifiutarsi di stipulare il nuovo contratto [28], il rifiuto di adempiere si sostituirebbe quindi agli strumenti di tutela predisposti dal legislatore per incidere su un vincolo contrattuale in qualsiasi modo viziato, integrando così una reazione preventiva e non successiva, ad efficacia certamente reale – non essendo in alcun modo intervenuta traslazione del diritto – e di più pronta realizzazione[29]. La giurisprudenza, inoltre, con delle eccezioni [30], ammette che quanto può

---

[23] GAZZONI, *op. ult. cit.,* 5.

[24] ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano 1966, 96, ss.

[25] Potrebbe supportare questa teoria Trib. di Nola, sez. II, 15 settembre 2004, dove è ribadito che al contratto preliminare non si applicano i termini di cui all'art. 1495 C.C. per la denuncia dei vizi, argomentando che gli effetti non decorrono prima del definitivo, mancando effetto traslativo ed essendo presupposto per l'applicazione della normativa in parola l'acquisto della proprietà del bene.

[26] RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 177 ss. Ulteriore variante di questa tesi individua il definitivo come "trasformazione" del preliminare, in PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano 1974, 88 ss.

[27] GAZZONI, op. ult. cit. pag. 6; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, 72, ss.

[28] GABRIELLI, *op. ult. cit.* 174, ss.

[29] "Chiunque preferisce il prevenire al dover correre ai ripari repressivi." in G. GABRIELLI, *op. ult. cit.,* 159, ss.

[30] Si veda alla nota 25, sentenza del Tribunale di Nola.

incidere negativamente sul definitivo, possa allo stesso modo avere effetto sul preliminare. Tale controllo da effettuarsi in due momenti, di sicura pratica utilità, non può però assurgersi a causa della necessaria contrattualità dell'operazione definitiva, essendo, come nota attenta dottrina, operante solamente nel campo della *res facti*[31].

Al termine di questo rapido excursus non si può uscire dal dilemma esposto in premessa, per cui o il definitivo è contratto, e come tale avrà tutti gli elementi di questo e non potrà essere adempimento dell'obbligazione, o viceversa.

Ulteriori tentativi di ricondurre ad unità elementi inconciliabili non possono in alcun modo sostenersi [32], deve pertanto concludersi, come fa autorevole dottrina, che nel caso del preliminare di compravendita immobiliare, siamo in realtà di fronte ad una vendita obbligatoria [33], dove l'effetto reale però, in parziale discostarsi dalla previsione dell'art. 1476 deve ricondursi al definitivo. La giurisprudenza della Cassazione ormai consolidata [34] afferma l'ammissibilità del c.d. obbligo di dare identificando quindi il definitivo come pagamento traslativo, avente natura di adempimento dell'obbligo in parola [35], quindi atto dovuto, con tutte le conseguenze in merito ai presupposti e ai vizi.

Differentemente potrebbe argomentarsi dalla possibilità che si verifichi una differenza nel contenuto tra preliminare e definitivo. Tale eventualità va invece annotata come ulteriore conferma di quanto fin qui esposto, trattandosi, in tal caso, compiutamente, di novazione contrattuale. In questa eventualità, in rapporto di *species* a *genus* rispetto al caso, maggiormente frequente, della piena coincidenza nel contenuto dei due, si potrà realmente parlare di natura negoziale, purchè tale intento novativo, come ben sottolinea attenta dottrina, risulti in qualche modo dalla volontà delle parti, potendosi, diversamente ravvisare un parziale inadempimento [36] o, nel caso di non coincidenza soggettiva, anche adempimento del terzo [37].

---

[31] Si veda GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, 2007, 883.

[32] Per un ampio panorama di dottrine proposte, GAZZONI, *il contratto preliminare, le teorie*, in www.altalex.com, 7.

[33] SACCO, in SACCO e DE NOVA, *il Contratto*, 56.

[34] Cass. 9507/87, Cass. 10612/91.

[35] DI MAIO, *Delle Obbligazioni in generale*, Commentario del Codice Civile SCIALOJA e BRANCA, a cura di GALGANO, Bologna e Roma, 1988, 377, ss.

[36] GAZZONI, *op.ult. cit.,* 9.

[37] Cass. Sez. Un. 11624/06, in cui, ribadita la natura di adempimento del definitivo, si afferma che il promittente acquirente non può rifiutarsi di stipulare l'atto definitivo di compravendita se apprende, in sede di stipula di questo, che al momento della sottoscrizione del contratto preliminare il promittente venditore non era titolare del bene ma che l'effettivo proprietario è disposto ad adempiere egli stesso il detto preliminare, stipulando l'atto definitivo. Notano infatti le Sez. Un. che il contenuto del preliminare non è l'obbligo di prestare il consenso – che per essere adempiuto da differente persona avrebbe avuto necessità di consenso

4. Nel caso in commento, discende da quanto detto che non occorre che i minori esprimano alcuna volontà negoziale per adempiere all'obbligazione contratta dal de cuius loro dante causa, ma bensì che questo atto di alienazione rientri nella più ampia categoria dei pagamenti di precedenti obblighi.

Indipendentemente dalla natura di bene ereditario di quanto oggetto di preliminare, dalle considerazioni sopra esposte, discende necessariamente che il trasferimento di questo non è mai atto necessitante di autorizzazione *ex* art. 320 terzo comma, bensì deve considerarsi alla stregua di un pagamento, atto di ordinaria amministrazione. Non si dubita che la fattispecie citata debba intendersi derogativa della generale potestà ad amministrare i beni dei minori in potestate riconosciuta ai genitori [38] prevista dal comma 1 di detto articolo. Accettandosi la natura di atto solutorio, non comportante volontà negoziale ma mera imputabilità, discende che il rappresentante del minore non necessita di alcun provvedimento giudiziale, anche fuori dall'ambito successorio.

D'altro canto, il provvedimento nel caso di specie richiesto e ritenuto non necessario, intende anche garantire il mantenimento del beneficio di inventario in capo agli accettanti minori, che si andrebbe a caducare a seguito dell'alienazione di beni ereditari senza preventiva autorizzazione ai sensi dell'art. 493 c.c.. Tale eventualità, come ha sancito costante giurisprudenza [39] e unanime dottrina, non sussiste, non potendosi convertire la accettazione beneficata dei minori in accettazione pura e semplice per effetto dell'art. 471 c.c., il quale deroga e prevale sull'art. 493 citato.

La citata giurisprudenza ritiene infatti non applicabile ai minori l'art. 476 C.C., non essendo possibile un'accettazione tacita da parte di questi e non rilevando a questi fini gli eventuali comportamenti da questi messi in essere[40]. L'interpretazione data dal tribunale nel provvedimento in commento, esclude alla radice che tale effetto si possa verificare; diversamente il tribunale avrebbe dovuto provvedere, seppur limitatamente a questo aspetto. Secondo ampia dottrina [41], per valutare se un comportamento è idoneo a integrare un atto "che presuppone necessariamente la sua vo-

---

del creditore – bensì di dare – ossia di assicurare il trasferimento della proprietà – prestazione certamente fungibile. Si osservi inoltre che nella stessa sentenza si ribadisce che il soggetto tenuto alla garanzia per i vizi ed evizione rimane il promittente alienante.

[38] AUCIELLO, BADIALI, IODICE, MAZZEO, *op. cit.,* 104 ss.

[39] Cass. 7417/99, in Giustizia Italiana, 2000, 467; Cass. 2276/95, in *Vita Notarile,* 1996, 256; Cass. 9648/00, in *Rivista del Notariato,* 1996, 256.

[40] Deve intendersi, nemmeno se compiuti dal soggetto legittimato ad esprimere la volontà negoziale del minore munito dei necessari provvedimenti o pareri dell'autorità giudiziaria competente.

[41] FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni, Commentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1997, 253, GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, 2007, 451.

lontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede" occorre verificare l'esistenza di una volontà da valutarsi in termini soggettivi e non oggettivi. Rileverebbe l'*animus* del chiamato, non la natura dell'atto compiuto. Ai fini del presente scritto occorre valutare se tale volontà di accettare, a norma dell'art. 476 citato debba essere intesa come imputabilità o come negozialità. La giurisprudenza ritiene che tale accettazione può derivare anche da un mero comportamento, tra cui anche pagamento di un debito ereditario con denaro proveniente dall'asse [42]. In base a queste considerazioni dobbiamo concludere che ai fini di integrare tale volontarietà non occorre negozialità ma è sufficiente mera imputabilità, ferma comunque la necessaria piena capacità di agire nel soggetto perchè possano prodursi gli effetti legati all'accettazione tacita di eredità. Come ha acutamente notato attenta dottrina [43], l'accettazione tacita prescinde dalla validità dell'atto posto in essere; ciò che rileva è la possibilità di desumere da questo, in via interpretativa una volontà.

Resta da esaminarsi l'utilità del provvedimento richiesto in merito al reimpiego dei frutti della vendita, chiesto relativamente ad un contratto preliminare all'acquisto di parte di un immobile a suo tempo sottoscritto dal *de cuius,* anche questo debitamente registrato, o, viceversa, l'estensibilità di quanto detto *supra* anche al caso di specie, che può forse risultare di ancora maggiore interesse.

La decisione del Tribunale in parola, infatti, sembra voler attribuire la non necessità della disposizione relativa al reimpiego sulla vincolatività anche di questo, pur rimanendo questa congettura nel campo degli *obiter dicta*.

Premettendo che quanto visto in merito al contratto preliminare di compravendita deve intendersi *naturaliter* applicabile ad entrambi i lati del rapporto obbligatorio, la conclusione del procedimento logico non può che essere quella sopra riportata. Essendo gli eredi obbligati ognuno pro quota e unitamente tra loro per l'intero [44] *iure successionis* ad adempiere alle

---

[42] Cass., 3492/74, Cass., 12327/99, in *Rivista del Notariato* 2000, 475.

[43] GAZZONI, *op. cit*., 451.

[44] Sul punto si veda, recente, Cass. 15592/07 che, pur ribadendo la piena validità del principio derivante dalla tradizione romanistica *nomina et debita ipso iure dividuntur*, afferma che, processualmente, tale automaticità ipso iure non sussiste, essendo onere del debitore convenuto eccepire la propria responsabilità solo pro quota dei debiti ereditari, a norma dell'art. 754. In Rivista del Notariato, 2008, pag. 694. Si veda inoltre Cass. Sez. Un. 24657/2007 dove la Suprema Corte a Sezioni Unite ha affermato il principio secondo cui i crediti del *de cuius* sono oggetto di comunione tra i coeredi. Da questo discende che "ciascuno dei partecipanti ad essa può agire singolarmente per far valere l'intero credito ereditario comune o anche la sola parte di credito proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi. La partecipazione al giudizio di costoro può essere richiesta dal convenuto debitore in relazione ad un concreto interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno

obbligazioni contratte dal *de cuius,* essi sono anche obbligati ad acquistare l'immobile oggetto del secondo contratto preliminare in parola, ai patti e condizioni in questo contenuti. Da ciò discende che quanto da riscuotersi dall'alienazione dell'immobile promesso in vendita è da reimpiegarsi necessariamente per l'adempimento dell'obbligazione di acquisto, senza necessità di un provvedimento in tal senso. Tale reimpiego, certamente suggerito dalla praticità, non potrebbe però, a rigor di logica, ritenersi l'unica modalità possibile per adempiere all'obbligazione sorta dal secondo preliminare di cui abbiamo detto, nulla potendo dare certezza che gli eredi non abbiano differenti risorse per adempiere, tra cui non si possono escludere anche risorse proprie non aventi origine dalla successione. Occorre quindi tenere in considerazione la ratio della norma di cui all'art. 747 del c.p.c., e alla luce di questa valutare se non sussistono le necessità, fuori dal caso concreto, che giustificano il provvedimento. L'articolo in questione è orientato principalmente a garantire eventuali creditori e legatari nelle loro ragioni se, a seguito dell'alienazione di beni ereditari compiuta a norma dell'art. 493 C.C., può apparire possibile un pregiudizio a tali ragioni, riducendosi la massa a garanzia di quanto agli stessi creditori e legatari potenzialmente spettante. A questi fini la legge prevede l'obbligo del reimpiego, cui può sommarsi lo scopo di tutela degli eventuali eredi minori o incapaci [45] che rimane però solo eventuale. Di conseguenza deve notarsi come, in caso di acquisto da parte dei coeredi di un immobile con il ricavato della vendita di bene ereditario, tale reimpiego sia da considerarsi idoneo, anche ai fini di cui all'art. 747 c.p.c. Bensì occorre domandarsi, e il provvedimento in oggetto sul punto non offre alcun sostegno, cosa possa avvenire nell'ipotesi in cui gli eredi adempiano al preliminare in cui sono succeduti nella posizione del promittente acquirente con denaro proprio o se appaia uno solo di questi come contraente o perfino, *ad abundantiam,* se il contratto definitivo sia stipulato da un terzo in applicazione della clausola di nomina del contraente ex artt. 1401 e segg. C.C., che può presumersi presente, come è prassi nella contrattazione immobiliare. Nel primo caso, deve notarsi che in applicazione del principio della surrogazione reale[46] vi sarà un nuovo bene in sostituzione del denaro ricavato dalla vendita; negli altri casi, alla luce della non coincidenza dei soggetti coinvolti, ben difficilmente potrà applicarsi tale criterio, anche alla luce dei noti principi che regolano gli acquisti immobiliari. Ben più dirimente è concludere che, essendovi obbligo di alienazione e di acquisto [47], la massa ereditaria non può in alcun modo ritenersi danneggiata dall'adempimento di

---

del credito." Da questo discende un sostanziale mutamento nell'applicazione del (ribadito) principio.

[45] Auciello, Badiali, Iodice, Mazzeo, *op. cit.,* 109 ss.

[46] Esplicato anche in funzione inversa, *res succedit in locum pretii*, Gazzoni, *op. cit.* 617.

[47] Si veda la nota 44 in merito alla solidarietà dei crediti spettanti al *de cuius* e caduti in successione.

questi obblighi, indipendentemente dal reimpiego che il ricavato di questa alienazione abbia e con tale argomento chiudere ogni diatriba in merito. La non necessaria coincidenza soggettiva lascia però aperto un margine di incertezza che poteva consigliare di disporre il reimpiego delle somme con le modalità richieste della ricorrente. Si può diversamente argomentare che il tribunale, valutati gli elementi della fattispecie esposti nel ricorso, ha deciso per la non applicabilità anche dell'art. 748 C.P.C., essendovi in questo stesso articolo un inciso che ne subordina l'applicazione alla verifica dell'occorrenza, che evidentemente è apparsa non sussistente.

LUIGI SCONOCCHIA SILVESTRI

GIUDICE DI PACE DI TERNI – 31 marzo 2008 – *Est*. SEVI – L.G. (avv. ti Porrazzini, Fieri) c. Comune di Terni (avv. Silvi).

**Circolazione stradale – Impianti semaforici – Omologazione e taratura – Passaggio con luce rossa – Rilievo fotografico – Assenza di vigili – Legittimità dell'accertamento – (c.d.s., art.146, 41, 201 *ter*).**

*Nell'ipotesi in cui il conducente di autovettura abbia proseguito la marcia nonostante il semaforo proiettasse luce rossa, è legittimo l'accertamento delle violazioni degli artt. 146, terzo comma e 46 c.d.s. rilevate, in assenza di vigili, mediante apparecchio denominato "Trafficphot III-SR-PhotoR&V", regolarmente omologato* (1).

(*Omissis*). In via del tutto preliminare, è opportuno sottolineare come, nel disciplinare il processo di opposizione a sanzioni amministrative, pur non essendo state superate le incertezze in merito al modello adottato, la giurisprudenza di legittimità, ormai costantemente, preferisce privilegiare il modello processual-civilistico, sul rilievo che il giudizio di opposizione ha in comune con il giudizio civile il fatto di essere mirato su un fatto che può essere accertato e valutato dal giudice, se ed in quanto a ciò lo inducano le parti, e nei limiti delle richieste sostanziali delle stesse mentre, nel processo penale, la sanzione è liberamente modificabile dal Giudice. L'opposizione avverso sanzione amministrativa,

pertanto, si configura come atto di un ordinario processo civile, le cui regole generali, in difetto di espressa disposizione contraria, non possono non applicarsi (Cass. SS.UU. 3271/90 ); ne deriva che questo Giudice ha l'obbligo di decidere la controversia sulla base della sola *causa petendi* prospettata dalla parte, non potendo estendere la propria conoscenza ad un riesame totale dell'atto, al di fuori di qualsiasi limite posto dalla suddetta *causa petendi*. Venendo, pertanto, all'esame della fattispecie che ci occupa, la ricorrente non nega espressamente l'effettiva sussistenza dell'infrazione contestata, limitandosi ad eccepire meri profili formali dell'atto impugnato, sicché risulta notevolmente attenuato l'onere probatorio, normativamente imposto alla P.A. procedente, relativamente alla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito sanzionato; sul punto, infatti, si reputano sufficienti l'impugnato verbale – che, per la sua sola provenienza da Pubblico Ufficiale, gode dell'efficacia privilegiata di cui all'art. 2700 cod. civ., e forma, pertanto, prova fino a querela di falso delle circostanze che il P.U. attesta di avere personalmente constatato – ed i fotogrammi riproducenti l'autoveicolo della L. G. al momento della commissione dell'infrazione.

Con il primo motivo di opposizione, la L. lamenta la mancata dimostrazione della corretta funzionalità dell'apparecchiatura usata per il rilevamento della contestata infrazione, e con il secondo motivo lamenta la mancanza di prova in ordine alla corretta taratura della strumentazione utilizzata.

Tali argomentazioni, tuttavia, non inficiano minimamente la validità dell'impugnato provvedimento.

Pur prescindendo dalla circostanza che il verbale stesso dà espressamente atto che lo strumento è stato verificato per il perfetto funzionamento, deve tuttavia rilevarsi come non si rinviene nessuna norma, che prescriva la taratura delle apparecchiature usate per il rilevamento delle violazioni di cui all'art. 146 e 41 C.d.S.

Inoltre, laddove la L. ha espressamente voluto dedurre l'inattendibilità della rilevazione, deve rilevarsi come entrambe le censure – che si esaminano congiuntamente, in quanto intimamente connesse – siano state introdotte in modo assolutamente generico, senza fornire alcun elemento concreto dal quale desumere il non perfetto funzionamento dello strumento *de quo*. In proposito giova richiamare l'orientamento giurisprudenziale ormai costante, secondo il quale, in mancanza di specifiche contestazioni su concreti difetti, è sufficiente che l'Amministrazione fornisca prova che l'apparecchiatura sia del tipo omologato dal competente Ministero dei Lavori Pubblici.

Questo Giudicante, infatti, ritiene che non sia sufficiente, per devolvere al Giudice la cognizione sulla regolarità non soltanto formale dell'atto impugnato, eccepire l'inattendibilità dei dati per la mancanza

di taratura, non contestata dalla P.A. resistente. In realtà, come detto, la Suprema Corte è costante nel ritenere che l'opponente, per superare l'efficacia probatoria dello strumento di rilevamento dell'infrazione, debba allegare e debitamente provare concrete circostanze che lascino inequivocabilmente desumere il difetto di costruzione o di installazione dell'apparecchio (Cass. Civ. 26.08.1998 n° 8469; Cass. Civ. 12.07.1996, n° 6337), senza che "*…possa farsi leva, in senso contrario, su considerazioni di tipo meramente presuntivo o congetturale, connesse all'idoneità della mancanza di revisione o manutenzione periodica dell'attrezzatura a pregiudicarne l'efficacia*" (Cass. Civ. 15324/06 ).

La Legge 273/1991, richiamata dall'opponente, non ha alcuna relazione con gli apparecchi di rivelazione elettronica della velocità; tale normativa, infatti, concerne soltanto i controlli metrologici effettuati sugli apparecchi di misurazione di tempo, di distanza e di massa, in base a campioni nazionali fissati dal D.M. 30.11.1993, n° 591.

Infatti, anche la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire espressamente che le doglianze sulla mancata taratura delle apparecchiature elettroniche, usate per il rilevamento del passaggio degli autoveicoli con il semaforo rosso, *non hanno fondamento normativo, dal momento che nessuna disposizione normativa impone la taratura periodica o prima dell'uso delle apparecchiature di rilevazione automatica dell'infrazione di cui all'art. 146 Codice della Strada* (Cass. Civ. Sez. II, 16.05.2007, n° 11328).

L'opposizione, pertanto, deve essere rigettata; in merito alla pena pecuniaria, questo Giudice ritiene congrua quella irrogata nella misura del minimo edittale nell'impugnato verbale (*Omissis*).

## (1) Problematiche relative all'omologazione e taratura dei dispositivi documentatori di infrazioni semaforiche.

1. La sentenza in rassegna si inserisce nel cospicuo contenzioso [(1)] correlato all'applicazione di e sanzioni amministrative conseguenti all'uso di

---

[(1)] È questa una sentenza rivelatrice dell'orientamento dell'ufficio del giudice di pace di Terni (fra le altre, nel medesimo senso della pronuncia in esame, giudice di pace di Terni, 4 febbraio 2008 e 14 luglio 2008, entrambe inedite). Recentemente in numerosi Comuni italiani i sistemi di rilevazione elettronica del passaggio con il rosso sono stati oggetto di roventi critiche a causa di vere o presunte irregolarità soprattutto per l'utilizzo di apparecchiature su impianti con i tempi del giallo 'drasticamente' ridotti. Tra gli interrogativi posti in modo ricorrente, si segnalano il tempo intercorrente tra il passaggio sui sensori e lo scatto fotografico. V. da ultimo, *ex plurimis*, giudice di pace di Treviso, 31 agosto 2007, in *www.piemmenew.it*: «Se la durata della luce gialla del semaforo è troppo breve, il verbale va annullato».

Oggetto prevalente delle predette critiche è il sospetto che la durata del giallo sarebbe volutamente troppo breve, così da sanzionare un maggior numero di automobilisti 'fotografati' a passare con il rosso. I carabinieri hanno notificato ordini di "esibizione e consegna" ai Comandanti di diverse Polizie municipali, nell'ambito di indagini ancora in corso sui semafori videosorvegliati. Sono state aperte inchieste giudiziarie a carico di amministrazioni comunali nelle province di Bergamo, Brescia, Biella, Como, Cuneo, Lecco, Lodi, Mantova, Milano, Modena, Novara, Padova, Pavia, Perugia, Piacenza, Ravenna, Reggio Emilia, Rovigo, Teramo, Treviso, Vicenza, Varese, Venezia (v. *www.strademulte.it*).

L'argomento di cui si tratta è stato oggetto di interrogazione parlamentare nella seduta n. 141 del 4 aprile 2007, all. b, in *legxv.camera.it*: «Baldelli e Giro. – *Al Ministro dell'interno, al Ministro dei Trasporti*. – Per sapere – premesso che: sempre più spesso molti automobilisti lamentano la riduzione dei tempi di passaggio dalla luce gialla alla luce rossa dei semafori; la questione è stata sollevata, da ultimo, anche dall'associazione dei consumatori 'Codacons'; tale riduzione rappresenta un pericolo per la sicurezza stradale, visto che comporta una riduzione notevole del tempo di reazione di frenata degli automobilisti e quindi difficilmente compatibile con le esigenze di alcune categorie di automobilisti, soprattutto con riguardo alle persone anziane; secondo la Corte di Cassazione, i Photored F.17, gli apparecchi che fotografano chi attraversa un incrocio con il semaforo che emette luce rossa, sono uno strumento inidoneo ad assicurare una corretta rivelazione del fatto illecito (sez. II civile, sentenza 17 novembre 2005, n. 23301); in particolare, secondo la Suprema Corte, l'attendibilità di una rilevazione fotografica può entrare in crisi ove si pensi all'ipotesi semplificativa di coda di autoveicoli che non consenta al mezzo che abbia legittimamente impegnato l'incrocio di attraversarlo tempestivamente, perché la rilevazione fotografica, inquadrando solo una parte del *locus*, ne impedirebbe la visione completa e giustificatrice del presunto illecito stradale; *id est* l'apparecchiatura di rilevazione, fotografando solo un momento del presunto fatto illecito e da una sola angolazione prospettica, non è pienament attendibile, laddove si pensi ad ipotesi (coda di auto, transito di animale sulla via, incidente commesso da altri, passaggio improvviso di pedoni, ecc.) in cui è necessaria una visione più completa, idonea a scriminare, pienamente, l'autore della presunta infrazione. In altri termini, l'apparecchiatura di rilevazione fotografica causa un *visus* limitato e, per ciò solo, non del tutto attendibile *ex se*; la riduzione dei cosiddetti tempi di arancio dei semafori, insieme alle problematiche concernenti gli apparecchi Photored F.17, ha fatto lievitare in maniera considerevole il numero delle multe elevate ai trasgressori del divieto di passaggio in presenza del segnale rosso del semaforo; gli unici beneficiari di questa spiacevole situazione, che vede la categoria degli automobilisti sempre più vessata, sia economicamente che psicologicamente, sono i Comuni che incassano i soldi delle multe elevate grazie al suddetto meccanismo –: se il Governo non intenda intervenire per monitorare e ridurre l'uso a pochi casi ritenuti necessari ai fini della sicurezza stradale e dello scorrimento del traffico, da parte dei Comuni, degli apparecchi Photored F.17 e di altri simili, e per ristabilire un tempo più ampio di durata standard della luce gialla dei semafori; se il Governo non intenda intervenire per imporre ai Comuni di segnalare in modo chiaro e comprensibile agli automobilisti la presenza di dispositivi di rilevazione automatica presso l'incrocio».

Il Ministero dei Trasporti con circolare prot. n. 0067906 del 16 luglio 2007, in *www.piemmenews.it* ha precisato che l'art. 41, comma 10 c.d.s. non indica una durata minima del periodo di accensione della luce gialla veicolare e che lo studio

dispositivi di controllo utilizzati in modalità completamente automatica (cioè senza la presenza dell'operatore di polizia stradale) [2].

---

prenormativo pubblicato dal CNR il 10 settembre 2001, concernente norme sulle caratteristiche funzionali e geometriche delle intersezioni stradali, al paragrafo 6.7.4 in relazione alla determinazione dei tempi del giallo, indica durate di 3, 4 e 5 secondi per velocità in arrivo pari, rispettivamente, a 50, 60 e 70 km/h. In particolare, in base al suddetto studio, in presenza di traffico pesante con veicoli di lunghezza massima pari a 18,75 m, ivi compresi autocarri, autobus, filobus, autotreni, autoarticolati, autosnodati, filosnodati e vetture tranviarie, è indicata una durata di 4 secondi anche per velocità di 50 km/h. Nella pratica, ai fini della massima uniformità applicativa, si adottano generalmente tempi fissi di 4 e 5 secondi, rispettivamente su strade urbane ed extraurbane. In ogni caso, la predetta nota ministeriale osserva che la fasatura dell'impianto semaforico, effettuata a cura dell'ente proprietario della strada sulla scorta della geometria dell'intersezione e delle caratteristiche di traffico, è del tutto indipendente dal funzionamento dell'eventuale sistema elettronico per il rilievo delle infrazioni. Tali apparecchiature, infatti, «sono attivate dallo scatto del rosso, non sono condizionate dalla durata del giallo e non possono in alcun modo influire sul funzionamento dell'impianto semaforico».

Sul corretto comportamento che l'automobilista deve tenere allo scattare della luce semaforica gialla v. Cass. pen., 12 ottobre 2007, n. 37581, in *www.poliziamunicipale.it*: «Egli deve fermarsi e questa prescrizione è prevalente su qualsiasi altra giustificazione che porta spesso l'utente stradale a sfruttare i tempi del semaforo giallo per proseguire e "liberare" presto l'incrocio. D'altra parte ogni prudenza possibile va messa in atto per evitare collisioni alle intersezioni semaforiche, anche esitare un attimo nel partire per verificare l'assenza dei veicoli antagonisti, nonostante il diritto alla precedenza sancito dall'impianto». In tale pronuncia rileva il fatto che la Suprema Corte richiama al rispetto del giallo, quale tempo per fermarsi in sicurezza, non il tempo per tentare comunque l'attraversamento prima del rosso.

[2] È evidente che la notificazione differita del verbale è nella fattispecie in esame del tutto legittima, in quanto effettuata in conformità al disposto di cui all'art. 201, comma 1 *bis* c.d.s., introdotto dall'art. 4, comma 1 lettera b del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 151, coordinato con la legge di conversione 1° agosto 2003, n. 214. Per di più, in caso di 'rilievo con apparecchiatura debitamente omologata', in virtù dello stesso art. 201 c.d.s., comma 1 *ter*, non è neppure necessaria la presenza degli organi di polizia sul luogo dell'accertamento. Tale assunto è confermato altresì dal Ministero dell'Interno che, con circolare del 26 gennaio 2005, n. 4, in *www.altalex.it* ribadisce che gli accertamenti in automatico delle violazioni previste dagli artt. 146, comma 3, 142, 148 e 176 c.d.s. sono correttamente effettuati, solo qualora vengano eseguiti mediante apparecchiature che abbiano ottenuto una specifica omologazione per tale impiego; interpretazione confermata da Cass., 21 luglio 2005, n. 15348, in *Foro it.*, 2005, 130, che ha ritenuto legittime le sanzioni elevate, senza la presenza dell'organo accertatore, con utilizzo delle apparecchiature automatiche.

A dire il vero, la Suprema Corte, anche successivamente all'introduzione dell'art. 201, comma 1 *ter*, c.d.s. (a seguito dell'emanazione del d.lgs. 27 giugno 2003, convertito nella legge 1° agosto 2003, n. 214) ha assunto posizioni diverse sulla questione relativa alla validità delle foto scattate da apparecchi in automatico senza la presenza dei vigili e, conseguentemente, senza la necessità della contestazione immediata della violazione di cui all'art. 146, comma terzo, c.d.s. Infatti, ad esempio, con sen-

La vicenda trova infatti la propria origine in una istanza presentata dalla Sig.ra L. G. avverso un verbale redatto in ufficio dalla Polizia Mu-

---

tenza 11 novembre 2005, n. 21847, in *Foro it.*, 2006, 275, la S.C. non ha affrontato la questione, dichiarando inammissibile il ricorso, poiché l'impianto semaforico risultava installato senza autorizzazione della giunta comunale. A seguire, Cass. 17 novembre 2005, n. 23301, in *www.altalex.it*, ha ritenuto indispensabile la presenza dei vigili, pur non ignorando il dettato dell'art. 384 del regolamento di attuazione del c.d.s., che elenca, tra i casi in cui è consentita la contestazione differita, quello di attraversamento con semaforo rosso. In tal senso Cass., 11 aprile 2006, n. 8465, in *www.altalex.it*, in *Foro it.*, 2006, 274, in *Mass.*, 2006, 684, in *Arch. circolaz.*, 2006, 935, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 31, 50, n. Scotti: «In tema di violazioni del codice della strada, le condizioni che, in caso di rilevamento della velocità a mezzo di apparecchiatura tipo autovelox consentono la contestazione differita della infrazione, non ricorrono nella diversa ipotesi in cui l'attraversamento di un incrocio con luce semaforica rossa sia constatato a mezzo di apposita apparecchiatura fotografica (nel caso di specie, apparecchiatura photored); infatti, in quest'ultimo caso l'assenza non occasionale di agenti operanti non appare consona all'utilizzazione di un apparecchio di rilevamento automatico, né appare superabile alla luce del disposto dell'art. 384 reg. attuaz. c.d.s., atteso che tale norma è di natura regolamentare e secondaria rispetto alla disposizione legislativa, che prevede comunque come regola generale la contestazione immediata e non contempla affatto l'assenza di agenti sul posto; d'altra parte, l'istituzionale rinuncia alla contestazione immediata non è conforme alle possibili situazioni che in tali evenienze possono verificarsi (come ad es. nel caso di coda di veicoli che non consenta al mezzo che abbia legittimamente impegnato l'incrocio di attraversarlo tempestivamente) e che solo la presenza di un agente operante in loco può ricondurre nell'alveo della corretta applicazione delle disposizioni relative». Di recente si è espressa ancora una volta in tal senso sull'argomento Cass., 11 gennaio 2008, n. 558, in *Foro it.*, 2008, 6: «In tema di violazioni al codice della strada, con riferimento al rilevamento automatico delle infrazioni a mezzo di apparecchiature, ai sensi del 1º comma *ter* dell'art. 201 c.d.s. - introdotto dall'art. 4 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 151, convertito nella legge 1º agosto 2003, n. 214 - le amministrazioni comunali, che di dette apparecchiature si servono, hanno l'obbligo di rispettare le specifiche disposizioni, dettate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, necessarie a garantirne l'esatto funzionamento e, in particolare, quelle, contenute nell'art. 2 d.m. 1130 del 2004, relative alla collocazione dell'apparecchiatura e alle modalità e tempi delle rilevazioni fotografiche (nella fattispecie, relativa alla contestazione dell'attraversamento di un incrocio con il semaforo rosso, la suprema corte ha confermato la sentenza del giudice di pace, secondo cui l'omologazione non era condizione sufficiente da sola a garantire il perfetto funzionamento dell'apparecchiatura di rilevamento in assenza di organi di polizia)».

Anche nella giurisprudenza di merito, in particolare nelle sentenze del giudice di pace di Davoli, 19 settembre 2003, in *Arch. Giur. circ. e sin. strad.*, 2004, 305; giudice di pace di Casamassima, 10 giugno 2002, in *Arch. Giur. circ. e sin. strad.*, 2002, 675; giudice di pace di Teano, 14 febbraio 2001, in *Arch. Giur. circ. e sin. strad.*, 2001, 407, si afferma che il servizio di accertamento e contestazione della violazione di cui all'art. 146, comma 3 c.d.s. non può essere delegato solo ad una apparecchiatura fotografica, ma deve essere predisposto con la presenza di almeno un vigile urbano posizionato nel punto più favorevole all'incrocio, in modo non solo

nicipale di Terni, perché il giorno 16 gennaio 2007, alle ore 15,36, in viale

---

di accertare e, ove possibile, contestare immediatamente l'infrazione al trasgressore, ma anche di intervenire in caso di difettoso funzionamento dell'apparecchiatura, oppure nel caso di ingorgo di veicoli all'incrocio. Si consulti sull'argomento C. CUROTTI, *Passaggio con semaforo rosso e rilevazione mediante Photored*, in *Arch. Giur. circ. e sin. strad.*, 4/2006, 376 ss..

Peraltro, secondo giurisprudenza prevalente (*ex multis* Cass. 21 marzo 2002, n. 4048, in *Foro it.*, 2002, 76 e Cass. 7 novembre 2003, n. 16713, in *Foro it.*, 2004, 105) in tema di infrazioni stradali accertate tramite apparecchi non può essere consentito al giudice di merito un apprezzamento con l'indicazione di apparecchi più adeguati o con la prospettazione di una diversa organizzazione di servizio in grado di superare gli inconvenienti dedotti a giustificazione.

Si precisa, altresì, che non esistono informazioni (segnaletica) indicanti la presenza di dispositivi elettronici, atti a rilevare infrazioni commesse alle intersezioni regolate da semaforo, perché non vi è alcun obbligo giuridico a segnalarne l'installazione. A tale proposito si osserva che la legge 1° agosto 2002, n. 168, all'art. 4 prevede che gli organi di polizia stradale possano utilizzare o installare dispositivi o mezzi tecnici di controllo del traffico «di cui viene data informazione agli automobilisti, finalizzati al rilevamento a distanza delle violazioni alle norme di comportamento di cui agli artt. 142 e 148 c.d.s.». Gli articoli del c.d.s. cui fa riferimento l'art. 4, comma 1 della legge 168/2002 sono, come sopra riportato, il 142 (velocità) e il 148 (sorpasso) e non anche il 146, comma 3 (violazione della segnaletica, tra cui rientra anche il caso del passaggio con il semaforo rosso). Da ultimo, ma non di secondaria importanza, si evidenzia che l'Avvocatura Generale dello Stato ha chiarito con parere n. 46819 del 10 aprile 2008, in *www.piemmenew.it*, che i Comuni possono controllare gli incroci semaforizzati con sistemi automatici omologati senza la presenza dell'organo di polizia all'atto dello scatto e che la installazione di questi apparecchi non richiede alcuna autorizzazione prefettizia o centrale, come avviene per il controllo automatico della velocità. La delibera con cui l'organo dell'ente titolare della strada decida di installare un sistema automatico per il controllo degli incroci dovrà essere adeguatamente motivata in relazione alle esigenze del traffico e della sicurezza stradale. Competerà poi al giudice investito dell'eventuale opposizione avverso verbale di contestazione valutare «se le modalità in cui sia avvenuta la installazione od operi il funzionamento dell'apparecchiatura stessa, oltre che rispettosi delle prescrizioni del decreto di omologazione del modello, costituiscano in concreto un valido ed inequivoco mezzo di accertamento della violazione in tal modo rilevata».

Così come meglio riferito dall'art. 146 c.d.s., al comma 1, «l'utente della strada è tenuto ad osservare i comportamenti imposti dalla segnaletica stradale…». L'impianto semaforico infatti è un segnale di per sé stesso (v. art. 41, comma 1 e seguenti del c.d.s. "segnali luminosi") e non necessita di altro tipo di segnaletica preventiva, se questa non è ritenuta opportuna in funzione dello stato dei luoghi, se particolari. La segnaletica in questione diviene invece obbligatoria sulle strade extraurbane (art. 99 del regolamento di attuazione del c.d.s.). L'assenza dell'obbligo di segnalare la presenza delle apposite installazioni, con strumentazione automatica di rilevazione delle violazioni di cui all'art. 146, comma 3 c.d.s., viene confermata dal parere espresso con nota prot. 7321/r.u./usc. del 23 gennaio 2007, in *www.piemmenew.it*, dal Direttore Generale del Dipartimento per i Trasporti Terrestri – Direzione Generale per la Motorizzazione.

dello Stadio, intersezione viale Prati/Aleardi il conducente di un meglio specificato veicolo (di proprietà della ricorrente) violava gli artt. 41 e 146 c.d.s., in quanto "superava la linea di arresto all'intersezione semaforizzata, proseguendo la marcia nonostante la lanterna semaforica proiettasse luce rossa" [3]. La violazione è stata accertata, a seguito delle risultanze fornite dalla documentazione fotografica prodotta dall'apparecchiatura a posto fisso per il rilevamento automatico delle infrazioni a semaforo rosso, matricola impianto 593 – 100/60757, omologata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con decreto n. 4130 del 24 dicembre 2004 [4] (ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 192 del d.P.R 16 dicembre 1992, n. 495) e denominata *Trafficphot III-SR-PhotoR&V* [5], verificata per il corretto funzionamento e installata nella predetta intersezione. Dalla sopraccitata documentazione fotografica risulta chiaramente che il tempo trascorso con luce semaforica gialla [6] è stato di 4,02 secondi e che il tempo trascorso con il semaforo rosso, prima dell'attivazione dello strumento di rilevazione dell'infrazione accertata è stato di 1,35 secondi. La velocità tenuta dal veicolo sanzionato al momento dell'accertamento era pari a 40 km/h. Nel caso di specie la ricorrente eccepisce essenzialmente la mancata dimostrazione della corretta funzionalità del dispositivo elettronico e la mancanza di prova in ordine alla corretta taratura dello strumento utilizzato. «…Non si comprende quale sia il pregio tecnico, oltre che giuridico, in base al quale l'agente accertatore possa sostenere la effettiva funzionalità ed efficienza, stante l'assenza della benché minima qualifica tecnica in tal senso». Pertanto la ricorrente richiede «che il soggetto accertatore dimostri la metodologia e le prove utilizzate per le verifiche, che devono essere documentate tramite apposita certificazione di collaudo debitamente compilata secondo le necessarie modalità al momento della installazione e messa in funzione dell'apparecchio, come previsto dalle più elementari norme in materia e nella fattispecie dalle norme UNI EN 10012, ISO 9001:2000, applicate in ambito industriale (AQAP -120)».

Si rileva che le eccezioni sollevate dalla ricorrente vengono ritenute dal

---

[3] In base all'art. 41, comma 11, c.d.s., durante il periodo di accensione della luce rossa, i veicoli non devono superare la striscia di arresto e, in base all'art. 146, comma 3, c.d.s., incorre in sanzione il conducente del veicolo che prosegue la marcia, nonostante le segnalazioni del semaforo o dell'agente del traffico vietino la marcia stessa.

[4] In *www.strademulte.it*.

[5] Apparecchio da ora in avanti indicato, per comodità, *PhotoR&V*.

[6] Nel caso esaminato dal giudice ternano, il tempo di durata del segnale luminoso giallo è, minimo, di 4 secondi, il ritardo di attivazione del rilevatore, dopo l'accensione del segnale luminoso rosso, è di 1 secondo. Le spire che regolano il corretto funzionamento della strumentazione di cui al Sistema *PhotoR&V* sono 4. Esse sono poste così di seguito: la prima spira è posizionata a 50 centimetri dalla linea d'arresto; la seconda spira a un metro dalla prima; la terza spira è posizionata a un metro e mezzo dalla seconda; la quarta spira è posizionata a un metro dalla terza.

giudice umbro come 'non inficianti la validità del provvedimento impugnato'. Nel verbale opposto, infatti, risulta chiaramente indicato sia il modello che il numero di matricola dello strumento utilizzato per l'accertamento, nonché la debita omologazione ministeriale, ovvero il citato decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 4130 del 24 dicembre 2004, unica condizione richiesta dalla legge ai fini della legittimità dell'accertamento di cui si discute. Il dispositivo *PhotoR&V* è collegato con il regolatore semaforico che controlla la specifica area di intersezione e da cui riceve lo 'stato di rosso'. Premesso che non viene effettuata alcuna rilevazione quando il semaforo proietta luce gialla, il dispositivo scatta la prima fotografia solo ed esclusivamente quando il veicolo ha oltrepassato la striscia trasversale di arresto, dopo una fase temporale non inferiore ad un secondo dall'accensione della luce semaforica rossa. La seconda fotografia comprova la reale infrazione quando il veicolo ha oltrepassato l'area di intersezione o, perlomeno, lo ha impegnato creando una potenziale situazione di pericolo per la circolazione. Per quanto sopra espresso, si ritiene che l'apparecchiatura *PhotoR&V* venga pertanto utilizzata in conformità a quanto previsto dall'art. 2 del decreto del Direttore Generale del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 18 marzo 2004, n. 1130 [(7)].

Dalle foto a colori (attinenti l'accertata violazione, tra l'altro disponibili per gli aventi diritto presso l'Ufficio Servizi Contravvenzionali del Comando

---

[(7)] Testo dell'art. 2 del decreto del Direttore Generale del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 18 marzo 2004, n. 1130, in *Arch. Giur. circ. e sin. strad.*, 2005, 695 e in *www.piemmenew.it*: «L'apparecchiatura è installata in modo fisso in posizione protetta non manomettibile o facilmente oscurabile; è prodotta documentazione fotografica in cui sia visibile, oltre alla panoramica della intersezione controllata, la lanterna semaforica che regola l'attraversamento, oppure la lanterna ripetitiva posta dopo l'intersezione; sono scattati, per ogni infrazione, almeno due fotogrammi, di cui uno all'atto del superamento della linea d'arresto e l'altro quando il veicolo in infrazione si trova circa al centro dell'intersezione controllata; l'istante in cui avviene il secondo scatto è individuato in funzione della velocità del veicolo all'atto del passaggio sui rilevatori o fissando in funzione delle dimensioni e caratteristiche dell'intersezione, l'intervallo temporale fra i due scatti; in ogni fotogramma figura in sovrimpressione almeno la località dell'infrazione, la data e l'ora; l'apparecchiatura è predisposta per entrare in funzione dopo un tempo prefissato dall'inizio del segnale dell'intersezione controllata; l'istante in cui avviene il secondo scatto è individuato in funzione della velocità del veicolo all'atto del passaggio sui rilevatori o fissando in funzione delle dimensioni e caratteristiche dell'intersezione, l'intervallo temporale fra i due scatti; in ogni fotogramma figura in sovrimpressione almeno la località dell'infrazione, la data e l'ora; l'apparecchiatura è predisposta per entrare in funzione dopo un tempo prefissato dall'inizio del segnale rosso». Sulla necessità che siano scattati, per ogni infrazione, almeno due fotogrammi, di cui uno all'atto del superamento della linea di arresto e l'altro, quando il veicolo trasgressore si trova al centro della intersezione controllata, v. giudice di pace di Taranto, 15 luglio 2004 e 29 settembre 2006, in *www.ricercagiuridica.com*.

di Polizia Municipale di Terni) è peraltro visibile il semaforo che proietta luce rossa. Nel lato sinistro delle due fotografie sotto la voce "dati riepilogativi" sono evidenziati data e ora del transito, nome del varco (ovvero identificazione del punto di rilevamento della postazione), tempo trascorso con il semaforo rosso, tempo del semaforo giallo, numero di matricola dell'impianto e targa del veicolo che ha commesso l'infrazione.

2. Aspetto fondamentale da affrontare relativamente agli apparecchi che rilevano automaticamente le infrazioni semaforiche è quello inerente la loro regolarità tecnica, ovvero la omologazione [8] e la taratura [9]. Peraltro le amministrazioni che si avvalgono di tali apparecchiature, oltre a garantire che lo strumento utilizzato sia debitamente omologato a funzionare senza ausilio dell'accertatore, devono anche osservare tutte le condizioni previste dal Ministero delle Infrastrutture, al fine di assicurarne l'esatto funziona-

---

[8] La omologazione in linea generale costituisce la garanzia che un determinato strumento sia corrispondente a un campione depositato quale esempio, in altri termini la *confirmatio* che l'organo competente ne ha constatato la regolarità. La omologazione consente pertanto un corretto utilizzo dello strumento, nonché lo svolgimento delle verifiche e controlli previsti dalle vigenti disposizioni normative.

[9] Il termine 'taratura' indica la messa a punto di un apparecchio di precisione. Si tratta di un'operazione con cui si gradua uno strumento di misurazione, in modo che dia l'esatta indicazione delle grandezze che deve misurare. Questo avviene tramite un confronto di misure con uno strumento di riferimento, definito campione. V. voce 'taratura' in A. Niccoli, *Dizionario della lingua italiana*, Roma,1961.

Il sistema della taratura è previsto dalla legge 11 agosto 1991, n. 273 "*Istituzione del sistema nazionale di taratura*" la quale all'art. 1 dispone: «Il sistema nazionale di taratura è costituito dagli istituti metrologici primari e dai centri di taratura e ha il compito di assicurare la riferibilità ai campioni nazionali dei risultati delle misurazioni». Il successivo art. 4 della predetta legge stabilisce che: «I centri di taratura sono costituiti da laboratori di idonea valenza tecnica e organizzativa convenzionati con gli istituti metrologici primari per l'effettuazione della taratura degli strumenti di misura sulla base di campioni secondari confrontati periodicamente con i campioni nazionali». V. sull'argomento giudice di pace di Lecce, 15 aprile 2005, in *Foro it*., 2005, 303: «L'operazione di taratura è definita nella norma UNI 30012 al punto 3.23 come "Insieme delle operazioni che stabiliscono, sotto condizioni specificate, le relazioni tra i valori indicati da uno strumento di misurazione, o da un sistema di misurazione, o i valori rappresentati da un campione materiale e i corrispondenti valori noti di un misurando". Essa è necessaria in quanto costituisce l'unico metodo con cui si può assicurare la riferibilità a campioni nazionali legalmente riconosciuti e in conseguenza anche l'unico metodo per verificare l'eventuale presenza di errori sistematici rispetto a detti campioni, sia presenti al momento della consegna dello strumento da parte del fabbricante, sia intervenuti durante l'uso. Secondo quanto indicato dalla norma UNI 30012, alla nota 23 della voce 'taratura', «Il risultato di una taratura permette la stima degli errori di uno strumento di misurazione, del sistema di misura o della misura materiale o di assegnare i valori alle graduazioni di una scelta arbitraria».

mento. D'altra parte, la mancata osservanza delle prescrizioni relative alla corretta installazione dei predetti dispositivi condiziona la legittimità delle multe elevate.

L'argomento è risultato di non facile soluzione per i giudicanti, tanto è vero che a tutt'oggi si assiste a sentenze contrastanti dei giudici di pace circa l'obbligo della taratura, nonostante la sussistenza di circolari del Ministero dell'Interno al riguardo. Si osserva che il già citato decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 24 dicembre 2004, n. 4130 (tra l'altro riportato nel verbale notificato alla ricorrente), all'art. 3, prevede espressamente che «le amministrazioni che utilizzano documenti fotografici di infrazioni al semaforo rosso in maniera automatica, sono tenute a far eseguire verifiche ed eventuali tarature all'apparecchiatura, con cadenza almeno annuale, a supporto della corretta funzionalità degli stessi». Al riguardo l'art. 192 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 [10] prevede che «Il fabbricante assume la responsabilità del prodotto commercializzato sulla conformità al prototipo depositato e si impegna a far effettuare i controlli di conformità che sono disposti dall'Ispettorato Generale per la circolazione e la sicurezza stradale» e del pari la norma UNI30012, relativa alla conformità delle apparecchiature riporta la «necessità di una taratura periodica e della definizione dell'incertezza di misurazione».

Tuttavia**,** in considerazione del fatto che non esiste alcuna norma di legge che obblighi gli strumenti in questione ad essere sottoposti ad una "taratura metrologica" presso un centro SIT (Servizio di taratura in Italia), come prescritto della legge 11 agosto 1991, n. 273, la predetta disposizione ministeriale (4130/2004), pur richiamandosi a 'verifiche' (obbligatorie) e ad 'eventuali tarature' (facoltative), nulla contiene con riferimento ai centri SIT, per cui, fatta salva la verifica, anche la eventuale taratura viene posta in essere dalla ditta installatrice, così come è avvenuto nella fattispecie in rassegna, da parte della Project Automation Spa, con sede a Monza. Pertanto la predetta società installatrice cura la manutenzione, ordinaria e straordinaria, nonché la funzionalità tecnica dello strumento con verifiche

---

[10] La circolare prot. n. M/2413/12 del 22 marzo 2007, n. 9, in *www.piemmenew* precisa che «Nell'art. 192 del d.P.R. n. 495/1992 (regolam. di attuaz. c.d.s) i termini 'approvazione' e 'omologazione' sono usati come sinonimi. Tutti i dispositivi, le apparecchiature, i mezzi tecnici per il controllo e la regolazione del traffico, nonché l'accertamento e il rilevamento automatico delle infrazioni, sono soggetti ad approvazione da parte del Ministero dei Trasporti; si può parlare di omologazione qualora nella procedura di approvazione, si faccia riferimento a norme unificate o a precise direttive europee. L'art. 201 comma 1 *ter*, 2° periodo, c.d.s. impone che le apparecchiature di rilevamento delle infrazioni destinate a funzionare senza la presenza degli organi di polizia stradale, siano appositamente approvate per il particolare tipo di utilizzazione previsto, escludendo dunque da tale modalità di funzionamento tutte quelle non specificamente concepite a tale scopo».

periodiche del corretto funzionamento [11]. Con circolare n. 51 del 25 giugno 2004 [12], il Ministero dell'Interno ha precisato che i verbali di accertamento della violazione prevista dall'art. 146, comma 3, c.d.s. effettuati in modalità automatica (e cioè senza la presenza dell'organo accertatore) in date antecedenti al 18 marzo 2004 [13], per i quali sia stato presentato ricorso, siano da archiviare [14]. Ciò in quanto le apparecchiature utilizzate non erano debitamente omologate. L'art. 45 c.d.s. e l'art. 192 del regolamento di attuazione c.d.s. prescrivono infatti che l'uso delle apparecchiature atte alla rilevazione automatica delle infrazioni sia condizionato alla preventiva omologazione e approvazione da parte dei competenti uffici tecnici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che ne attestano la rispondenza alle prescrizioni stabilite nel regolamento e ne approvano il prototipo. Inoltre l'utilizzazione di tali strumenti deve avvenire osservando le specifiche modalità di impiego determinate nel provvedimento di omologazione. «L'annullabilità dei verbali trova ulteriore conferma nella circostanza che i dispositivi in uso prima del 18 marzo 2004 erano omologati solo per essere utilizzati come strumenti di ausilio per l'organo accertatore, consentendo una più agevole identificazione dei trasgressori, mediante chiara lettura e conseguente trascrizione delle targhe dei veicoli che erano serviti a commettere le violazioni» [15].

Sulla questione della taratura si è recentemente espresso anche il Ministero

---

[11] *Ex plurimis*, il giudice di pace di Taranto, 29 settembre 2005, in *www.piemmenew.it* ha ritenuto non necessaria (e quindi non obbligatoria) la taratura del dispositivo fisso di accertamento del passaggio col semaforo che proietta luce rossa. Al riguardo Cass. 16 maggio 2007, n. 11328, in *www.asaps.it* ha di recente statuito: «Nessuna norma di legge impone la taratura periodica o prima dell'uso delle apparecchiature di rilevazione automatica dell'infrazione di cui all'art. 146 del c.d.s.». La S. C. ha già da tempo chiarito che la necessità di omologazione delle apparecchiature di accertamento automatico delle infrazioni va riferita al singolo modello e non al singolo esemplare, come si desume sul piano logico e letterale dall'art. 345, comma 2, regol. di attuaz. c.d.s. (Cass. 24 marzo 2004, n. 5889, in *Foro it.*, 2004, 98) e che ai fini dell'accoglimento della opposizione, una volta che il dispositivo utilizzato appartenga al modello omologato, è l'opponente a dover dimostrare, nel caso concreto, il malfunzionamento del dispositivo utilizzato, per inconveniente tecnico o altra causa (Cass. 10 gennaio 2005, n. 287, in *Foro it.*, 2005, 123).

[12] In *www.piemmenew.it*.

[13] L'art. 2 del Decreto Dirigenziale 18 marzo 2004, n. 1130, cit., del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha stabilito che: «Il dispositivo denominato "Photored F17 A", senza necessità di modifiche o adattamenti può essere utilizzato in ausilio all'operatore di polizia presente sul posto, ovvero in modalità automatica, senza la presenza dell'organo di polizia, quando ricorrono le seguenti condizioni…» (già riportate per esteso nella precedente nota n. 7).

[14] Non è il caso del verbale opposto che si riferisce a violazione accertata il 16 gennaio 2007, cioè in data successiva al 18 marzo 2004.

[15] V. sull'argomento giudice di pace di Perugia, 3 gennaio 2005, n. 16, in *www.asaps.it*.

dell'Interno con la circolare prot. n. M/2413/12 del 22 marzo 2007, n. 9 [16], nella quale viene chiarito che non è prevista taratura per i dispositivi che accertano le infrazioni semaforiche. Il Ministero, infatti, spiega che questi particolari strumenti sono sempre sottratti alle verifiche metrologiche «non ricadendo neppure per analogia nella sfera di applicazione della specifica legge n. 273/1991, istitutiva del servizio nazionale di taratura. La verifica periodica e la eventuale taratura, previste nei decreti di approvazione, non hanno valenza metrologica e non servono a garantire ai conducenti l'assenza di accertamenti erronei, bensì a garantire alle amministrazioni procedenti la funzionalità delle apparecchiature». La predetta circolare ministeriale ribadisce, in premessa, che prima del 18 marzo 2004 i documentatori fotografici delle infrazioni commesse alle intersezioni regolate da semaforo potevano essere impiegati solo in ausilio degli organi di polizia stradale. A tale proposito si osserva che nessuna norma di legge impone l'indicazione a verbale del preteso accertamento della corretta funzionalità e/o della taratura dello strumento, essendo sufficiente che quest'ultimo sia stato debitamente omologato.

Su questa conclusione si attesta il giudice ternano, facendo buon governo della normativa e delle circolari ministeriali vigenti al riguardo. Nel caso di specie, infatti, il verbale oggetto del presente ricorso e l'accertamento che esso presuppone si fondano sulle risultanze dell'apparecchiatura omologata. Dalle foto e dalla documentazione depositata dal Comune di Terni si evince la completa certezza della responsabilità della ricorrente, nonché la prova [17]

---

[16] V. nota n. 10.

[17] Sul principio cardine del nostro ordinamento previsto nell'art. 2697 c.c., in forza del quale l'attore ha l'onere di provare i fatti costituenti il fondamento della domanda, v. S. Tuccani, *Diritti della personalità e stato di necessità nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa*, in *Rassegna giuridica umbra*, fasc. un. 2006, nota 2, 120.

G. F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2001, 347, evidenzia la «necessaria distinzione fra l'onere delle allegazioni e l'onere della prova, distinzione che molto spesso appare trascurata soprattutto in giurisprudenza….L'onere delle allegazioni riguarda i fatti posti a fondamento della domanda o dell'eccezione. L'art. 183, terzo comma, c.p.c. recita: «Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari». L'onere della prova riguarda il momento successivo a quello delle allegazioni. Allegato un fatto, questo va «provato» secondo il meccanismo dell'art. 2697 c.c. V. G. F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, cit., 348. E. T.Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2002, 313, osserva che «la regola sull'onere della prova acquista il suo maggiore rilievo nel momento in cui il giudice deve giudicare: è infatti in questo momento che il giudice deve trarre le conseguenze della prova mancata, pronunciando in senso sfavorevole alla parte che avrebbe dovuto fornirla. La regola sull'onere della prova si risolve dunque nel momento della decisione, in una 'regola di giudizio', che rappresenta la naturale conseguenza e quindi la 'sanzione' del mancato adempimento dell'onere ad opera della parte che ne era gravata».

piena e rigorosa, ai sensi dell'art. 23 della l. 24 novembre 1981, n. 689, che la ricorrente abbia quindi superato la linea di arresto con il segnale rosso. Pertanto i motivi dedotti dalla Sig.ra L. G. nel caso in esame si ritengono assorbiti dall'esame dei due fotogrammi che consentono di confermare il verbale impugnato con la certezza della commissione della violazione.

È condivisibile, a mio modo di vedere, quanto affermato dal giudice di pace di Taranto con sentenza del 31 maggio 2007 [18]: «Importante è che l'operatore di giustizia interpreti con diligenza ciò che le Forze dell'Ordine depositano come documentazione fotografica a prova della violazione commessa e rilevata, poiché la normativa, sia essa primaria o sia secondaria, se consente la rilevazione in automatico del "Photored" tramite almeno due rilievi fotografici, è sull'esame degli stessi che deve basarsi per la formazione della prova sufficiente per la conferma o meno della violazione contestata, escludendo in modo certo qualsiasi causa esterna di attraversamento condizionato (ad es. coda di veicoli)».

---

Una volta provata dalla Pubblica Amministrazione la legittimità del provvedimento sanzionatorio spetta al trasgressore provare la sussistenza di fatti estintivi, o anche solo modificativi, dell'illecito contestato. Sull'argomento rilevano le sentenze che seguono: Cass., 27 febbraio 1988, n. 2117, in *Foro it*., 1988, 3; Cass., 12 dicembre 1988, n. 6734, in *Foro it*., 1988, 6; Cass., sez., 27 giugno 2003, n. 10219, in *Foro it*., 2003, 16: «L'esercizio del potere, di cui all'art. 213 c.p.c., di richiedere d'ufficio alla p.a. le informazioni relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo costituisce una facoltà rimessa alla discrezionalità del giudice – il cui mancato esercizio non è censurabile in sede di legittimità (pur in assenza di una specifica istanza in tal senso formulata dalla parte) – avente ad oggetto poteri inquisitori non sostitutivi dell'onere probatorio incombente alla parte, con la conseguenza che tali poteri possono essere attivati soltanto quando sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti della p.a. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'amministrazione sia in possesso proprio in relazione all'attività da essa svolta»; Cass., 12 dicembre 1988, n. 6734, in *Foro it*., 1988, 6. V. altresì sull'argomento giudice di pace di Bologna, 11 maggio 2007, n. 5108, in *www.altalex.it*, secondo cui attraverso l'impugnazione dell'atto si perviene ad un giudizio di merito nel quale l'amministrazione irrogante ha veste sostanziale di attore, sotto il profilo dell'onere probatorio, come tra l'altro confermato dal dovere ad esso imposto dal comma secondo dell'art. 23 legge 689/1981, di "depositare in Cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione".

Si consulti altresì V. Febbraro, *Illegittimità del verbale di accertamento dell'infrazione per mancata contestazione immediata*, in *Il Giudice di pace*, 2/2008, 155: «Secondo un orientamento interpretativo consolidato dall'art. 23 legge 689/81, con l'opposizione ad un provvedimento irrogativo di una sanzione amministrativa, viene introdotto un giudizio ordinario sul fondamento della pretesa dell'Amministrazione, nel quale in vesti sostanziali di attore e convenuto sono assunte, anche ai fini dell'onere della prova, rispettivamente dall'Amministrazione e dall'opponente (cfr. Cass., n, 7951/97 e n. 7779/97), cosicché ove l'Amministrazione non adempie all'onere di dimostrare compiutamente la esistenza dei fatti costitutivi dell'illecito, secondo il disposto dell'art. 23, comma 12, l'opposizione deve essere accolta».

[18] In *www.altalex.it*.

La richiesta di annullamento del verbale (per mancanza di prova) posta dalla ricorrente appare pertanto ingiustificata sotto il profilo di fatto e di diritto, poiché nel caso di specie non interviene alcuna misurazione, ma semplice individuazione fotografica della violazione alle norme del c.d.s. Costituirebbe quindi una vera e propria contraddizione logico–giuridica pretendere la taratura di una apparecchiatura che, si ripete, non effettua misurazioni di sorta. D'altra parte il ricorso di cui si tratta non avrebbe potuto trovare accoglimento, anche perché l'opponente non ha negato l'effettivo transito al semaforo rosso e in tal modo l'onere della prova normativamente imposto alla Pubblica Amministrazione relativamente alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito sanzionato risulta alquanto attenuato, dovendosi ritenere sufficienti il verbale opposto e il fotogramma dell'avvenuto rilevamento.

3. Il problema controverso della necessità o meno della taratura sembrava essere stato ormai superato dalla recente nota della Segreteria Centrale del SIT (Servizio di taratura in Italia) del 22 marzo 2007 [19] che ha precisato, tra l'altro, a proposito dei dispositivi documentatori fotografici di passaggio con semaforo rosso: «Essi consistono sostanzialmente in un apparecchio fotografico, quindi non esiste evidenza che siano strumenti o sistemi di misura su cui si possono effettuare tarature secondo quanto definito nel Vocabolario Internazionale di Metrologia. Si tratta di apparecchi sottoponibili a certificazione di prodotto, su cui le autorità competenti esercitano il controllo previsto dalla legge», ciò che escluderebbe un loro assoggettamento a taratura [20]. Invece, a distanza di qualche mese dalla

---

[19] Dichiarazione della Segreteria Centrale del SIT del 22 marzo 2007, in *www.sit.it* e in *Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali*, 11/2007, 1139.

[20] In tal senso da ultimo giudice di pace di Martina Franca, 28 dicembre 2007 e giudice di pace di Taranto, 31 maggio 2007, cit., entrambe in *www.altalex.it*; ma, *contra*, giudice di pace di Taranto, 21 novembre 2007, in *www.altalex.it*: «L'accertamento dell'infrazione realizza un momento irripetibile e solo la taratura, dal punto di vista tecnico, consente di accertare scientificamente se lo strumento utilizzato ha funzionato regolarmente o era affetto da una serie di errori che potrebbero aver inficiato la sua corretta funzionalità. Pertanto non possono essere considerate fonti di prova le risultanze di apparecchiature solamente omologate, ma è necessario che tali risultanze siano riferibili a strumenti la cui funzionalità e attendibilità siano preventivamente e periodicamente certificate e documentate da enti preposti a tali controlli, al fine di eliminare ogni ragionevole dubbio sulla certezza e attendibilità dell'operazione», nonché giudice di pace di Lecce, 15 aprile 2005, in *Arch. Giur. circ. strad.*, 2005, 693: «Per garantire il perfetto funzionamento, dato che tali apparecchiature vengono fatte funzionare senza ausilio dell'organo di polizia, l'amministrazione deve osservare tutte le condizioni previste dal predetto decreto, altrimenti non vi può essere la certezza del corretto funzionamento dell'apparecchiatura». In dottrina A. Tanza *Autovelox e photored: l'obbligo della taratura*, in *www.altalex.it*; R. Ambrosini, *Divieto di transito con semaforo rosso ed illegittimità dell'accertamento tramite strumento t–red non sottoposto a taratura*, in *Il giudice di pace*, 2/2008, 151.

predetta dichiarazione del 22 marzo 2007, il SIT con note rispettivamente del 26 novembre 2007 e del 14 marzo 2008 [21], definisce i dispositivi documentatori di infrazioni semaforiche come «sistemi composti» che contengono un apparecchio fotografico e un misuratore di tempo o di intervallo di tempo. «…Partendo da tale concetto si può affermare che, per quanto riguarda il dispositivo fotografico non esiste evidenza che si tratti di strumento di misurazione su cui si possono effettuare tarature. Invece per il dispositivo misuratore, come per qualunque strumento per la misura del tempo la taratura è possibile… . Dal punto di vista tecnico, la taratura deve essere effettuata in funzione della criticità che il risultato della misurazione ha sulla constatazione dell'infrazione…». Due sono i laboratori accreditati: uno in provincia di Arezzo e l'altro a Milano.

A mio modo di vedere il contenuto delle ultime dichiarazioni SIT sopraccitate (da cui si rileva la possibilità di una eventuale taratura), nell'apportare un ulteriore contributo alla configurazione strutturale degli apparecchi documentatori di infrazioni semaforiche, potrebbe riaprire le problematiche, già rappresentate in questa sede, sulla corretta installazione dei dispositivi e sulla legittimità delle multe elevate. Rimane tuttavia il fatto che in dette dichiarazioni si ribadisce che gli strumenti di rilevazione del passaggio con il rosso sono sottoponibili a certificazione di prodotto e già per questo per essi verrebbe meno l'obbligo della taratura. Si aggiunga altresì che il Ministero dell'Interno nelle proprie circolari non parla mai di taratura in riferimento ai dispositivi in argomento, così come non ne parlava la dichiarazione SIT del 22 marzo 2007.

È peraltro evidente che il giudice, tenendo in debito conto i limiti connessi all'esigenza del rispetto del principio della corrispondenza fra la richiesta e la pronuncia [22], ha proceduto a convalidare il verbale opposto, riconoscendo

---

[21] Dichiarazioni SIT rispettivamente del 26 novembre 2007 e del 14 marzo 2008, in *www.sit.it*, in *www.strademulte.it* e in *www.giudicedipace.it*.

[22] Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato trova la sua disciplina nell'art. 112 c.p.c.: «Il giudice deve pronunciare su tutta la sentenza e non oltre i limiti di essa; [163, 167, 277, 414, 416, 360 n. 4]; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti [38, 3074, 630; c.c. 1242, 1442, 2938, 2969]». V. sull'argomento Cass., 28 luglio 2005, n. 15802, in *Foro it*., 2005, 159: «Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda il giudice di merito, da un lato, non è condizionato dalle espressioni adoperate dalla parte, dall'altro, ha il potere–dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla parte e dalle precisazioni dalla medesima fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto dalla stessa richiesto, con i soli limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di non sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella esercitata. V., altresì, in tal senso Cass., 25 luglio 2001, n. 10154, in *Foro it*., 2001, 123; Cass. 9 agosto 2003, n.

la responsabilità del ricorrente per fatto illecito, legittimamente ascrittogli, con adeguata istruttoria e con motivazione decisamente congrua. Nella sentenza *de qua* è infatti puntuale e preciso il riferimento alla funzionalità del sistema elettronico del passaggio con il semaforo rosso. D'altra parte l'utilizzo di apparecchiature all'uopo omologate richiede, comunque, particolare scrupolo dal momento che le stesse sostituiscono l'accertatore e soprattutto la percezione che quest'ultimo avrebbe dovuto avere se fosse stato presente al fatto.

Da ultimo si rende necessaria la constatazione che il rapido sviluppo della tecnica [23] sta cambiando le abitudini di vita, con tutte le difficoltà che ne conseguono. Indubbiamente, con riferimento al caso in esame, l'impiego dei predetti strumenti crea qualche disagio negli automobilisti che si vedono recapitare a distanza di parecchie settimane (e comunque entro centocinquanta giorni dalla data del rilevamento della violazione, ai sensi dell'art. 201, comma 1, c.d.s) gli estremi di un'infrazione di cui, al momento, a volte non riescono a ricostruire l'esatta dinamica. Il problema, a mio avviso, risiede essenzialmente nel fatto che la progettazione di nuovi prodotti dovrebbe essere seguita dall'attuazione di soluzioni per affrontare i cambiamenti e le eventuali criticità, ovvero da una organizzazione tale da essere in grado di procedere in modo tranquillo ed efficiente. Purtroppo, però, le risposte richieste dal progresso della tecnologia sono complesse, rese a volte ancora più difficili dall'approccio burocratico teorizzato da più di un secolo e quindi ormai consolidato nel tempo. Si osserva inevitabilmente che il quadro normativo di riferimento, per non risultare inadeguato, necessita di continui e tempestivi aggiornamenti della materia. Ed è in tale contesto che va valutata la correttezza dell'iter logico-argomentativo del giudizio formato dal giudice umbro, secondo il quale dal punto di vista sostanziale ciò che rileva (e non può essere altrimenti) è la prova del rilievo fotografico riportante il momento in cui il veicolo sanzionato sta superando la linea di arresto con la lanterna proiettante luce rossa e, nel caso di specie, detto momento risulta chiaro e inconfutabile.

STEFANIA TUCCANI

---

12059, in *Foro it*., 2003, 87; tribunale di Catania, ordinanza 5 aprile 2002, in *www.diritto.it*; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2308, in *Foro it*., 2007, n. 473; F. GAREGGIA, nota a sentenza giudice di pace di Perugia, 2 luglio 2003, in *Rassegna giuridica umbra*, 2/2003, 610 ss.; Cass., 21 settembre 2004, n. 18930, in *Foro it*., 2004, 72 osserva che rappresenterebbe un formalismo eccessivo richiedere che, inderogabilmente, nel ricorso siano precisati tutti i dettagli del *petitum* e della *causa pretendi*. «Non è possibile, ovviamente, indicare in astratto quale possa essere la linea di demarcazione tra quanto deve inderogabilmente desumersi dal ricorso e quanto possa, invece, trovare integrazione nella documentazione ad essa allegata. Si tratta di valutazioni da compiersi, in maniera ragionevole, con concreto riferimento alle varie situazioni, assicurando in ogni caso che siano adeguatamente tutelati il diritto di difesa del convenuto e la funzionalità del giudizio».

[23] Risulta interessante sull'argomento A. ZEI, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, 2008.

# *DIRITTO PENALE*

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 16 febbraio 2007 – *Pres. Est.* MUSCATO – P.T.

**Difesa e difensore – Rinvio dell'udienza per legittimo impedimento – Diritto all'avviso della nuova udienza – Esclusione** (c.p.p., art. 97, comma 4).

*Il difensore che abbia ottenuto la sospensione o il rinvio della udienza per legittimo impedimento a comparire ha diritto all'avviso della nuova udienza solo quando non ne sia stabilita la data già nella ordinanza di rinvio, posto che, nel caso contrario, l'avviso è validamente recepito, nella forma orale, dal difensore previamente designato in sostituzione ai sensi dell'art. 97, comma quarto, cod. proc. pen., il quale esercita i diritti ed assume i doveri del difensore sostituito e nessuna comunicazione è dovuta a quest'ultimo* (1).

(*Omissis*.). Qualche parola, in primo luogo, in ordine all'eccezione procedurale sollevata dalla difesa all'udienza del 16 febbraio 2007, al cui esame va premesso che, alla precedente udienza del 19 settembre 2006, l'avvocato R. C., difensore di ufficio del P.T., non si era presentata avendo precedentemente inviato dichiarazione di adesione all'astensione dalle udienze dichiarata dagli organi di categoria. Questa corte aveva, perciò, nominato un sostituto processuale, ex articolo 97, comma IV, codice procedura penale, in persona dell'avvocato M. B. P., iscritto all'elenco indicato nel comma II della norma citata, aveva provveduto a dichiarare la contumacia dell'imputato e, preso atto dell'adesione all'astensione dalle udienze anche del sostituto processuale, aveva disposto il rinvio del procedimento all'udienza odierna dandone avviso orale ai presenti. A parere di questa corte, dunque, nessun *vulnus* è stato arrecato alla difesa, dal momento che al sostituto processuale, nominato ai sensi dell'articolo 97, comma IV, del codice procedura penale si applica, per richiamo espresso, l'articolo 102 del codice di rito, il quale stabilisce che il sostituto del difensore esercita i diritti ed assume i doveri del difensore, con la

conseguenza che le comunicazioni fatte al sostituto devono intendersi fatte al difensore. Sul punto sono intervenute le sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali, con sentenza n. 8285 del 28/02/2006 (dep. 09/03/2006 ) imputato Grassia, hanno affermato, per quanto interessa, che "il difensore che abbia ottenuto la sospensione o il rinvio della udienza per legittimo impedimento a comparire ha diritto all'avviso della nuova udienza solo quando non ne sia stabilita la data già nella ordinanza di rinvio, posto che, nel caso contrario, l'avviso è validamente recepito, nella forma orale, dal difensore previamente designato in sostituzione ai sensi dell'art. 97, comma quarto, cod. proc. pen., il quale esercita i diritti ed assume i doveri del difensore sostituito e nessuna comunicazione è dovuta a quest'ultimo".

Il primo motivo d'appello è infondato poiché l'ordinanza del tribunale è ampiamente e logicamente motivata, sì da essere del tutto condivisibile da questa corte che, perciò, può limitarsi ad aggiungere che l'indirizzo seguito dal tribunale trova autorevole conforto nella giurisprudenza della cassazione, secondo cui l'istanza di sospensione del dibattimento, prevista dall'art. 5 della legge n. 134 del 2003 al fine di verificare l'opportunità di presentare una richiesta di patteggiamento secondo i nuovi termini di cui all'art. 444 cod. proc. pen., come per la richiesta di accesso al rito speciale, deve essere presentata dall'imputato o dal suo difensore munito di procura speciale.

Il secondo motivo d'appello è infondato, dal momento che il R. si qualificò, in querela, come legale rappresentante della s.n.c. XXX.; ciò che era sufficiente ai fini che interessano. Sul punto la Corte di Cassazione si è pronunciata ripetutamente affermando che quando si tratta di società di capitali, l'onere di indicare nell'atto di querela la fonte specifica dei poteri di rappresentanza dell'ente è adempiuto con la mera indicazione della legale rappresentanza, poiché tale indicazione comporta l'implicito riferimento all'art. 2384 cod. civ. che costituisce la fonte della legittimazione, e ribadendo il concetto sostenendo che "Il presidente del consiglio di amministrazione, nella qualità di legale rappresentante, può proporre querela per conto della società, ed ai fini dell'adempimento dell'onere di specifica indicazione della fonte dei poteri di rappresentanza è sufficiente che si qualifichi come soggetto a cui compete "ex lege" detto potere. (La Corte ha precisato che, in tema di società per azioni, il presidente del consiglio di amininistrazione può proporre querela per conto della società e può limitarsi alla mera indicazione della legale rappresentanza, poiché tale indicazione comporta l'implicito riferimento all'art. 2384 cod. civ., che costituisce la fonte della legittimazione)". Osserva, da ultimo, la Corte che seppure la tesi difensiva fosse fondata non ne potrebbero discendere le conseguenze invocate dall'appellante ostandovi il principio

dì tassatività delle nullità, come non ha mancato di ricordare la Corte di Cassazione affermando che "Per il principio di tassatività delle nullità, l'omessa indicazione, nella querela proposta dal legale rappresentante della persona giuridica, della fonte dei poteri di rappresentanza, non ne determina la nullità perché la previsione dell'adempimento, di cui all'art. 337, comma terzo, cod. proc. pen., non è assistita da sanzioni processuali".

Neppure il terzo motivo d'appello può considerarsi fondato posto che nel caso che ci occupa non v'è alcun dubbio in ordine alla corretta individuazione dell'imputato nella persona che contrattò con il R. la consegna del frigorifero che, in un secondo momento, fece trasportare nell'abitazione della F. Perciò, come ha correttamente rilevato il primo giudice, la circostanza che l'imputato possa aver fatto uso di una carta d'identità falsa, avrebbe potuto rilevare per accertare l'esistenza di un delitto di truffa, che non risulta essere stato contestato al P., ma non certo nel senso di rendere incerta l'identificazione dell'imputato avvenuta correttamente facendo ricorso ai registri anagrafici.

Neppure il quarto motivo appare meritevole di accoglimento giacché le dichiarazioni della parte offesa hanno trovato riscontro in quelle rese dalla F. e del M. che hanno consentito di appurare come il bene, a seguito di chiusura dell'esercizio commerciale gestito dal P., fosse stato spostato nella privata abitazione della F., senza avvertire il R. e, soprattutto, operando in modo da non permettergli di rientrare in possesso del bene medesimo. Le dichiarazioni rese dalla donna sul punto sono prive dì rilevanza, se è vero, come è vero, che, molto più delle parole contano i fatti e che la F., a fronte della sua dichiarata disponibilità a restituire il frigorifero, si rese irreperibile sì da impedire ogni possibilità di recuperare il bene di cui si discute. Essendovi, dunque, elementi sufficienti per giungere alla decisione, si appalesa del tutto inutile l'escussione della teste indicata dalla difesa, tanto più che l'appellante non ha indicato i dati di fatto su cui la stessa avrebbe dovuta riferire. (*Omissis.*).

**(1) In tema di notificazioni al difensore legittimamente impedito sostituito d'imperio dal giudice.**

1. Con ordinanza pronunciata in dibattimento, all'udienza del 16 febbraio 2007 la Corte d'appello di Perugia rigettava l'eccezione sollevata dal sostituto processuale del difensore dell'imputato, con la quale veniva censurata la mancata notificazione a quest'ultimo della data di rinvio del procedimento disposto nel corso della precedente udienza per legittimo impedimento del medesimo. Il giudice di seconde cure, infatti, alla prima udienza d'appello,

preso atto dell'assenza del difensore dell'imputato e del deposito da parte di quest'ultimo di una dichiarazione di astensione dalle udienze proclamata ~~dagli organi di~~ categoria, aveva designato un difensore immediatamente reperibile ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p.; quindi, nel contraddittorio così costituito, aveva accolto l'istanza di rinvio del difensore, disponendo il differimento dell'udienza e dandone avviso orale al sostituto.

2. Nel motivare il rigetto dell'eccezione, la Corte d'appello perugina fa proprio il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza del 28 febbraio 2006, n. 8285, a mente del quale «il difensore che abbia ottenuto la sospensione o il rinvio dell'udienza [1] per legittimo impedimento a comparire ha diritto all'avviso della nuova udienza solo quando non ne sia stabilita la data già nella ordinanza di rinvio, posto che, nel caso contrario, l'avviso è validamente recepito, nella forma orale, dal difensore previamente designato in sostituzione ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p., il quale esercita i diritti ed assume i doveri del difensore sostituito e nessuna comunicazione è dovuta a quest'ultimo» [2]. In simili casi, trova, infatti, applicazione il disposto di cui all'art. 477, comma 3, c.p.p., in base al quale gli avvisi orali sostituiscono le notificazioni per coloro che debbono considerarsi presenti [3], e non l'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., pur applicabile nella fase degli atti introduttivi al dibattimento in forza del rinvio operato dall'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p., che prevede la rinnovazione dell'avviso di fissazione della nuova udienza ai sensi del comma 1 quando risulta [4] che l'assenza del *dominus* è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento [5]

---

[1] Sulla netta differenza tra "rinvio" e "sospensione" v. D'Andria, Sub *art. 477 c.p.p.*, in Lattanzi - Lupo, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, Milano, 2003, 74 s., il quale evidenzia, tuttavia, come i due concetti siano destinati a confondersi alla luce di alcune disposizioni normative, tra le quali proprio l'art. 420 *ter* c.p.p.

[2] V. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, Grassia, in *Cass. pen.,* 2006, 1695.

[3] Peraltro, anche l'art. 420 *ter*, comma 4, c.p.p. cui fa rinvio l'art. 484 c.p.p. prevede che «[i]n ogni caso, la lettura dell'ordinanza che fissa la nuova udienza sostituisce la citazione e gli avvisi per tutti coloro che sono o devono considerarsi presenti».

[4] Il verbo "risultare" deve essere inteso non come mera derivazione della comunicazione fatta, ma come giudizio conclusivo anche a seguito di attività svolte sull'impedimento comunicato: v., in tal senso, Cass., sez. III, 6 novembre 1996, D'Andrea, in *C.E.D. Cass.* n. 207030.

[5] Pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che, a fronte di una richiesta di rinvio del dibattimento per assoluta impossibilità a comparire, tempestivamente comunicata, sorge in capo al giudice l'obbligo di valutare tale istanza e di deciderne, motivando, l'accoglimento o il rigetto: in caso contrario deve ritenersi sussistente la violazione dell'art. 486, comma 5, c.p.p., che comporta la nullità di ordine generale di cui all'art. 178 lettera c) nuovo c.p.p. relativa all'assistenza e alla rappresentanza

«prontamente comunicato» [6]. La Suprema Corte pone, a fondamento della soluzione delineata, la preliminare e necessaria designazione di un sostituto a norma dell'art. 97, comma 4, c.p.p. in tutte le ipotesi di mancata comparizione del difensore dell'imputato. Ciò a prescindere dalla natura della causa impediente. Tale premessa sarebbe imposta dalla «corretta interpretazione dell'art. 484, che, nella successione dei suoi tre commi, scandisce l'ordine [temporale] degli atti da compiere prima della dichiarazione di apertura del dibattimento», prescrivendo al giudice di nominare un sostituto qualora non sia presente il difensore «naturale» [7] dell'imputato.

Nell'enucleare il suddetto principio, i giudici di legittimità affrontano, quindi, due questioni giuridiche distinte, ma strettamente connesse sotto il profilo delle implicazioni concrete. La prima attiene alla necessità o meno che, nelle ipotesi di assenza del difensore dell'imputato per legittimo impedimento, l'autorità giudiziaria provveda comunque alla designazione di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. La seconda problematica, invece, riguarda la portata del rinvio operato dall'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. al primo comma della medesima disposizione, ed all'operatività o meno, in tali casi, del meccanismo generale delle notificazione *de praesenti*, alla luce del ruolo che l'ordinamento attribuisce al sostituto del *dominus* legittimamente mentovato, nominato d'imperio dal giudice.

---

dell'imputato: in giurisprudenza, cfr., in tal senso, Cass., sez. IV, 20 maggio 1998, Pozzo, in *C.E.D. Cass.* n. 211761; Cass., sez. IV, 18 ottobre 1996, Pesce, in *C.E.D. Cass.* n. 206969; Cass., sez. IV, 14 novembre 1995, Di Sarno, in *Cass. pen.*, 1996, 2993 s.; Cass., sez. VI, 27 gennaio 1995, Moretti, in *C.E.D. Cass.* n. 200778; Cass., sez. IV, 14 dicembre 1993, Vivi, in *Cass. pen.*, 1995, 1548 e in *Giust. pen.*, 1995, III, 104; Cass., sez. V, 8 ottobre 1992, Bettiga, in *C.E.D. Cass.* n. 193480.

[6] La tempestiva comunicazione del legittimo impedimento è pacificamente qualificata quale condizione affinché si configuri in capo al giudice l'obbligo di procedere al differimento dell'udienza: cfr. Blaiotta, Sub *art. 420 c.p.p.*, in Lattanzi – Lupo, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, cit., 900; Barazzetta, Sub *art. 420 c.p.p.*, in Aa.Vv. *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Milano, 2007, 3832; Melchionda, *Assenza e contumacia nel dibattimento penale*, in Aa.Vv., *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario e Marzaduri, Torino, 1999, 110 s.; Bricchetti – Pistorelli, *L'udienza preliminare, Dall'avviso di conclusione delle indagini ai riti alternativi*, Milano, 2003, 149, 151; Ramajoli, *Il dibattimento nel nuovo rito penale*, Padova, 1994, 62; Grilli, *Corso di procedura penale*, Padova, 2005, 281. La dottrina ha evidenziato che l'inciso ha finalità esclusivamente organizzative del servizio giudiziario, dovendosi, altresì, pretendere dal difensore la massima diligenza possibile: cfr., in tal senso, Potetti, *L'impedimento del difensore a comparire in dibattimento, con particolare considerazione per il concomitante impegno professionale*, in *Cass. pen.*, 2005, 3903.

[7] L'espressione è di Di Bugno, *Legittimo impedimento del difensore, tutela dell'effettività della difesa e disciplina dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1997, 1655.

3. L'art. 484 c.p.p. disciplina la successione di adempimenti volti alla verifica della regolare costituzione delle parti nella fase degli atti introduttivi al dibattimento, momento fondamentale in quanto volto a garantire il corretto perfezionarsi del rapporto processuale sotto il profilo di un reale ed effettivo contraddittorio che, se non rigorosamente attuato, potrebbe pregiudicare tutta l'attività successivamente posta in essere [8]. Tale accertamento concerne, appunto, la ritualità e la tempestività delle notificazioni e comunicazioni degli avvisi, nonché la valutazione delle ragioni della assenza o del dedotto impedimento dell'imputato o del suo difensore.

Al comma 2 la norma prescrive testualmente che «[q]ualora il difensore dell'imputato non sia presente, il [giudice] designa come sostituto altro difensore a norma dell'art. 97 comma 4» [9], sull'ovvio presupposto che le notificazioni allo stesso patrono siano state regolari [10]. Già un'interpretazione strettamente letterale del precetto indurrebbe a sostenere la necessità di provvedere alla nomina officiosa di un sostituto in tutti i casi in cui non sia presente il *dominus* dell'imputato, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alle cause che ne hanno determinato la "non presenza".

Una lettura in tal senso dell'art. 484, comma 2, c.p.p., se ha trovato sostanziale condivisione in seno alla giurisprudenza di legittimità [11], è stata,

---

[8] In considerazione di ciò, il legislatore del 1988 ne ha fatto oggetto di una specifica disposizione, mentre nel sistema previgente gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti erano previsti in un inciso nell'ambito delle formalità di apertura del dibattimento: v. MELCHIONDA, Sub *art. 484 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 131.

È stato sottolineato che, nel processo penale, il concetto di "costituzione delle parti" non è pienamente sovrapponibile a quello processual-civilistico, non essendo richiesto un atto formale, salvo che per la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Il più delle volte, la "costituzione" arriverebbe a concretizzarsi nella mera "comparizione": v., sul punto, FRIGO, Sub *art. 420 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 612; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 933; cfr., altresì, CUOMO, *L'Udienza preliminare*, Padova, 2001, 61.

[9] La stessa disposizione è prevista nell'art. 420, comma 3, c.p.p. per ciò che attiene all'accertamento relativo alla regolare costituzione delle parti in sede di udienza preliminare: «se il difensore dell'imputato non è presente il giudice provvede a norma dell'art. 97 comma 4». Le considerazione che verranno svolte in relazione all'art. 484, comma 2, c.p.p. devono ritenersi estensibili anche al disposto di cui all'art. 420, comma 3, c.p.p. e, viceversa, le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi in merito al disposto di cui all'art. 420, comma 3, c.p.p. devono considerasi valevoli anche con riferimento all'art. 484, comma 2, c.p.p. Cfr., a tal riguardo, FRIGO, Sub *art. 420 c.p.p.*, cit., 612; BRICCHETTI – PISTORELLI, *L'udienza preliminare,* cit., 125.

[10] In tal senso, v. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1995, 641.

[11] In giurisprudenza, V., in tal senso, Cass., sez. IV, 12 ottobre 2005, Ferraro, in *Guida dir.*, 2006, 17, 106 s.; Cass., sez. VI, 30 settembre 2002, Cammarano, in *Cass. pen.*, 2003, 3862. *Contra,* Cass., sez. I, 20 marzo 1996, Vintrici, in *Giust. pen.*, 1997, III, 309.

tuttavia, avversata dalla dottrina più autorevole [12]. In base all'orientamento accademico maggioritario, infatti, il giudice può provvedere alla designazione di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. solo dopo aver escluso che l'assenza del difensore titolare dell'incarico sia dovuta a legittimo impedimento, perché, in tal caso, l'autorità procedente deve limitarsi a rinviare l'udienza *de plano* come parrebbe desumersi dall'art. art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p.. richiamato dall'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p. [13]. L'esegesi riproposta dalla letteratura processual-penalistica dominante parrebbe trovare un fondamento nel richiamo all'art. 97, comma 4, c.p.p., che impone la designazione *ex auctoritate* di un difensore in sostituzione di quello titolare solo quando questi «non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa» [14], non essendo riconducibile a tali evenienze l'assenza per legitti-

---

[12] V. Cordero, *Procedura,* cit., 933; id., Sub *art. 484 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale,* commentato da Cordero, Torino, 1992, 587.

[13] In tal senso, v. Galati – Zappala', *L'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2006, 210 s.; Filippi, Sub *art. 19, Legge 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 190; Fassone, *Il giudizio*, in Aa.Vv., *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, 881; D'Andria, Sub *art. 484 c.p.p.*, in Lattanzi - Lupo, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, VII, cit., 102 s. In relazione all'art. 420 c.p.p., v. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione quasi completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in Aa.Vv., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 322; Blaiotta, Sub *art. 420 c.p.p.*, cit., 854; Bricchetti – Pistorelli, *L'udienza preliminare,* cit., 149; Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1996, 67; Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, 127. *Contra,* Dalia – Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006, 574; Melchionda, Sub *art. 484 c.p.p.*, cit., 133; Vessichelli, *Dichiarazione di contumacia in assenza del difensore impedito*, in *Cass. pen.*, 2006, 1702.

[14] Sul concetto di "mancato reperimento", la casistica giurisprudenziale appare vasta e rivolta, soprattutto, a stabilire quando le ricerche che precedono la verifica del mancato reperimento possano considerarsi sufficienti: pare che la formula vada interpretata nel senso letterale di "non rintracciato" in base alle notizie conosciute dal giudice (Cass., sez. VI, 12 novembre 1993, Morini, in *Cass. pen.*, 1995, 3360). Quanto alla espressione di "mancata comparizione", la giurisprudenza vi riconduce i casi di assenza del difensore riferita al singolo atto o alla singola udienza, senza che sia addotto un legittimo impedimento o in caso di impedimento non ritenuto giustificato dall'autorità giudiziaria (v., in tal senso, Cass., sez. V, 3 aprile 1997, Jovanovic, in *C.E.D. Cass.* n. 207279; Cass., sez. I, 20 marzo 1996, Vitrinci, cit.). Infine, l' "abbandono della difesa" si risolve in una inattività necessariamente temporanea, poiché una sua inerzia prolungata nel tempo determinerebbe l'abbandono di cui agli artt. 105 e 108 c.p.p. e sarebbe, quindi, riconducibile ad una ipotesi di giustificato motivo che legittimerebbe *ex* art. 97, comma 5, c.p.p. non la designazione di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c..p, ma la rimozione dall'incarico: v., in tal senso, Procaccianti, Sub *art. 97 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 2005, 263.

mo impedimento [15]. L'assunto lascia, tuttavia, spazio ad alcune riflessioni critiche, basate *in primis*, come sopra anticipato, sulla formula dell'art. 484, comma 2, c.p.p.

Sotto il primo profilo, deve innanzitutto rilevarsi che la precettazione di un sostituto immediatamente reperibile è imposta nei casi in cui il difensore dell'imputato «non è presente». L'espressione impiegata è assolutamente generica e come tale suscettibile di essere interpretata nella sua accezione più ampia, onnicomprensiva di tutte le singole *species* integrate dal mancato reperimento, dall'abbandono della difesa, dalla mancata comparizione del difensore non giustificata, ovvero determinata da legittimo impedimento [16]. Lo stesso art. 484, comma 2, c.p.p. impone al giudice di nominare un sostituto «a norma dell'art. 97 comma 4 c.p.p.» e non "nelle ipotesi" ivi sancite [17]. L'utilizzo di questa locuzione, piuttosto che dell'altra, parrebbe suggerire che il rinvio all'art. 97, comma 4, sia riferibile alle sole formalità e non alle situazioni in esso previste, in tal modo rendendo legittima e ineccepibile, anche sotto questo aspetto, una lettura della norma che non esclude la designazione officiosa di un sostituto anche nei casi di assenza del *dominus* per temporaneo legittimo impedimento. Sempre in questa direzione, si deve rilevare come l'art. 484, comma 2, c.p.p. non faccia alcun espresso riferimento ai motivi che hanno determinato l'assenza del patrono dell'imputato [18]. Pare, allora, ragionevole ritenere che qualora il legislatore avesse voluto subordinare tale adempimento alla verifica delle cause impedienti la comparizione del difensore titolare e, dunque, escludere la necessità di procedere alla designazione di un sostituto nelle ipotesi di comprovato legittimo impedimento dello stesso, lo avrebbe espressamente previsto, per esempio, attraverso l'inserimento dell'inciso «senza che sia stato addotto un legittimo impedimento», o facendo comunque salvo il disposto di cui all'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. Il silenzio serbato dal legislatore sul punto non sembra suscettibile di fraintendimenti, né riconducile ad una mera svista, dovendo piuttosto interpretarsi quale risultato di una precisa scelta di politica giudiziaria che trova la sua logica, come vedremo, tanto nella necessità di assicurare comunque la completezza della dialettica processuale quanto nella funzione di garanzia propria del sostituto. E poiché la designazione del sostituto processuale non è tecnicamente incompatibile

---

[15] In tal senso, v. in dottrina TORCHIA, *Osservazioni in tema di legittimo impedimento del difensore*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 84 s.

[16] Cfr. MELCHIONDA, Sub *art. 484 c.p.p.*, cit., 132.

[17] La medesima considerazione è alla base dell'impostazione dottrinale che estende la rilevanza del legittimo impedimento del difensore anche alle udienze successive alla prima benchè l'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. faccia rinvio al comma 1 della stessa disposizione: v., in tal senso, FILIPPI, Sub *art. 19,* cit., 192.

[18] Con riferimento all'art. 420, comma 3, c.p.p., v., in tal senso, TAORMINA, *Diritto processuale,* cit., 641.

né con il rinvio dell'udienza imposto nei casi di accertato legittimo impedimento a comparire del *dominus*, né con l'eventuale notifica al difensore sostituito dell'ordinanza di differimento dell'udienza, non sembra possibile delineare eccezioni all'obbligo di nomina di un sostituto *ex* art. 97, comma 4, c.p.p., ovvero subordinarne l'operatività ad accertamenti preliminari che non siano normativamente prescritti. Insomma, l'art. 484, comma 2, c.p.p. prevede che alla mancanza del difensore dell'imputato consegua, *sic et sempliciter*, un intervento del giudice diretto alla designazione di un sostituto immediatamente reperibile.

Ad accreditare questa impostazione intervengono ovvie considerazioni di ordine logico e sostanziale. In sede di verifica sulla regolare costituzione delle parti, infatti, solo dopo aver individuato, accanto alla parte pubblica, una parte privata di natura tecnica con la quale interloquire, può validamente aprirsi il procedimento incidentale previsto dagli artt. 420 *bis* c.p.p. e ss. Anche sulla stessa richiesta di rinvio per impedimento del difensore deve potersi instaurare un contraddittorio tra le parti attraverso il quale accertare la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. per il regolare differimento dell'udienza [19]. Taluno, in dottrina, ha al proposito rilevato che «[o]gni […] questione, ogni successivo provvedimento [...] non sono possibili se manca un difensore dell'imputato […]. [Q]uesta eventuale designazione ha il solo scopo di procedere nella verifica della regolare costituzione delle parti, senza pregiudizio di provvedimenti intesi a rinvii e differimenti dell'udienza» [20]. In assenza di un difensore anche l'imputato presente, infatti, non sarebbe regolarmente costituito e, qualora venisse disposto il rinvio dell'udienza senza la previa designazione di un sostituto, si arriverebbe al paradosso di privare lo stesso imputato della facoltà, prevista dall'art. 420 *ter* comma 5 c.p.p., di richiedere che il processo prosegua anche in assenza del suo legale [21]. Su questo presupposto, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che il rinvio dell'udienza dibattimentale per legittimo impedimento del difensore, disposto senza aver

---

[19] A tal riguardo v., per quanto attiene all'accertamento relativo alla regolare costituzione delle parti nell'udienza preliminare, Dragone, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in AA.VV., *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, 714; Pechinunno, *Il giudizio,* in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna, 1994, 478. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, Grassia, cit., 1696, secondo la quale, dunque, la decisione sulla richiesta di rinvio per l'impedimento rappresentato dal difensore assente, come la dichiarazione di contumacia, non è possibile senza la previa designazione del sostituto del difensore.

[20] Così Melchionda, Sub *art. 484 c.p.p.*, cit., 133.

[21] In relazione all'art. 486, comma 5, c.p.p. si è sottolineato, in giurisprudenza, che tale disposizione, nella parte in cui esclude il rinvio dell'udienza «se l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito», presuppone che sia comunque assicurata l'assistenza di un difensore d'ufficio: Cass., sez. I, 24 giugno 1997, Ferraiuolo, in *Cass. pen.*, 1998, 2629.

provveduto alla nomina di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p., determinerebbe una nullità assoluta e insanabile del giudizio [22].

Né la tesi sinora condivisa pare in contrasto con il disposto dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. nella parte in cui esclude il differimento dell'udienza laddove sia stato nominato un sostituto direttamente dal difensore impedito [23]. Se a tale figura il nostro ordinamento equipara, sotto il profilo dei diritti e dei doveri, quella del sostituto designato d'imperio dal giudice, la diversità sostanziale della fonte attributiva di questa funzione giustifica, senza dubbio alcuno, la differente disciplina delle conseguenze ricollegate, in una prospettiva di tutela del diritto di difesa, al legittimo impedimento del titolare nell'una o nell'atra ipotesi. Allorché il patrono, impedito a comparire, provveda ad incaricare un sostituto, la legge presuppone in capo a quest'ultimo una preparazione della causa idonea e tale da garantire all'imputato un esercizio efficace e meditato dell'assistenza tecnico-giuridica in seno al processo [24]. Di converso, una altrettanto adeguata preparazione non si può ragionevolmente presumere in capo al difensore designato nell'immediatezza dal giudice.

4. Nelle ipotesi in cui l'assenza del difensore sia dipesa da un legittimo impedimento tempestivamente comunicato, l'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. prescrive al giudice di rinviare l'udienza, provvedendo «a norma del comma 1». Come sopra già rilevato, l'art. 420 *ter* c.p.p., introdotto *ex novo* attraverso la legge n. 479 del 1999 (cd. Legge Carotti) [25], trova applicazione nella fase degli atti introduttivi al dibattimento in forza dell'espresso rinvio disposto dall'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p., e ricalca, quasi, pedissequamente il contenuto dell'art. 486 c.p.p., abrogato a seguito del medesimo intervento riformatore [26]. L'unico elemento che ha distinto le due disposizioni, peraltro

---

[22] V., in tal senso, Cass., sez. VI, 30 settembre 2002, Cammarano, cit., 3862; in relazione all'obbligo di nomina di un difensore di fiducia, cfr. Cass., sez. IV, 12 ottobre 2005, Ferraro, cit., 106 s.

[23] L'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. statuisce che, nelle ipotesi di legittimo impedimento del difensore, l'obbligo di rinvio in capo al giudice venga meno in tre casi: quando l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento coinvolga uno solo di essi; quando il difensore impedito ha provveduto a designare un suo sostituto; ovvero, ancora, quando l'imputato chieda che si proceda in assenza del patrono mentovato.

[24] In giurisprudenza, cfr., in tal senso, Cass., sez. V, 10 novembre 1999, Di Prenda, in *Guida dir.*, 2000, 6, 81.

[25] La legge Carotti ha abrogato gli articoli da 485 a 488 c.p.p. in tema di contumacia e di legittimo impedimento dell'imputato e del difensore, contestualmente introducendo gli artt 420 *bis, ter, quater e quinquies*, in tal modo uniformando il regime dell'accertamento della regolare costituzione delle parti in udienza preliminare a quello previsto per il dibattimento.

[26] Il comma 2 *bis* è stato introdotto *ex novo* dall'art. 39 comma 1 della l. 16 di-

sotto un profilo più formale che sostanziale, è il rinvio al comma 1 anziché al comma 3 come era previsto nell'art. 486, comma 5, c.p.p. Il legislatore del 1999 si è, infatti, limitato a modificare la collocazione sistematica di norme e principi già vigenti nel nostro sistema processual-penalistico, ma riservati originariamente alla sola fase del dibattimento [27], anticipandone la relativa disciplina nell'ambito dell'udienza preliminare [28] e interamente richiamandola per il giudizio [29]. La Legge Carotti ha, dunque, attribuito rilevanza al

---

cembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti), contestualmente all'abrogazione degli articoli da 485 a 488 c.p.p. Sulle problematiche ingenerate dall'inciso "in quanto compatibili", utilizzato per individuare la condizione di applicabilità in giudizio degli articoli da 420 *bis* a 420 *quinquies*, cfr. Filippi, *La contumacia, l'assenza e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479, (c.d. legge Carotti)*, I, *Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare*, a cura di Kalb, Milano, 2000, 332; Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato,* cit., 298. Sulle modifiche introdotte dall'art. 39 della Legge Carotti, cfr. Valentini, *In tema di concomitanti impegni professionali del difensore*, in *Cass. pen.*, 2002, 1742, nota 1.

[27] L'originaria applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. da 485 a 488 c.p.p. alla sola fase del giudizio, con esclusione dell'udienza preliminare, si spiegava alla luce del rilievo centrale del dibattimento, come sede privilegiata di individuazione ed elaborazione delle prove, in un processo di stampo accusatorio. Cfr., in tal senso, tra gli altri, Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato,* cit., 323-324; Bricchetti – Pistorelli, *L'udienza preliminare,* cit., 150. Analogamente, l'irrilevanza del legittimo impedimento del difensore, ai fini del rinvio dell'udienza preliminare, veniva giustificata dal fatto che l'attività del difensore si risolveva in una discussione avente ad oggetto strumenti conoscitivi precostituiti ed era comunque funzionale ad una decisione meramente processuale, estranea a valutazioni di merito sull'accusa: cfr., in questa prospettiva, Corte Cost., 31 maggio 1996, n. 175, in *Cass. pen.*, 1997, 1645, con nota di Di Bugno, *Legittimo impedimento del difensore, tutela dell'effettività della difesa e disciplina dell'udienza preliminare*.

[28] V., al riguardo, Garuti, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 377; D'Andria, Sub *art. 484 c.p.p.*, cit., 103, il quale rileva come, nonostante la diversa collocazione, la normativa sia rimasta sostanzialmente identica a quella precedente, anche se con qualche omissione, e risulti applicabile in ogni sua parte al dibattimento, «naturalmente con le diversità formali richieste dalla diversità della fase»; Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 124 s.; Bricchetti – Pistorelli, *L'udienza preliminare,* cit., 127 s.; Cuomo, *L'Udienza preliminare*, cit., 61; Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei,* in *Cass. pen.,* 2000, 2823; Dragone, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, cit., 714.

[29] La diversa collocazione delle disposizioni dettate in tema di contumacia e di legittimo impedimento dell'imputato e del difensore rispecchia la nuova fisionomia assunta dall'udienza preliminare proprio a seguito della riforma del 1999, ben inserendosi nel contesto di un disegno politico-legislativo volto a irrobustire i profili istruttori di tale udienza: da udienza di mero smistamento finalizzata a prevenire le ipotesi di imputazioni azzardate e di dibattimenti inutili, l'udienza preliminare

legittimo impedimento del difensore anche in sede di udienza preliminare, in una prospettiva di maggior consapevolezza del ruolo «necessario» [30] svolto dal patrono nell'ambito di detta fase [31], fase che, proprio a seguito della riforma del 1999, assume una fisionomia completamente nuova.

La reale portata dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. non può allora essere colta a prescindere da una rivisitazione della *ratio* sottesa all'introduzione dell'art. 486 c.p.p. e delle correnti dottrinarie e giurisprudenziali affermatesi in relazione alla sua effettiva operatività, in epoca ben precedente alla novella del 1999.

L'art. 486 c.p.p. è stato introdotto con il codice del 1988 in attuazione del principio sancito nella direttiva n. 77 della legge delega n. 81 del 1987, ovvero dell'obbligo di sospendere o rinviare il dibattimento quando fosse risultato che l'imputato o il di lui difensore si trovassero nell'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento [32]. Con riferimento alla posizione del *dominus*, la norma costituiva una assoluta novità rispetto al passato e venne salutata con grande favore dalla dottrina più garantista [33]. Attraverso una cospicua serie di sentenze della Corte di Cassazione ripetutamente

---

assume connotazioni e funzioni nuove, per le quali deve essere garantito appieno il contraddittorio. V., al riguardo, GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., 377 e ss.; NOFRI, Sub *art. 420 ter c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario breve,* cit., 1471; GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive, La procedura penale riformata*, Milano, 2000, 101 s.

[30] La necessaria presenza del difensore all'udienza preliminare era già sancita dall'art. 420, comma 1, c.p.p.

[31] V., in tal senso, GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., 377.

[32] V. direttiva n. 77 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81, art. 2 in CONSO – GREVI – NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice*, Padova, 1990, 669 ss. La definitiva versione della direttiva n. 77 si deve all'emendamento presentato dal senatore Leone, che in una logica di tutela del diritto di difesa, aveva proposto di estendere la rilevanza, ai fini del rinvio dell'udienza, anche al legittimo impedimento del difensore.

[33] Sottolineano l'importanza dell'innovazione contenuta nel comma 5 dell'art. 486 c.p.p., MELCHIONDA, Sub *art. 486 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, coordinato da Chiavario, Torino, 1991, 145; DI BUGNO, *Il legittimo impedimento del difensore all'udienza preliminare*, in *Arch. pen.*, 1998, 262; ROMANO, *L'impedimento del difensore per impegni professionali concorrenti*, in *Giur. di merito*, 1991, Milano, 602. Come correttamente osservato da VALENTINI, *In tema di concomitanti impegni,* cit., 1742, il rinvio del dibattimento, nell'ipotesi di legittimo impedimento del giurisperito, era rimesso alla insindacabile discrezionalità del giudice. In tal senso, v., in giurisprudenza, Cass., sez. V, 3 ottobre 1986, Mersella, in *Cass. pen.*, 1988, 476; Cass., sez. V, 29 aprile 1986, Cantoni, in *Giust. pen.*, 1987, III, 413.

In senso critico, sulla mancata rilevanza, ai fini del rinvio del dibattimento, del legittimo impedimento del difensore delle parti diverse dall'imputato V. TAORMINA,

avallate dalla Consulta, l'ordinamento previgente aveva, costantemente, escluso qualsiasi rilevanza processuale all'impedimento del difensore. Tale circostanza avrebbe potuto semmai suggerire l'opportunità di un rinvio, rimesso ad una scelta insindacabile e discrezionale del giudice [34].

Nella nuova logica accusatoria che doveva informare l'emanando codice di procedura penale, il legittimo impedimento del patrono non poteva non integrare un motivo di rinvio del dibattimento, finalizzato a garantire l'effettività della difesa tecnica e la funzionalità dei nuovi moduli procedimentali di acquisizione probatoria propri di un "processo di parti" in cui il difensore assume, rispetto al passato [35], un ruolo attivo e propulsivo, che gli impone di offrire un contributo originale alla formazione della prova e alla ricostruzione dei fatti in giudizio in una posizione di sostanziale parità con l'accusa [36]. La sua funzione in dibattimento, fortemente personalizzata, non poteva più ritenersi intercambiabile, attesa l'impossibilità di affrontare il giudizio con cognizione di causa senza un'accurata preparazione sin dai

---

*Diritto processuale penale*, II, cit., 239 ss., secondo il quale è «manifestamente irragionevole e ingiustificatamente fonte di disparità di trattamento, una normativa che limita la rilevanza dell'impedimento al difensore dell'imputato» (241).

[34] V., fra le tante, Cass., sez. V, 3 ottobre 1986, Mersella, cit., 476; Cass., sez. V, 29 aprile 1986, Cantoni, cit.; Cass., sez. V, 4 marzo 1985, Gavioli, in *Cass. pen.*, 1986, 1798; Cass. 29 gennaio 1952, Delle Donne, in *Giust. pen.,* 1952, III, 208.

[35] Cfr., al riguardo, Triggiani, *Le investigazioni difensive,* Milano, 2002, 1 s., che, nel mettere in luce questo aspetto, sottolinea come il difensore dell'imputato fosse, vigente il c.p.p. del 1930, semplicemente garante dei diritti dell'assistito in relazione ad attività poste in essere da altri organi (pubblico ministero e giudice); analogamente, Stefani, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale, Aspetti teorici pratici di investigazione privata, Utilizzabilità processuale degli atti,* Milano, 1999, 30, il quale mette in evidenza il differente ruolo che il difensore di oggi assume nell'ambito del procedimento, complessivamente considerato, rispetto al difensore del passato, il quale doveva limitarsi ad «una disamina critica delle prove raccolte nel segreto dell'istruzione sommaria o dell'istruzione formale», divenendo «interprete della difesa solo nella discussione finale in dibattimento»; Cristiani, Sub *art. 96 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1989, 451; Frigo, *Verso il nuovo processo penale, La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, 547 ss.; Tenuti, *Sul legittimo impedimento a comparire del difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, 937.

[36] Cfr., fra gli altri, Kalb, *Il ruolo del difensore nella ricerca della prova,* in *Ann. ist. dir. e proc. pen. Univ. di Salerno,* 1995, 255; Pecorella, *Il difensore nel nuovo processo penale,* in Aa.Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale,* Milano, 1990, 76; id., *La deontologia del «nuovo» avvocato, L'inchiesta «parallela»,* in *Cass. pen.,* 1989, 1355; Stefani, *Manuale delle indagini difensive,* cit., 30, il quale, in termini molto chiari, scrive «[l]'onere probatorio che da sempre si è ritenuto appartenere soltanto all'accusa, appartiene oggi anche alle parti private. L'indagato vede finalmente riconosciuto il diritto ad una difesa attiva che colmi le lacune e, talora, le prese di posizione del pubblico ministero che troppo spesso si è dimostrato efficiente nell'interpretare il ruolo di parte nel processo e poco efficiente nell'interpretare il ruolo di

prodromi delle indagini preliminari [37]. Dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, a fronte dell'impossibilità di comparire del *dominus* determinata da comprovato legittimo impedimento, l'organo giurisdizionale era, dunque, tenuto a dilazionare il dibattimento.

L'art. 486, comma 5, c.p.p., nella sua prima parte, imponeva al giudice di provvedere «a norma del comma 3 anche nel caso di assenza del difensore, quando risulta[sse] che la stessa [era] dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento purché prontamente comunicato». Il comma 3 prevedeva appunto l'obbligo per l'autorità procedente di sospendere o rinviare anche d'ufficio il dibattimento, fissare con ordinanza la data della nuova udienza e disporne la notificazione all'imputato quando questi non si fosse presentato alle udienze successive alla prima, a causa di assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento. L'infelice formulazione dell'art. 486, comma 5, c.p.p. aveva sollevato una serie di perplessità già in ordine all'individuazione delle udienze in cui avrebbe dovuto assumere rilevanza l'impedimento del difensore [38], nonché all'effettivo destinatario dell'avviso della data di rinvio.

---

organo pubblico e, quindi, di garante della giusta applicazione della legge e tutore delle garanzia del cittadino nel processo»; Barbuto, *Registro delle notizie di reato, informazione di garanzia e diritto di difesa dell'indagato,* in *Arch. nuova proc. pen.,* 1991, 503; Cristiani, Sub *art. 96 c.p.p.*, cit., 451 s.

[37] Cfr., in tal senso, anche Illuminati, *Il giudizio*, in Aa.Vv., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 1996, 571 s.; Torchia, *Osservazioni in tema di legittimo impedimento,* cit., 86.

[38] A fronte del progetto preliminare, il Tribunale di Torino aveva evidenziato la necessità di precisare al comma 5 dell'art. 480 se il rinvio al comma 3 valesse a limitare la previsione al solo legittimo impedimento intervenuto nelle udienze successive alla prima o se dovesse ritenersi relativo anche alla prima udienza: v. *Parere del Tribunale di Torino (p. 27-28)* in Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati,* IV, *Il progetto preliminare del 1988,* Padova, 1990, 1112.

Come evidenziato da Melchionda, Sub *art. 486 c.p.p.*, cit., 145 «[i]l rinvio alla disposizione del 3° comma (relativo alle ipotesi di assenza dell'imputato, detenuto o non, nel corso delle udienze successive alla prima) indurrebbe a contenere la rilevanza di un impedimento del difensore limitatamente, appunto, alle "successive udienze", con esclusione della prima». La stessa questione, ma in termini opposti, è stata sollevata dopo l'entrata in vigore della Legge Carotti in relazione al rinvio che l'art. 420 *ter*, comma 5, fa al comma 1 della medesima disposizione. E' stato, tuttavia, evidenziato, che l'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. prescrive al giudice di provvedere «a norma del comma 1», e non nella situazione di cui al comma 1, che riguarda la mancata presentazione dell'imputato alla prima udienza: da ciò è sembrato potersi dedurre che il giudice è tenuto a rinviare l'udienza sia che l'impedimento del difensore si verifichi nella prima udienza che nelle successive. V., in tal senso, Filippi, Sub *art. 19,* cit., 192. La dottrina è sempre stata unanime nel ritenere che l'obbligo di rinvio dell'udienza in caso di legittimo impedimento del difensore dell'imputato

I contrasti interpretativi così generati erano stati ulteriormente alimentati dal silenzio serbato, su tali aspetti, in sede di lavori preparatori [39], dove l'attenzione era stata unicamente rivolta alla novità rappresentata dalla rilevanza processuale dell'impedimento del difensore.

In ragione del rinvio al comma 3, si era giunti a sostenere che l'ordinanza di differimento dell'udienza dovesse essere notificata al prevenuto [40], tesi che ha trovato anche più autorevoli consensi dopo la riforma del 1999 [41], la quale, come precisato, ha pedissequamente ripreso nell'art. 420 *ter* c.p.p. i contenuti normativi dell'abrogando art. 486 c.p.p. La Corte di cassazione ha avuto l'occasione di precisare, proprio con riferimento all'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p, che il rinvio al comma 1 deve essere necessariamente inteso nel senso che, in caso di rinvio per legittimo impedimento del difensore, a questi, e non all'imputato, deve essere dato avviso della data di differimento[42]. La contraria interpretazione, oltre a contrastare con la *ratio* della legge, condurrebbe a conclusioni del tutto illogiche, ovvero alla necessità di dover avvisare del rinvio non il soggetto impedito, ossia il difensore assente, bensì l'imputato, anche quando questi sia contumace o sia addirittura presente in udienza.

Nonostante gli equivoci esegetici cui è andato soggetto e la censurabile "tecnica del rinvio" utilizzata dal legislatore delegato, si deve ritenere che il richiamo al comma 3 previsto dall'abrogato art. 486 c.p.p. fosse assolutamente integrale, ovvero non limitato all'esigenza di garantire il differimento dell'udienza in caso di legittimo impedimento del patrono, bensì esteso anche alla necessità che la data di rinvio venisse al medesimo notificata come previsto dal comma 3 per l'imputato ugualmente mentovato. L'*iter* legislativo che ha portato all'introduzione dell'art. 486 c.p.p. nella sua versione definitiva ha, tuttavia, dimostrato un totale disinteresse in ordine alle modalità attraverso le quali il difensore avrebbe dovuto essere notiziato

---

operi senza limiti temporali nell'ambito del dibattimento e (dell'udienza preliminare). Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la direttiva n. 77 della legge delega. Cfr., in tal senso, RAMAJOLI, *Il dibattimento nel nuovo rito penale*, cit., 63.

[39] V. Relazione al progetto preliminare (259 s.), in CONSO – GREVI - NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, cit., 1990, 1108, nella quale, in relazione all'art. 480 (Impedimento a comparire dell'imputato o del difensore), si rileva semplicemente che quando «l'impedimento riguarda il difensore, il comma 5 stabilisce che il giudice sospende o rinvia il dibattimento, salve tre ipotesi che rappresentano altrettante deroghe».

[40] Cfr., in tal senso, TENUTI, *Sul legittimo impedimento a comparire del difensore*, cit., 936 s.; TORCHIA, *Osservazioni in tema di legittimo impedimento,* cit., 84.

[41] V., per tutti, TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2007, 286.

[42] V., Cass., sez. III, 5 ottobre 2001, Roatta, in *Arch. nuova proc pen.*, 2002, 330. In dottrina cfr., in relazione all'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., BRICCHETTI – PISTORELLI, *L'udienza preliminare,* cit., 150.

della data del differimento, nonché alla indispensabilità di una formale comunicazione anche nelle ipotesi in cui avrebbe potuto operare l'istituto delle notificazioni *de praesenti* previsto dal comma 4 dello stesso art. 486 c.p.p., e già sancito, per la fase dibattimentale, dall'art. 477, comma 3, c.p.p. anche con riferimento ai soggetti che devono considerarsi presenti.

Le relazioni al progetto preliminare, al progetto definitivo ed al testo definitivo [43] non contengono alcuna specificazione sul possibile coordinamento tra il comma 5 e il comma 4 dell'art. 486 c.p.p. Pure la dottrina si è mostrata, per lo più, indifferente a questa particolare problematica, rimasta attuale anche dopo la riforma del 1999, stante il pressoché identico contenuto dell'abrogato art. 486 c.p.p. e del vigente art. 420 *ter* c.p.p.

Gli artt. 477, comma 3, c.p.p. e 420 *ter*, comma 4, c.p.p., entrambi operanti nella fase dibattimentale quale proiezione del principio generale sancito dall'art. 148, comma 5, c.p.p. [44], prevedono, infatti, che la lettura dell'ordinanza che fissa la nuova udienza in caso di rinvio sostituisca le citazioni e le notificazioni per tutti coloro che sono o devono considerarsi presenti [45]. E' pacifico che la *ratio* sottesa a tali disposizioni, da un lato, risponde ad esigenze di economia processuale sotto il profilo della celerità degli adempimenti formali, attuando quella massima semplificazione delle forme auspicata dalla direttiva n. 9 della legge delega [46]; dall'altro, mira

---

[43] Quanto al progetto preliminare, v. *Relazione* (259 s.), Conso – Grevi - Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, cit., 1108 s.; in relazione al progetto definitivo, v., Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice,* Padova, 1990, 354; con riferimento al testo definitivo v. Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, cit. 871.

[44] Il comma 5 è stato così sostituito dall'art. 1 del d.lgs. 14 gennaio 1991 n. 12. che ha introdotto la previsione in base alla quale, analogamente a quanto disposto per gli avvisi orali, anche la lettura dei provvedimenti alle persone sostituisce le notificazioni, purché ne sia fatta menzione nel verbale. L'opzione legislativa delle c.d. notificazione *de praesenti* è stata mutuata dal codice del 1930. E' indiscusso che la norma trovi applicazione con riguardo a tutti i provvedimenti per i quali la lettura è espressamente prevista da una disposizione di legge, com'è il caso dell'ordinanza di rinvio a udienza fissa resa in giudizio. E' invece controversa l'applicabilità della disposizione a qualsiasi provvedimento del quale sai data in concreto lettura in udienza. La tesi estensiva che muove dal carattere di previsione generale dell'art. 148, comma 5, c.p.p. è sostenuta da Cass., sez. V, 28 febbraio 2000, Micheletti, in *C.E.D. Cass.* n. 215486; Cass., sez. VI, 13 dicembre 1991, Cannito, in *Giur. it.*, 1992, II, 651. *Contra,* Cass., sez. I, 24 novembre 1993, Cagnazzo, in *C.E.D. Cass.* n. 196191.

[45] L'istituto delle c.d. notificazioni *de praesenti* era disciplinato nei medesimi termini nell'art. 166 c.p.p. del 1930.

[46] V. direttiva n. 9 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81, art. 2 in Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, III, cit., 138 e ss.

a garantire la reale conoscenza dell'atto processuale in capo ai legittimi destinatari [47], riducendo al minimo lo scarto tra conoscenza effettiva e conoscenza legale dell'atto [48].

Tuttavia, la prima parte dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. prevede, in caso di rinvio per legittimo impedimento del *dominus*, la notificazione al medesimo del relativo provvedimento. Sorge, pertanto, il problema di stabilire se tale comunicazione è giuridicamente necessaria, ai fini di un regolare differimento, anche nei casi in cui sia presente, alla lettura fattane in udienza, il sostituto nominato dal giudice a norma dell'art. 97, comma 4, c.p.p, ammesso che, per l'ipotesi in cui il destinatario del provvedimento debba considerarsi presente, pur non essendolo fisicamente, si verifica una vera e propria scissione tra conoscenza effettiva e legale [49]. Le soluzioni prospettabili passano, inevitabilmente, attraverso la puntuale delineazione del ruolo del sostituto processuale nominato *ex auctoritate* ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p.

---

[47] A tal riguardo, Paola, *Notificazioni,* in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, 491, evidenzia come sia proprio soltanto dei processi di stampo accusatorio l'obiettivo di garantire la conoscenza effettiva dell'atto notificato, al fine di assicurare una partecipazione efficace e consapevole al processo, essendo la conoscenza effettiva un concetto assolutamente estraneo ai processi inquisitori.

[48] Cfr., in tal senso, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, 158; Galati, *Gli atti*, in Aa.Vv., *Diritto processuale penale*, I, cit., 278; Gambardella, Sub *art. 148 c.p.p.*, in Lattanzi - Lupo, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, cit., 369. Sul concetto di conoscenza effettiva dell'atto, v. Garuti, *La restituzione nel termine*, Padova, 2000, 111 ss., il quale annota che «[q]uesta conoscenza [c]onsista nell'evento psichico dell'apprensione del messaggio da parte del destinatario». Vero ciò, «può accadere che il regolare perfezionamento della procedura di notificazione non corrisponda il raggiungimento dello scopo perseguito [: i]n termini oggettivi, il problema si pone ogni qualvolta la notifica dell'atto non avvenga a mani proprie, anche se è lecito dubitare che nemmeno tale modalità sia idonea a garantire l'effettiva conoscenza, quando, per esempio, il destinatario non sia in grado di leggere o di capire quanto legge». Nello stesso senso, Frigo, *L'onere probatorio della mancata notifica inceppa la restituzione automatica dei termini*, in *Guida dir.*, 2005, 9, 972. Interessanti considerazioni in merito venivano svolte, quasi trent'anni fa, da Taormina, *Notificazione (dir. proc. pen.),* in *Enc. dir.,* XXVIII, Milano, 1978, 677, a parere del quale «in un sistema processuale a forte inflessione accusatoria […] lo stesso istituto della notificazione sarebbe destinato ad un consistente ridimensionamento, sul piano normativo non meno che su quello applicativo, per effetto dello spostamento del baricentro della elaborazione probatoria alla fase dibattimentale, alimentata e costituita preminentemente dalla contrapposizione dialettica tra parti, necessariamente operanti in un "clima" di con testualità». Per la nuova fisionomia assunta nell'attuale codice di rito dall'istituto delle notificazioni cfr. Galantini, *Notificazioni*, in Aa.Vv., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, a cura di Amodio e Dominioni, Milano, 1989, 161 ss. e Paola, *Notificazione*, in *Dig. disc. pen*., VIII, Torino, 1994, 242.

[49] V, in tal senso, Grilli, *Le notificazioni penali*, Milano, 1990, 45.

5. L'art. 97, comma 4, c.p.p. attribuisce espressamente la qualifica tecnica di "sostituto" al difensore immediatamente reperibile designato *ope iudicis* nelle ipotesi in cui quello di fiducia o d'ufficio non sia stato reperito, non sia comparso o abbia abbandonato la difesa, rinviando, poi, alla disciplina di cui all'art. 102 c.p.p. [50].

L'applicabilità delle disposizioni dettate per il sostituto nominato direttamente dal patrono a quello precettato dal giudice «*sur le champ*» [51] consente di valutare in termini unitari il ruolo che, in generale, compete a questa figura processuale. Anche il difensore designato officiosamente potrà, dunque, esercitare tutti i diritti e assumerà i doveri del *dominus* non disponibile, il quale, rappresentato «a tutti gli effetti» [52] dal sostituto, dovrà considerarsi presente [53]. La mancanza di una specifica disposizione in tal senso non sembra essere di ostacolo alla sostenibilità di questa asserzione, che, di converso, parrebbe pienamente confortata da una lettura sistematica delle norme che vengono in rilievo. Il legislatore, nel prevedere all'art. 102 c.p.p. una sostituzione piena e incondizionata [54], ha infatti voluto

---

[50] V., al riguardo, *Relazione al progetto preliminare del 1988*, in Conso – Grevi – Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, cit., 407, nella quale si precisa che il difensore immediatamente reperibile designato dal giudice, nel caso in cui il difensore originariamente officiato non sia comparso, «opera nei limiti di un sostituto, cioè fin che non intervenga il primo ad esercitare la funzione difensiva».

[51] L'espressione è di Cordero, *Procedura penale,* cit., 296.

[52] Così Cass., sez. V, 10 novembre 1999, Di Prenda, cit. e Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 450, in *Cass. pen.*, 1998, 1319. In tal senso, cfr. anche Cass. 11 marzo 2004, Cormio, in *Cass. pen.*, 2004, 3275, con nota critica di Dipaola, *Il difensore d'ufficio che si presenta in udienza, ignaro di una sopravvenuta designazione del difensore di fiducia, mai potrà assumere la veste di suo sostituto processuale, in assenza di una nomina da parte di questo*. Sotto la vigenza del codice abrogato, è stato osservato che «il sostituto del difensore non è un rappresentante del difensore, la cui attività si compie in nome di questi, ma è un difensore che sostituisce in caso di legittimo impedimento, quello nominato dalla parte, limitatamente al tempo necessario, di guisa che lo stesso, nel tempo processuale in cui interviene è in realtà il vero difensore con pienezza ed autonomia di esercizio di tutti i diritti della difesa e correlativa assunzione degli obblighi»: Cass., sez. I, 7 febbraio 1979, Aloisi e altro, in *Cass. pen.*, 1981, 577.

[53] In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, Grassia, cit., 1696 s., la quale sottolinea che non soltanto l'imputato dichiarato contumace è rappresentato dal difensore designato in sostituzione di quello assente, ma anche lo stesso difensore impedito; Cass., sez. IV, 30 settembre 2004, Giancristofaro, in *Arch. nuova proc pen.*, 2005, 204.

[54] E' stato osservato, con riferimento alla nomina di un sostituto ad opera del difensore titolare, che l'art. 102 c.p.p. non attribuisce alcuna rilevanza ad eventuali limitazioni apposte dal difensore di fiducia: v. Cass., sez. V, 10 novembre 1999, Di Prenda, cit. *Contra*, in dottrina, Frigo, Sub *art. 102 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commentario*

esplicitare quanto era già desumibile dalla stessa funzione attribuita al sostituto, ovvero quella di svolgere l'ufficio del patrono in sua vece, nei casi di indisponibilità del medesimo e per la durata dell'impedimento, mentre titolare della difesa e unico destinatario degli atti ad essa diretti rimane, oggi in maniera indiscussa, il difensore originariamente incaricato [55]. La stessa Corte Costituzionale ha precisato che il difensore nominato *ex* art. 97, comma 4, c.p.p., intervenendo come sostituto, è investito del compito di "rappresentare" colui che è e deve rimanere il difensore dell'imputato [56]. Il sostituto agisce, quindi, *pleno iure,* anche se in relazione alla sola attività processuale per la quale la sostituzione si è resa necessaria [57] e con il limite, evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, costituto dall'esercizio dei poteri che discendono al difensore dall'attribuzione di procure speciali conferite *intuito personae*, in quanto trattasi di poteri che esulano da quelli tipici inerenti allo svolgimento dell'ordinario mandato difensivo e che, dunque, non possono essere ricompresi tra quelli esercitabili dal sostituto *ex* art. 102, comma 2, c.p.p. [58].

---

*del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio e Dominioni, Milano, 1989, 652, il quale ritiene che il sostituto opera quale vero e proprio difensore, finché l'impedimento del difensore titolare dell'incarico dura «e nei limiti eventualmente specificati dalla designazione stessa».

[55] In dottrina, v., in tal senso, Frigo, *Verso il nuovo processo penale,* cit., 556; Blaiotta, Sub *art. 420 c.p.p.*, cit. 856. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. IV, 10 febbraio 2005, Ennejmi, in *C.E.D. Cass.* n. 231324; Cass., sez. II, 19 dicembre 2004, Elia, in *Cass. pen.*, 2006, 1512; Cass., sez. I, 13 novembre 2003, Dyemishi, in *Cass. pen.,* 2005, 1294; Cass., sez. IV, 6 luglio 2000, Ben Ateur, in *Cass. pen.*, 2001, 3086; Cass., sez. V, 23 marzo 1999, Perchinunno, in *Cass. pen.*, 2000, 46; Cass., sez. I, 5 giugno 1998, Cosenza, in *Giust. pen.*, 1999, III, 433; Cass., sez. IV, 28 gennaio 1996, Proka, in *Cass. pen.*, 1997, 763; Cass., sez. I, 12 luglio 1995, Lanzara, in *Giust. pen.*, 1996, III, 369; Cass., sez. II, 8 giugno 1995, Fioravanti, in *Cass. pen.,* 1997, 100; Cass., sez. un., 11 novembre 1994, Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1995, 883 e in *Giust. pen.,* 1995, III, 257; Cass., sez. III, 19 agosto 1993, Hadinovic, in *Giust. pen.,* 1994, III, 36.

[56] Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 450, in *Cass. pen.*, 1998, 1320.

[57] V. Cass., sez. II, 9 maggio 2000, Pistoia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 81. In dottrina, v., in tal senso, Cordero, *Procedura,* cit., 296; Spangher – Voena, *Soggetti*, in Aa.Vv., *Profili del nuovo codice,* cit., 109; Frigo, Sub *art. 97 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commentario del nuovo codice di procedura penale,* diretto da Amodio e Dominioni, Milano, 1989, 628; Dipaola, *Il difensore d'ufficio che si presenta in udienza,* cit., 3277.

[58] In dottrina, v., per tutti, Cordero, *Procedura*, cit., 297. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 13 maggio 2005, Fiorenzano, in *Cass. pen.*, 2006, 2539; Cass., sez. III, 3 novembre 1999, Tuzzi, in *C.E.D. Cass.* n. 215012; Cass., sez. V, 17 dicembre 1997, Malandra, in *C.E.D. Cass,* n. 207117. In relazione al riconoscimento, in capo al sostituto, del potere di impugnare, v., in dottrina, Cristiani, Sub *art. 102 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1989, 470. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 6 luglio 2000, Ben Ateur, cit.; Cass., sez. II, 9 maggio 2000, Pistoia, cit.; Cass., sez. un., 11 novembre 1994, Nicoletti, cit.

6. La giurisprudenza di legittimità è intervenuta, a più riprese, nel tentativo di offrire una soluzione logico-sistematica al quesito relativo alla necessità o meno di notificare il provvedimento di rinvio al *dominus* dell'imputato legittimamente impedito in presenza di un sostituto designato dal giudice *ex* art. 97, comma 4, c.p.p. alla lettura dell'ordinanza, atteso che quest'ultimo assume, in forza di legge, poteri, facoltà, diritti e obblighi del patrono non comparso. Di fronte ad un quadro normativo di riferimento che non sembra offrire una risposta univoca e immediata, si sono registrati due orientamenti nettamente contrapposti.

Secondo un primo filone, in presenza di tali presupposti, l'ordinanza di differimento doveva essere sempre notificata al titolare dell'incarico, «a nulla rilevando che lo stesso sia stato sostituito ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p.» [59]. Una eventuale omissione avrebbe comportato la nullità assoluta ed insanabile degli atti consecutivi da esso dipendenti, a causa della assenza del difensore dell'imputato in dibattimento [60]. Il sostituto precettato dal giudice infatti non sarebbe stato, di per sé, legittimato a ricevere, in luogo del sostituito, l'avviso orale dato in udienza sul rinvio del dibattimento [61].

---

[59] In questi termini, Cass., sez. VI, 1° ottobre 2003, Sadu, in *Cass. pen.*, 2005, 1980; cfr., altresì, Cass., sez. II, 16 gennaio 2003, Rendola, in *Cass. pen.*, 2004, 3279; Cass., sez. III, 5 ottobre 2001, Roatta, cit.; Cass., sez. III, 28 maggio 1997, Paladino, in *Cass. pen.*, 1998, 2629.

[60] V. Cass., sez. V, 6 giugno 2001, Bedin, in *Cass. pen.*, 2002, 3502, e prima della riforma, Cass., sez. III, 25 maggio 1994, Ortolan, in *Cass. pen.*, 1995, 2942 e in *Giust. pen.*, 1995, III, 105. Con specifico riferimento alle ipotesi di legittimo impedimento per adesione allo sciopero di categoria, v., in questa direzione, Cass., sez. III, 28 maggio 1997, Paladino, cit., 2629; Cass., sez. IV, 5 aprile 1996, Chillocci, in *Cass. pen.*, 1997, 2746. Lo stesso vizio si verrebbe a determinare, qualora, sull'istanza di rinvio inviata dal difensore, il giudice non abbia operato alcuna valutazione: cfr., al riguardo, Cass., sez. IV, 18 ottobre 1996, Pesce, cit.; Cass., sez. VI, 27 gennaio 1995, Moretti, cit.

[61] Sotto questo profilo e nell'ambito di questa corrente giurisprudenziale, si è tentato, tuttavia, di stemperare simili conseguenze e si è sostenuto che la lettura in udienza del provvedimento di rinvio alla presenza di un difensore designato d'imperio dal giudice costituirebbe un equipollente della notifica qualora questi agisse da sostituto del *dominus* e rappresentasse il di lui impedimento, insistendo per il rinvio in nome e per conto del sostituito: cfr., in tal senso, Cass., sez. IV, 30 settembre 2004, Giancristofaro, cit., nella quale la Corte, dopo aver ribadito il principio della non necessità dell'avviso del rinvio all'imputato regolarmente dichiarato contumace, aggiunge che l'avviso del rinvio non sarebbe dovuto neppure al difensore impedito, in quanto lo stesso è rappresentato in udienza dal difensore d'ufficio autonomamente attivatosi per insistere nell'istanza di rinvio; Cass., sez. V, 6 giugno 2001, Bedin, cit., 3502; Cass., sez. VI, 29 settembre 1997, Dazzini, in *Cass. pen.*, 1998, 2998; cfr., altresì, Cass. 11 marzo 2004, Cormio, cit., 3276; Cass., sez. V, 22 maggio 1998, Cristiani, in *Cass pen.,* 1999, 211; Cass., sez. V, 11 marzo 1994, Proiti, in *Cass pen.*, 1995, 2942.

Sull'opposto versante ermeneutico si escludeva, invece, la necessità di notificare il provvedimento di rinvio o l'avviso della nuova udienza al difensore legittimamente impedito che fosse stato sostituito *ex* art. 97, comma 4, c.p.p., esercitando il sostituto tutti i diritti e le facoltà della difesa, ivi compresa la ricezione dell'avviso orale dato dal giudice in udienza [(62)]. A tale riguardo, si era osservato che rientrerebbe peraltro nei doveri professionali del sostituto il compito di informare il difensore sostituito dell'emissione e del contenuto del provvedimento letto in udienza [(63)].

Lo stesso orientamento che riconosceva nel difensore sostituito l'unico soggetto destinatario degli avvisi e delle notificazioni di atti non mancava di rimarcare che al medesimo non spetta alcuna notizia formale circa i provvedimenti la cui lettura, effettuata in presenza del sostituto, anche precettato dal giudice, equivale a notificazione secondo la regola generale contemplata dall'art. 148, comma 5, c.p.p., essendo comunque «onere del difensore che ha dato causa al rinvio, [sia pure] per ragioni legittime, farsi carico di informarsi sulla data del rinvio» [(64)].

7. Con la sentenza Grassia, le Sezioni Unite del 2006 avallano il secondo dei citati orientamenti, sul presupposto, a parere di chi scrive condivisibile per le ragioni suesposte, che, anche nei casi di legittimo impedimento del difensore, il giudice deve procedere alla designazione di un sostituto *ex* artt. 484, comma 2, e 97, comma 4, c.p.p.

La soluzione delineata invero non va esente da critiche, avendo quale primo e immediato effetto concreto quello di ridurre sensibilmente l'incidenza pratica dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. [(65)], sia pure sotto l'unico profilo della formale comunicazione del provvedimento di rinvio al *dominus* mentovato. Aderendo a tale orientamento, infatti, l'onere informativo sarebbe configurabile unicamente in tre casi: ovvero quando, a fronte di una tempestiva comunicazione di legittimo impedimento del patrono, il giudice disponga il rinvio del dibattimento fuori udienza, quindi prima dello svolgimento della stessa; nell'ipotesi di rinvio a tempo indeterminato perché in tal caso neppure il sostituto presente alla lettura del provvedimento potrà avere contezza della data della nuova udienza [(66)]; e nell'evenienza, del tutto scolastica, in

---

(62) V. Cass., sez. IV, 12 ottobre 2005, Ferraro, cit.; Cass., sez. II, 10 marzo 2005, Zinna, in *Guida dir.*, 2005, 23, 69; Cass., sez. III, 28 febbraio 2002, Treppiedi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 80.

(63) V., in tal senso, Cass., sez. II, 27 settembre 1999, Schiavone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 49.

(64) Così Cass., sez. VI, 18 novembre 2003, Liguori, in *Cass. pen.,* 2005, 3008, con nota adesiva di Potetti, *L'astensione collettiva degli avvocati alle udienze*.

(65) Buono, *Dichiarazione di contumacia ed impedimento del difensore*, in www.ordineforense.bo.it.

(66) In tal senso Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, Grassia, cit., 1697. In dottrina

cui non sia immediatamente reperibile un difensore da nominarsi quale sostituto *ex* art. 484, comma 2, e 97, comma 4, c.p.p.

Tale censura non sembra, tuttavia, infirmare la coerenza logica della decisione delle Sezioni Unite, che, anzi, parrebbe uscirne rafforzata, se è vero che, in difetto di una disposizione come quella di cui all'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., tali eventualità, per quanto remote, rimarrebbero prive di una disciplina normativa in grado di salvaguardare le esigenze di conoscenza del patrono mentovato.

Si ritiene, allora, di condividere l'impostazione della Suprema Corte, alla quale va riconosciuto senz'altro il pregio di offrire una lettura sinottica delle disposizioni in rilievo che tutela la reale dimensione finalistica dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., ovvero quella che emerge dai lavori preparatori all'introduzione dell'art. 486, comma 5, c.p.p. di garantire comunque il rinvio del giudizio nell'ipotesi di legittimo impedimento del difensore dell'imputato [(67)], al contempo assicurando al *dominus* stesso la possibilità di avere notizia della data del rinvio, anche semplicemente adempiendo ad un onere di diligenza che gli è comunque imposto dal codice deontologico.

A parere di chi scrive, l'opzione esegetica accolta dal giudice di legittimità risponderebbe altresì alle esigenze proprie di un sistema, quale è il nostro, programmaticamente volto a privilegiare il raggiungimento del fine rispetto a qualsiasi eccesso di formalismo. In quest'ottica, i commi 4 e 5 dell'art. 420 *ter* c.p.p. devono essere interpretati nel loro combinato disposto alla luce del principio di economia processuale, secondo il quale, da un lato, ogni atto deve essere compiuto in funzione della finalità che la statuizione mira a conseguire e, dall'altro, l'atto stesso non va posto in essere quando sia superfluo. Anche in questa prospettiva, è certamente accreditabile una chiave di lettura della prima parte dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. che privilegi il carattere residuale-eccezionale dell'incombente informativo ivi sancito, al quale il giudice dovrà, pertanto, adempiere unicamente nei casi in cui la conoscibilità della data di rinvio da parte del *dominus* assente non sia diversamente "garantita" dai meccanismi tradizionali previsti dal sistema e nei limiti degli stessi. L'impostazione delle Sezioni Unite è sotto questo profilo lineare e ineccepibile: quando, per effetto del meccanismo della sostituzione, vi è in udienza un soggetto giuridicamente abilitato - dall'art. 102 c.p.p. - a parteciparvi in luogo del difensore impedito e a tutti gli effetti, la formale comunicazione a quest'ultimo della data di rinvio diviene assolutamente

---

si è rilevato che con il nuovo sistema si è voluto, come regola, abolire il rinvio dell'udienza a tempo indeterminato, v. PLOTINO, *Il dibattimento,* cit., 53.

[(67)] Non si può infatti tacere l'impressione che nel contesto della *ratio* sottesa all'introduzione del previgente art. 486, comma 5, c.p.p. la effettiva e concreta conoscibilità del provvedimento di rinvio da parte del difensore impedito sia passata in secondo piano.

superflua poiché la lettura del provvedimento in presenza del sostituto, rendendo conoscibile la data di rinvio da parte del *dominus* giustificatamente assente, equivale a notificazione a quest'ultimo. In altre parole, non si vede perché il "sostituto d'udienza", quale è certamente quello designato *ex* art. 484, comma, 2 c.p.p. in ogni ipotesi di "non presenza" del difensore, che assume per conto del sostituito i doveri derivanti dalla partecipazione all'udienza stessa, non debba addossarsi anche il compito di destinatario dell'avviso orale della data della nuova udienza cui il dibattimento dovesse essere rinviato. Nessun reale *vulnus* verrebbe arrecato alla difesa dell'imputato [68], essendo, peraltro, ricompresi, nei doveri di diligenza professionale del sostituto, il compito di informare il patrono sostituito del contenuto del provvedimento letto in udienza [69], e del sostituito non presente quello di informarsi della data di rinvio [70]. L'opposta interpretazione, secondo la quale sarebbe sempre imposta la notificazione del provvedimento di rinvio al *dominus* legittimamente impedito, porterebbe a sanzionare la violazione dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. con la nullità assoluta di cui all'art. 179 c.p.p., con effetti processuali gravissimi, come quello di travolgere la validità dell'udienza dibattimentale e di tutta l'attività in essa svolta, che, a parere di chi scrive, non sarebbero giustificati da un concreto ed effettivo sacrificio del diritto di difesa sotto il profilo dell'intervento del difensore.

GIULIA MALACORTI

---

[68] *Contra,* BUONO, *Dichiarazione di contumacia*, cit., il quale evidenzia come l'assunzione da parte del sostituto di tutti i doveri incombenti sul difensore, compreso quello di essere destinatario dell'avviso orale della data dell'udienza, non comporta automaticamente un suo obbligo di comunicazione al difensore sostituito, che, non essendo presente in udienza né considerato tale in quanto rappresentato dal sostituto attesa l'assenza di una specifica previsione in tal senso, potrebbe non essere concretamente avvisata della data del rinvio.

[69] V., in questi termini, Cass., sez. II, 27 settembre 1999, Schiavone, cit., con riferimento all'ordinanza cautelare letta all'esito dell'udienza di convalida alla presenza di un sostituto.

[70] Così Cass., sez. VI, 18 novembre 2003, Liguori, cit., in riferimento all'ipotesi del difensore astenutosi dalle attività di udienza per adesione allo sciopero di categoria.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 12 giugno 2006 – *Est*. RICCIARELLI – N.S.

**Recidiva – Recidiva reiterata – Obbligatorietà dell'aumento di pena – Questione di legittimità costituzionale** (c.p., art. 99, comma 4; l. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 4).

*È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99 comma 4 c.p., come modificato dall'art. 4, L. 5 dicembre 2005, n. 251, per contrasto con gli artt. 3, 27 commi 1 e 3 Cost.* (1).

(*Omissis*). 1 - Il legislatore dispone di ampia discrezionalità nella determinazione delle pene, mentre il giudice deve a sua volta procedere alla determinazione della pena da irrogare in concreto entro i limiti stabiliti e nell'esercizio della sfera di discrezionalità riservatagli. Ma tanto il legislatore quanto il giudice non possono prescindere dalla considerazione delle finalità della pena, *in primis* della necessaria destinazione della sanzione penale alla rieducazione del condannato. Ed invero, a coronamento di una lenta evoluzione interpretativa, la Corte Costituzionale ha rilevato nelle sentenza 313/1990 che, se la pena non può non avere un contenuto afflittivo e se ad essa ineriscono caratteri di difesa sociale e di prevenzione generale, tuttavia non può in alcun modo pregiudicarsi la finalità rieducativa espressamente consacrata dall'art. 27/3° co. Cost., non essendo consentito strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale o privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza. Secondo la Corte Costituzionale in pratica la finalità rieducativa non è estranea alla legittimazione e alla funzione della pena. La circostanza che, secondo il tenore della norma costituzionale, la pena debba tendere alla rieducazione sta ad indicare una qualità essenziale di essa nel suo contenuto ontologico, a partire dalla fase della previsione fino a quella della sua estinzione, dovendosi correlare al verbo "tendere" la concreta possibilità di una divaricazione tra la finalità e l'adesione ad essa del soggetto da rieducare. In pratica, tutto ciò implica che la finalità rieducativa rilevi non solo nella fase dell'esecuzione, come affermato in precedenti e anche remote sentenze della Corte Costituzionale (si consideri ad es. la sentenza 12/1966), ma più in generale, in quanto connaturata alla pena, in ogni fase, compresa quella della previsione e della sua irrogazione, dovendosi ritenere che il precetto dell'art. 27/3° co. Cost. vincoli sia il legislatore sia il giudice della cognizione, prima che il giudice della sorveglianza. Del resto sul piano della disciplina positiva si era concretamente stabilito che la finalità risocializzante dovesse essere tenuta presente dal giudice già in sede

di sostituzione della pena detentiva agli effetti degli artt. 53 e segg. L 689/81, segno evidente di una diretta influenza, per così dire ontologica, della rieducazione e della risocializzazione.

2 - In tale prospettiva si pone il problema di stabilire quali limiti, desumibili dalla Costituzione, il legislatore debba osservare nel determinare la pena irrogabile, anche in relazione al caso della recidiva. E' noto invero come in astratto lo strumento più idoneo al conseguimento della finalità della pena, oltre che il più rispettoso del principio di uguaglianza, sia quello della mobilità della pena, cioè la predeterminazione di essa entro un limite minimo e un limite massimo (così già Corte Cost. 67/1963). Ma più in particolare ha avuto modo di rilevare la Corte Costituzionale (cfr. sentenza 50/1980) che l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale, tanto più che lo stesso principio di legalità della pena ex art. 25/2° co. Cost. si inserisce in un sistema, in cui si esige la differenziazione più che l'uniformità. In tale quadro, si è osservato che ha un ruolo centrale la discrezionalità giudiziale, nell'ambito dei criteri segnati dalla legge. L'adeguamento della pena ai casi concreti contribuisce così a rendere il più possibile personale la responsabilità penale, in ossequio a quanto previsto dall'art. 27/1° co. Cost., e ad assicurare una pena quanto più possibile finalizzata, nella prospettiva dell'art. 27/3° co. Cost.

Il soddisfacimento di tali presupposti e di tali finalità costituisce anche uno strumento per l'attuazione dell'uguaglianza di fronte alla pena, intesa come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono. Ultimo corollario di ciò è la tendenziale illegittimità di pene fisse non suscettibili di adeguata modulazione nei casi concreti. Tali affermazioni, espresse a chiare lettere dalla Corte Costituzionale nella sentenza 50/1980, sono contenute anche nella sentenza 299/1992, nella quale si ribadisce fra l'altro che la determinazione legislativa del minimo e del massimo della pena irrogabile per ciascun tipo di reato non rappresenta solo un limite alla discrezionalità giudiziale ma costituisce anche un indispensabile parametro legislativo per l'esercizio di essa, in quanto il giudice deve proporzionare la sanzione concreta non al proprio giudizio di disvalore sul fatto-reato, ma alla scala di graduazione individuata dal minimo al massimo edittali. Ma la sentenza 299/1992 aggiunge anche, precisando il concetto, che l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti-reato tipici e quindi del loro diverso grado di offensività spetta al legislatore, competendo al giudice di valutare la particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo quella adeguata al caso concreto

nella cornice posta dai limiti edittali. La Corte Costituzionale ha in genere rimesso alla valutazione dei singoli casi il giudizio sulla legittimità o meno di pene fisse, riservandosi di considerare quali concreti margini di graduabilità siano riservati al giudice (Corte Cost. 475/2002 ha perciò respinto le eccezioni di incostituzionalità sollevate con riguardo alla sanzione pecuniaria fissa prevista dall'art. 291 bis D.P.R. 43/1973 in relazione alla residua graduabilità della pena detentiva).

3 - Sta di fatto però che nel caso in cui venga contestata la recidiva reiterata ex art. 99/4° co. c.p. e non sussista la possibilità di un congruo giudizio di comparazione (ciò anche prescindendo dal limite, oggi sancito dal riformulato art. 69/4° co. cp, alla possibilità di considerare le attenuanti prevalenti, nonché dall'ulteriore limite, previsto dal riformulato art. 62 bis c.p., alla possibilità di individuare circostanze rilevanti agli effetti di una diminuzione di pena, ove si tratti di recidivi reiterati, autori di gravi reati), il giudice, pur disponendo della facoltà di determinare la pena entro i limiti edittali, si trova poi ad irrogare in caso di condanna una pena rigidamente aumentata di due terzi. Ora, l'aumento di pena per la recidiva non può trovare la sua giustificazione in altro che nell'esigenza di un'adeguata risposta al reato commesso da chi palesi una particolare proclività al delitto. Ma tale risposta si correla a ben guardare ad un profilo soggettivo ("inerente alla persona del colpevole") e non oggettivo, cioè alla personalità del reo piuttosto che all'offensività del fatto-reato.

Ed allora la discrezionalità del legislatore nel determinare i limiti di pena non può non trovare un limite nel disposto dell'art. 27/1° co. e soprattutto in quello dell'art. 27/3° co. Cost., cioè in quei due parametri che, come rilevato dalla sentenza 50/1980, postulano l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Ciò può valere tanto più alla luce dei principi enucleati dalla sentenza 313/1990 cit., nella quale, come si è visto, la finalità rieducativa della pena è stata considerata come una sua qualità essenziale e il precetto dettato dall'art. 27/3° co. Cost. è stato considerato cogente anche per il legislatore in funzione della necessaria destinazione della pena ad assicurare un trattamento rieducativo individualizzato. Ma in tale quadro la previsione di un aumento rigidamente fissato, correlato ad un profilo di carattere eminentemente soggettivo, sembra porsi in contrasto con la finalità rieducativa, alla quale la pena deve tendere, in quanto ontologicametne inidoneo ad assicurare una risposta individualizzata, diversa a seconda dei casi e della concreta personalità del reo. Certamente spetta al legislatore di delimitare i limiti massimi entro i quali l'aumento di pena potrebbe essere fissato, ma non sembra che si possa a tale scopo prevedere un aumento fisso, men che mai un aumento di notevoli proporzioni, destinato fatalmente ad ignorare le peculiarità di ciascun caso, da presumersi invece sussi-

stenti, ove si consideri che si tratta di apprezzare un dato personologico e non estrinseco, cioè afferente ai valori sottesi all'incriminazione e all'offensività del fatto. L'art. 99/4° co. c.p., come risultante dalle modifiche, pare dunque in contrasto con l'art. 27/1° co. Cost., nella parte in cui non assicura un trattamento che valga a rendere "personale" la responsabilità penale, e in contrasto con l'art. 27/3° co. Cost. nella parte in cui non assicura l'irrogazione di una pena idonea a conseguire la sua tipica finalità rieducativa. E nel contempo si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. implicando l'irrogazione di trattamenti identici, a fronte di situazioni talvolta anche marcatamente diverse. Ciò appare tanto più evidente in tutti i casi in cui siano previsti limiti edittali di per sé elevati e dunque anche nel caso della detenzione illegale e dello spaccio di sostanze stupefacenti, dovendosi vieppiù considerare le recenti modifiche introdotte dalla L 49/2006 che ha reso assai rigoroso il trattamento sanzionatorio riferito alle c.d. droghe leggere, ormai equiparate a tutte le restanti sostanze stupefacenti.

4 - Ma in relazione all'art. 3 Cost. si profila un'ulteriore ragione di illegittimità della norma, conseguente alla sua intrinseca irrazionalità. Infatti lo stesso legislatore ha previsto che nel caso di recidiva semplice l'aumento può essere fino ad un terzo e nel caso di recidiva specifica o infraquinquennale o durante oppure dopo l'espiazione della pena l'aumento possa essere fino alla metà. Non si contesta in tale quadro il fatto che l'aumento debba essere obbligatoriamente operato in caso di recidiva reiterata. Ma appare incongrua la determinazione dell'aumento in misura fissa, pari a due terzi, in quanto risulta irrazionale ed illogico che, a fronte della commissione di un ulteriore delitto, magari di modesta entità e scarsamente rilevante sul piano personologico, sia o meno della stessa indole, si passi automaticamente da un aumento che poteva essere anche di un solo giorno, entro il limite massimo della metà, ad un aumento addirittura di due terzi.

5 - Manifestamente infondata s'appalesa la questione sollevata in rapporto al parametro dettato dall'art. 25 Cost., giacché le norme in materia di recidiva non si pongono in contrasto con i principi di materialità e di tipicità, cui quella norma fa riferimento, principi che, come quello di offensività, vengono salvaguardati dalla previsione della norma incriminatrice e da quella di precisi limiti edittali (*Omissis*).

## (1) Legge "ex Cirielli": è costituzionale l'aggravamento di pena a carico dei super-recidivi?

1. Con l'art. 4 della legge 5 dicembre 2005 n. 251, il Parlamento ha radicalmente riformato la disciplina della recidiva: un *novum* dagli effetti

dirompenti sul sistema penale ma, in particolare, sulla normativa contenuta nell'art. 99 c.p. [1].

Seguendo una logica diametralmente opposta a quella che aveva portato nel 1974 (attraverso la legge 220/1974) ad attenuare la disciplina della recidiva introdotta dai codificatori, il legislatore «non si è limitato a un generalizzato inasprimento dei trattamenti sanzionatori, ma ha altresì ampliato il ventaglio dei cosiddetti effetti giuridici minori della recidiva» [2].

Nella versione originaria [3], la recidiva era stata modellata dal legislatore del 1930 in chiave special-preventiva, avendo le caratteristiche di *genericità*, *obbligatorietà* e *perpetuità*: la recidiva poteva essere contestata indipendentemente dal reato in relazione al quale era intervenuta, in precedenza, sentenza irrevocabile di condanna; nessun limite temporale era previsto tra il passaggio in giudicato della condanna e la commissione del nuovo reato; infine era esclusa qualsiasi valutazione ad opera del giudice in merito alla concreta applicazione dell'aggravante.

Con l'intenzione di mitigare il rigore impresso dal codice Rocco, la riforma del 1974 ha declassato la recidiva da obbligatoria a facoltativa: ancora oggi, fatta eccezione per alcune ipotesi tassative, il giudice può – nella sua prudente discrezionalità – escluderla, al fine di adeguare la pena all'entità del reato commesso ed alla personalità del colpevole. Tuttavia, proprio grazie alla generalizzata facoltatività, la recidiva è di fatto rimasta largamente inapplicata.

In conseguenza di ciò, è intervenuto il legislatore del 2005, incidendo non sulla natura giuridica della recidiva (che resta una circostanza aggravante soggettiva legata alla persona del colpevole) e neppure sulla genericità e perpetuità che la connotano, bensì sul suo ambito applicativo, ora circoscritto ai soli «delitti non colposi» e sugli effetti che produce sul terreno sanzionatorio: la novella infatti ha, da un lato, previsto aumenti più severi ed, in alcuni casi, non discrezionali ma automatici, dall'altro ha ripristinato l'obbligatorietà della recidiva, anche se non in modo indiscriminato.

L'intento che pervade il nuovo testo dell'art. 99 c.p. è quello di «comprimere l'ambito di discrezionalità del giudice nell'applicazione dell'isti-

---

[1] Con riferimento alle novità introdotte dalla legge 251 del 2005, v., tra gli altri, MARZADURI, *Legge* ex *Cirielli: sulla prescrizione irragionevoli disparità di trattamento,* in *Guida dir.*, 2005, 48, 5; FROSINI, *Una forzatura costituzionale per tagliare i tempi dei processi*, *ibidem*, 6.

[2] Così PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier 1, 61.

[3] Cfr. l'*excursus* storico ripercorso da CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 58 ss. In prospettiva generale e di fondo v. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, *passim*; ID., *Spunti problematici sulle metamorfosi della sanzione penale*, in CERQUETTI-FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 25 ss.

tuto, pur mantenendo sostanzialmente immutati i presupposti che lo governano» [4].

2. Nell'ordinanza in commento l'attenzione ruota attorno al nuovo comma 4 dell'art. 99 c.p., il quale fa riferimento alla c.d. *recidiva reiterata*, prefigurabile nei confronti di chi, essendo già stato dichiarato recidivo in una precedente sentenza di condanna irrevocabile, commette un nuovo delitto non colposo.

Nel caso di specie, il Tribunale di Perugia è stato chiamato a giudicare, con le forme del rito abbreviato, una persona imputata del reato di detenzione e cessione illecite di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90, con l'aggravante della recidiva reiterata specifica.

L'odierno giudicante osserva come, a fronte dell'irrogazione all'imputato di una pena base pari al minimo edittale (sei anni di reclusione e multa), l'aumento di pena per la recidiva dovrebbe corrispondere all'intera frazione di due terzi, prevista dalla norma impugnata.

Ora, stando alla lettera della norma, la recidiva reiterata *semplice* comporta un aumento di pena – indicato in misura rigida – «della metà» (anziché «fino alla metà», come accadeva prima dell'intervento riformatore); per la recidiva reiterata *aggravata*, invece, l'aumento di pena è ora stabilito nella misura fissa «di due terzi» [5].

Emerge con evidenza il più severo trattamento sanzionatorio introdotto dalla "*ex* Cirielli", soprattutto nei confronti di chi delinque più di una volta: «il "peso" della recidiva si accresce dunque, non solo perché diviene spesso necessario, ma anche perché risulta più consistente» [6].

Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale di Perugia analizza con puntuale ed analitica precisione il rapporto intercorrente tra l'art. 99, comma 4, c.p. e quei parametri costituzionali che danno legittimazione al diritto penale del *fatto* e non a presunzioni soggettive di pericolosità.

Posto che, in generale, il giudice deve proporzionare la sanzione concreta non in base al proprio giudizio di disvalore sul fatto-reato, ma tenendo conto della scala di graduazione individuata dal minimo al massimo edittali [7], nel caso in cui (come quello in esame) venga contestata la recidiva reiterata *ex*

---

[4] In questi termini PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., 61.

[5] Nel testo precedente alla riforma, si faceva distinzione tra le fattispecie contemplate dal comma 2 n. 1 e n. 2 da un lato, e n. 3 dall'altro che davano luogo, rispettivamente, all'aumento fino a due terzi nel primo caso, da un terzo a due terzi nel secondo.

[6] Così PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier 1, 32.

[7] Per considerazioni ulteriori sul potere di determinazione della pena proprio del giudice v. AMATO, *Il recidivo va a caccia di «generiche»*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier 1, 56.

art. 99, comma 4, c.p., il giudice, pur disponendo della facoltà di determinare la pena entro i limiti edittali, si trova poi ad irrogare in caso di condanna una pena rigidamente aumentata di due terzi.

A ciò va aggiunto che, stante il novellato art. 69 comma 4 c.p., l'ipotesi della recidiva reiterata non può più entrare nel giudizio di bilanciamento delle circostanze o, quantomeno, può condurre solo ad una valutazione di equivalenza ma mai di soccombenza a fronte delle circostanze attenuanti [8].

In conseguenza di ciò, per i recidivi che reiterano nella loro condotta delittuosa vige il «divieto di assegnare una plusvalenza alle circostanze attenuanti, di qualunque specie esse siano» [9]: una novità rispetto a quanto affermato in passato dalla giurisprudenza di legittimità [10] che appare «confliggente sia con la necessità di adeguare la pena al fatto commesso dall'autore, sia con il doveroso rispetto del principio di uguaglianza» [11], entrambi di matrice costituzionale.

Secondo la tesi sostenuta dal Tribunale di Perugia, le modifiche apportate all'art. 99 c.p. determinerebbero un contrasto «con l'art. 27 comma 1 Cost., nella parte in cui non assicura un trattamento che valga a rendere "personale" la responsabilità penale e con l'art. 27 comma 3 Cost., nella parte in cui non assicura l'irrogazione di una pena idonea a conseguire la sua tipica finalità rieducativa».

Allo stesso tempo, il Tribunale ravvede una ulteriore ipotesi di illegittimità della norma in relazione all'art. 3 Cost. «implicando l'irrogazione di trattamenti identici, a fronte di situazioni talvolta anche marcatamente diverse». Tale norma risulterebbe violata anche sotto l'ulteriore profilo della sua «intrinseca irrazionalità», avendo il legislatore del 2005 previsto che nel caso di recidiva semplice la pena possa essere aumentata fino a un terzo, fino alla metà nel caso di recidiva aggravata: in questo contesto – secondo

---

[8] Sul punto cfr., più diffusamente, Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32; Flora, *Le nuove frontiere della politica criminale, le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325.

[9] Così Rosi, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., 22.

[10] Cfr. Cass., sez. V, 16 luglio 1997, p.m. in proc. Simone, in *CED Cass.*, n. 208325: «Il giudizio di equivalenza tra circostanze aggravanti ed attenuanti riguarda anche le circostanze inerenti alla persona del colpevole, e cioè anche la recidiva». Si veda, inoltre, Cass., sez. II, 20 giugno 1988, Civitano, in *CED Cass*, n. 181739: «Non è ravvisabile il vizio di contraddittorietà di motivazione nel caso di diniego delle attenuanti generiche e di contemporanea non applicazione dell'aumento per la recidiva. Infatti, il giudice del merito può avvalersi della facoltà di non applicare tale aumento, al fine di adeguare la pena in concreto al caso, e negare al tempo stesso un ulteriore beneficio che male si attaglierebbe alla accertata capacità criminale dell'imputato ed alla concreta gravità del reato».

[11] Così, ancora, Rosi, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, cit., 23.

il parere del Tribunale – «appare incongrua la determinazione dell'aumento in misura fissa, pari a due terzi, in quanto risulta irrazionale ed illogico che, a fronte della commissione di un ulteriore delitto, magari di modesta entità e scarsamente rilevante sul piano personologico, sia o meno della stessa indole, si passi automaticamente da un aumento che poteva essere anche di un solo giorno, entro il limite massimo della metà, ad un aumento addirittura di due terzi» [12].

Le considerazioni formulate nell'ordinanza in commento muovono innanzitutto dall'analisi della discrezionalità del giudice nella determinazione della pena: la stessa Corte costituzionale ha stabilito che «la pena giusta deve essere determinata combinando in maniera sintetica, ma razionale, il giudizio in ordine alla gravità del reato e quello concernente la capacità a delinquere desunta, fra l'altro, dai precedenti penali e giudiziari» [13]: ciò senza prescindere dalla centralità della funzione rieducativa della pena (art. 27 comma 3 Cost.) che un'interpretazione costituzionalmente orientata ha come punto di partenza obbligato [14].

Ora, proprio la previsione di un aumento rigidamente fissato incide in modo non trascurabile sulla finalità rieducativa assegnata alla pena poiché «si impernia su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, essendo unicamente fondata sulle pregresse condanne riportate dal reo, che dà vita ad una colpevolezza d'autore, incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale» [15].

La rimodulazione delle cornici sanzionatorie operata dalla "*ex* Cirielli", finisce dunque per vanificare la discrezionalità giudiziale poiché, prevedendo aumenti fissi (e di notevoli proporzioni), impedisce all'organo giudicante di considerare le peculiarità di ciascun caso concreto ed, altresì, di graduare individualmente la sanzione [16].

3. Con l'ordinanza n. 90 del 2008, la Corte costituzionale si è pronunciata non solo in merito alla questione sollevata dal Tribunale di Perugia con riferimento all'art. 99, comma 4, c.p., ma anche in merito al giudizio di legittimità promosso dal Tribunale di Ragusa e relativo alla norma appena citata, oltre che all'art. 69, comma 4, c.p. (così come modificato dall'art. 3 della legge 251 del 2005).

---

[12] Trib. Perugia, ord. 12 giugno 2006.

[13] Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Giur. cost.*, 2008, 1482, con nota di Bernasconi, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*.

[14] Cfr. Corte cost., 2 luglio 1990, n 313, in *Giur. cost.*, 1990, 1671.

[15] Così Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori?"*, cit., 81. Perplessità analoghe sono espresse da Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 34.

[16] Cfr. in proposito Fiorio, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 315.

Richiamando la già citata sentenza n. 192 del 2007, il Giudice delle leggi fa proprio il principio secondo cui la recidiva reiterata è divenuta obbligatoria unicamente nei casi previsti dall'art. 99, comma 5, c.p. e cioè, relativamente ad uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. *a*), c.p.p. (delitti ritenuti dal legislatore, a vari fini, di particolare gravità e allarme sociale).

La Corte mostra di condividere l'assunto secondo il quale il regime di obbligatorietà non è stato introdotto dal legislatore in maniera generalizzata bensì selettiva – facendo leva sul criterio della gravità del reato, anziché della gravità della recidiva – rimanendo la recidiva (eccezion fatta per le ipotesi di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*), c.p.p.) facoltativa in ogni sua forma: in conseguenza di ciò «è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento soggetto al regime limitativo di cui all'art. 69, comma 4, c.p., unicamente quando ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea a determinare di per sé un aumento di pena per il fatto per cui si procede» [17]. La stessa Corte di cassazione, nelle sue più recenti pronunce [18], ha mutato il proprio precedente orientamento per seguire la medesima linea interpretativa.

Secondo il ragionamento della Corte costituzionale, posto che i rimettenti procedono per delitti in materia di stupefacenti che non rientrano nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*), c.p.p., i giudici potrebbero non applicare affatto l'aumento di pena per la recidiva reiterata e, di conseguenza, non procedere ad alcun giudizio di bilanciamento tra detta aggravante e l'attenuante ad effetto speciale del fatto di lieve entità, di cui all'art. 73, comma 5, del D.P.R. 309/90.

Pertanto la Corte conclude nel senso della manifesta inammissibilità delle questioni esaminate, «per la mancata sperimentazione, da parte dei giudici *a quibus*, della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie» [19].

CHIARA SANTILLI

---

[17] Così Corte cost. n 90 del 2008, cit.

[18] Cfr., in particolare, Cass., sez. II, 5 dicembre 2007, Cavazza, in *CED Cass.*, n. 238520 nella quale si afferma che «la recidiva reiterata è obbligatoria nel caso in cui il soggetto recidivo commetta un nuovo delitto incluso fra quelli indicati dall'art. 407 comma 2, lett. *a*), c.p.p., non rilevando se il delitto per il quale vi è stata precedente condanna sia anch'esso incluso nell'elencazione di cui al menzionato art. 407»; la stessa aggiunge che «il divieto di prevalenza, nel giudizio di comparazione delle circostanze attenuanti nel caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., opera soltanto se il giudice in concreto ritenga di disporre l'aumento di pena per la recidiva, oltre che nel caso in cui la recidiva reiterata sia obbligatoria per essere il nuovo delitto compreso nell'elencazione di cui all'art. 407 comma 2, lett. *a*), c.p.p.».

[19] Così, ancora, Corte cost., 4 aprile 2008, n. 90, inedita.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 14 GIUGNO 2007 – *Est.* Ricciarelli – P. ed altri.

**Esercizio abusivo di una professione – Pluralità di condotte – Unicità dell'ambito territoriale – Pluralità di reati – Esclusione** (c.p., art. 348).

*Si configura un unico reato di esercizio abusivo di una professione, se del caso connotato dalla progressiva reiterazione di una pluralità di condotte omogenee, quando detta attività venga svolta all'interno di una determinata articolazione e in un determinato ambito territoriale, prevalendo in tali casi il profilo teleologico-funzionale e ben potendosi invece ravvisare una pluralità di reati, eventualmente unificati dalla continuazione, allorché la prestazione professionale venga svolta in contesti spaziali e organizzativi diversi* (1).

(*Omissis*). **2 -** Preliminarmente deve ribadirsi quanto osservato all'udienza del 20-4-2006, cioè che non sarebbe potuta disporsi la riunione del presente procedimento ad altro pendente per lo stesso reato dinanzi al Tribunale di Grosseto.

In realtà non vi è prova che dinanzi all'A.G. grossetana fossero dedotti i medesimi profili fattuali della condotta qui contestata, riferita ad attività svolta da P. F. presso il Centro Medico P. C. U., di talché non sarebbe potuto prospettarsi il rischio di *bis in idem*.

D'altro canto è possibile configurare il compimento di atti medici plurimi in contesti spaziali e organizzativi diversi, senza che possa per questo ravvisarsi un unico reato, salva per contro la prospettabilità di un reato continuato (su ciò si tornerà alla fine).

Ed allora anche a voler ravvisare nella deduzione difensiva un'eccezione di incompetenza per connessione, detta eccezione sarebbe dovuta reputarsi tardiva, in quanto proposta a dibattimento avviato, senza che per contro potesse seriamente configurarsi un conflitto di competenza. (*Omissis*).

**4 -** Nel merito si osserva che un'indagine condotta a partire dal marzo 2002 dai Carabinieri del NAS di Perugia si incentrò sull'attività svolta dal Centro Medico "P. C. U.".

Della società che gestiva la struttura, debitamente autorizzata con delibera regionale, era presidente e legale rappresentante G. A., mentre B. R. L. aveva veste di amministratore delegato e direttore amministrativo e D. S. G. quella di direttore sanitario.

All'interno della struttura, dotata di una pluralità di ambulatori con annesse attrezzature, strumentali e non, nonché di un servizio di segreteria, operavano numerosi medici.

Tra questi, valutato l'organigramma disponibile e le relative competenze, destò l'attenzione dei militari tale dott. F. P., che veniva indicato come responsabile delle branche della chiroterapia e della terapia del dolore.

Fin dal primo intervento fu acquisito alla presenza dell'amministratore delegato e direttore amministrativo, dott.ssa B., un depliant illustrativo in lingua francese, riferito al dott. P., avente come intestazione "Bio Dermo Inject", concernente la descrizione di un particolare trattamento praticato dal P., mediante iniezioni di sostanze omeopatiche a fini di terapia di vari tipi di malattie.

Fu altresì acquisita documentazione riferibile al rapporto intercorrente tra il dott. P. e il Centro Medico per prestazioni professionali effettuate dal predetto, nonché documentazione riguardante i titoli professionali del P..

Furono inoltre acquisite numerose fatture emesse dal Centro Medico per prestazioni erogate a clienti dallo stesso P..

**5 -** Ma soprattutto, per quanto riferito dal M.llo Papale del NAS, particolare rilievo fu dato a depliant illustrativi, esistenti presso il Centro Medico, nei quali si descrivevano vere e proprie pratiche chirurgiche, denominate P.L.T. e P.L.D.D., rispettivamente acronimi di Percutanea laser terapia, destinata al ginocchio, e Percutanea laser disco decompressione, destinata in particolare al trattamento di ernie discali, pratiche consistenti nell'inserimento di raggio laser mediante fibra ottica, destinato a vaporizzare il tessuto proliferativo infiammatorio o un disco erniato.

Che tali pratiche costituissero veri e propri interventi chirurgici è peraltro dimostrato non solo dalla loro specifica consistenza, implicante una pur ridotta invasività e incidenza modificativa su tessuti e organi, a scopo terapeutico, previa anestesia e verifica di eventuali controindicazioni, ma anche dal diretto riconoscimento operato dal Centro Medico, che in un organigramma acquisito agli atti definiva appunto interventi chirurgici, affidati fra l'altro al dott. P., la P.L.T. e la P.L.D.D.

**6 -** Da un'analisi delle cennate fatture emesse dal Centro Medico, acquisite sia ab origine che in un momento successivo, è emerso che il dott. P. operava presso la struttura in oggetto da molti anni e che in tale lasso di tempo aveva a seconda dei casi praticato interventi di chiropratica, di laserterapia, di infiltrazione e di aspirazione di liquidi e soprattutto di P.L.D.D..

A quest'ultimo riguardo possono invocarsi le fatture del 23-10-2002 nei confronti di tale S. D., del 28-2-2002 nei confronti di tale L. L. e del 29-5-2002 nei confronti di P. E..

Costei, all'uopo escussa, ha confermato che, essendole stata diagnostica un'ernia discale ed avendo appreso di un medico operante presso

il Centro P. C. U., si rivolse al P., il quale la sottopose a visita, le praticò dapprima un'aspirazione a mezzo di una siringa e di una coppa di vetro e la settimana successiva la sottopose a P.L.D.D. (la teste ha riconosciuto il documento da lei stessa prodotto in fase di indagini da cui risultava questo tipo di intervento), facendole praticare un'anestesia locale e poi inserendole nella spina dorsale un lungo ago, attaccato ad attrezzature elettromedicali.

Dal canto loro altri testimoni hanno parimenti confermato di essere stati sottoposti dal P. a trattamenti terapeutici, seguiti a visita e a rilievo di diagnosi.

Così è stato per G. G. cui nel 2000 il P. praticò infiltrazioni di sostanze omeopatiche per curarle un'artrosi alle dita delle mani, anche se nella fattura riferibile alla G. si ha notizia di non meglio identificate prestazioni di chiropratica; per P. F., che, dopo essersi sottoposto nel 2000 o forse prima a trattamento di chiropratica e a laser terapia per curare una protrusione discale, sulla base di una pregressa risonanza magnetica, peraltro non accompagnata da specifica prescrizione terapeutica, si sottopose nel 2003 a P.L.D.D., praticata dal P., nonché per U. O., cui il P., per curare ernie discali, praticò un'aspirazione alla colonna vertebrale mediante siringa e coppa di vetro, descritta anche dalla P..

Ma così è stato anche per S. A., che nel suo pur confuso racconto ha comunque descritto una pluralità di interventi terapeutici del P., destinati a curare patologie lombari, cervicali e del ginocchio, nel più recente caso in particolare sulla base di una radiografia del ginocchio da lui prescritta e mediante successivo trattamento dell'accertata artrosi mediante punture dallo stesso P. prescritte e praticate.

**7 -** A tale stregua può dirsi certo che il P. operava presso il Centro Medico P. C. U. non come semplice chiropratico, bensì come vero e proprio medico, in quanto egli all'interno della struttura compiva atti tipici della professione, in particolare poneva diagnosi, magari confermative di accertamenti già effettuati in precedenza da altri medici, stabiliva le terapie praticabili ed eseguiva direttamente interventi terapeutici anche di tipo chirurgico, quali quelli sopra descritti.

E non conta che egli ricorresse anche a terapie e pratiche non convenzionali o solo di recente perfezionate sotto il profilo tecnologico e terapeutico.

Come più volte affermato dalla Suprema Corte ciò che rileva anche in questi casi è pur sempre il fatto che si imponga una diagnosi accurata, volta a definire l'utilità di una pratica e l'assenza di controindicazioni, e che sia necessaria la conoscenza della medicina e della chirurgia per evitare al paziente effetti dannosi (cfr. l'approfondita disamina di Cass. VI, 27-3-2003, Carrabba; cfr. inoltre per l'affermazione che costituisce attività medica anche lo svolgimento di attività chiropratica, quando

involga il compimento di operazioni riservate alla professione medica, come l'individuazione e diagnosi di malattie, la prescrizione delle cure, la somministrazione dei rimedi, pur diversi da quelli ordinariamente applicati, Cass. VI, 10-4-2003, Bennati).

**8 -** Il P. avrebbe dovuto disporre dunque di titoli idonei e soprattutto avrebbe dovuto ottenere il riconoscimento degli eventuali titoli conseguiti all'estero.

In particolare va rimarcato che in base al vigente D.l.vo 368/99, con cui è stata data attuazione alla direttiva 93/16/CE e successive modificazioni, il medico di altri Stati membri dell'Unione europea ha dinanzi a sé due possibilità: innanzi tutto quella di svolgere in Italia prestazioni occasionali, nel qual caso ai sensi dell'art. 15 deve essere preventivamente autorizzato dal Ministero della Sanità, previa presentazione di apposita richiesta, corredata dall'indicazione della motivazione che giustifica le prestazioni e dalla documentazione occorrente (essenzialmente concernente certificazione relativa all'attività medica legalmente esercitata nello Stato di origine o provenienza, certificazione della competente autorità del Paese di origine o provenienza che garantisca il possesso dei titoli o diplomi); in secondo luogo quella di esercitare stabilmente attività professionale in Italia, previo riconoscimento dei titoli da parte del Ministero della Sanità -sulla base di richiesta corredata da originale o copia autentica del titolo e da certificato di lecito ed effettivo svolgimento dell'attività professionale rilasciato dalla competente autorità del Paese di origine o provenienza- e successiva iscrizione presso un ordine provinciale dei medici.

Ora, nel caso di specie è certo che il P. non solo non era iscritto ad alcun ordine provinciale ma non aveva ottenuto neppure l'autorizzazione ministeriale allo svolgimento di prestazioni occasionali, pur avendo chiesto, ma solo nel 2002, il riconoscimento dei propri titoli.

Già su tali basi lo svolgimento da parte del P. di atti medici in Italia sarebbe dovuto considerarsi indebito ed abusivo (per un'ipotesi simile in materia di esercizio della professione di odontoiatria, Cass. VI, 22-4-1997, Rosa Brusin).

**9 -** Ma il profilo di maggior gravità risiede nel fatto che il P. non disponeva in realtà di titolo professionale.

Dapprincipio egli aveva prospettato di aver ottenuto la laurea in medicina presso l'Università di Parigi VI nel 1968, producendo fra l'altro una copia di certificazione attestante tale titolo e una copia del diploma di laurea, ed aveva altresì addotto di aver acquisito in Inghilterra il titolo di "Orthopaedic Surgery".

Ma il Ministero in data 30-9-2002 con nota a firma del funzionario Silvia Castorina aveva richiesto al P. di produrre documenti in copia certificata conforme all'originale e in più un certificato in originale rilasciato

dal Ministero della Sanità francese, da cui risultasse che il diploma di stato di dottore in medicina corrispondeva a quello di cui all'art. 3 lett. F) della direttiva comunitaria 93/16/CE e che la formazione soddisfaceva i requisiti di cui all'art. 23 della stessa direttiva, nonché un certificato in originale di lecito ed effettivo svolgimento dell'attività professionale rilasciato dall'Ordine dei medici francese.

Il P. di rimando aveva prodotto solo copia di un documento, avente la funzione di convalida medica europea, rilasciato dalla "Royal Medical Society", da cui sarebbe risultata la specializzazione del P. in chirurgia ortopedica ad ogni effetto previsto dalla direttiva 93/16/CE.

Sta di fatto che, per quanto riferito dalla teste Castorina, nessuno dei documenti richiesti nel settembre 2002 era stato prodotto e che l'autorità competente ad attestare la validità dei testi sarebbe dovuta semmai considerarsi il "Royal Medical Council".

Per questo il Ministero, com'era del resto nelle sue facoltà di approfondimento istruttorio, anche ai sensi dell'art. 33/co. 4 D.l.vo 368/99, aveva chiesto informazioni all'Università di Parigi e al Royal Medical Council.

Al Ministero erano pervenute in prosieguo di tempo due missive, inviate dall'Università Rene Decartes -Paris V-, rispettivamente datate 1-3-2004 e 3-5-2004, nelle quali si segnalava che l'Università di Parigi aveva nel corso del tempo subito un processo di decentramento, che non risultava dagli atti una laurea riportata dal P. e che anzi il titolo invocato sarebbe dovuto considerarsi falso, perché l'Università di Parigi VI, che avrebbe in apparenza rilasciato il diploma, nel 1968 non esisteva ancora, essendo stata istituita nel 1971.

Analoga risposta sarebbe stata fornita successivamente per le vie brevi alla Castorina dal Royal Medical Council, che avrebbe negato un'iscrizione del P. (cfr.dich. dibattim. Castorina).

Su tali basi le richieste del P. non sarebbero potute accogliersi in alcun modo.

Si è invocata al dibattimento dalla difesa del P. una singolare tesi, secondo cui la documentazione proveniente dalla Francia, in quanto non acquisita in forma rogatoriale, sarebbe dovuta considerarsi inutilizzabile.

Ma in realtà la rogatoria rappresenta uno strumento di collaborazione fra Stati, destinato al conseguimento di risultati processuali nel rispetto della sovranità dello Stato richiesto.

Nel caso di specie al contrario, al di fuori del processo, era stata acquisita dal Ministero italiano una risposta liberamente fornita dall'Autorità francese, che costituiva dunque a tutti gli effetti un documento disponibile e acquisibile senza alcun vulnus per l'altrui sovranità.

Di qui l'ovvia utilizzabilità delle informazioni contenute nelle due

missive acquisite in sede di indagini, in quanto fornite dal funzionario del Ministero.

Deve dunque ribadirsi che non solo il P. non era autorizzato in alcun modo e non aveva ottenuto il riconoscimento dei propri titoli, ma sarebbe più incisivamente dovuto reputarsi privo di titolo.

Nulla rileva che altra successiva direttiva comunitaria, di cui si attende l'attuazione in Italia, vincoli maggiormente le valutazioni di competenza dell'autorità di ciascuno Stato membro, creando un meccanismo di trasposizione dei titoli.

Salva diversa scelta dell'emananda nuova normativa, non sembra neppure che sulla base della direttiva comunitaria de qua possa sic et simpliciter considerarsi lecito lo stabilimento in Italia non previamente valutato e autorizzato, fermo restando che allo stato non s'appalesa né è dato immaginare un'abolitio criminis, sia pur riferita alle norme integratrici del precetto, incentrato sull'esistenza di una specifica abilitazione, valida per l'Italia.

Sta di fatto che alla stregua della documentazione offerta dal P. costui non può accampare titoli, ferma restando l'assenza di autorizzazione e di iscrizione.

**10 -** Va a questo punto rimarcato che il P. non erogava presso il Centro Medico prestazioni occasionali, ma svolgeva invece attività medica professionale continuativa, non rilevando la circostanza che egli fosse presente una o più volte al mese o alla settimana, ma il fatto che la struttura potesse far conto stabilmente sulle sue prestazioni, affidandogli -sulla base di giorni e orari concordati- la clientela che si rivolgeva al Centro per determinate problematiche, tanto che il predetto era stato inserito nel relativo organigramma con una precisa competenza, da sempre estesa anche alla terapia del dolore e successivamente specificata anche nella pratica chirurgica del tipo miniinvasivo sopra descritto.

E d'altro canto va aggiunto che il P. operava per il Centro Medico da molti anni, da sempre praticando non solo attività di chiropratico, ma anche medica (prescrizione ed esecuzione di trattamenti terapeutici di vario genere, sulla base di diagnosi da lui stesso quanto meno confermata), e riceveva con regolarità i relativi compensi per prestazioni professionali.

Non è del resto un caso che il P., una volta vistosi costretto ad uscire allo scoperto dalle indagini nate sul suo conto, avesse chiesto di poter esercitare il diritto di stabilimento, implicante la continuità delle prestazioni.

Ciò val quanto dire che sarebbe stato necessaria per il P. l'effettiva iscrizione presso un ordine provinciale, nella specie radicalmente assente.

**11 -** Alla luce di quanto fin qui rilevato è agevole concludere che il

P. ebbe ad esercitare ripetutamente e abusivamente l'attività medica e medico-chirurgica presso il Centro Medico P. C. U., senza essere iscritto ad un ordine professionale.

D'altro canto egli ben sapeva di non limitare la propria attività alla chiropratica, per la quale, in assenza di specifica disciplina, non sarebbe occorso riconoscimento (Cfr. Corte Cost. 149/1988), ma di svolgere vera e propria attività medica e perfino chirurgica, al punto da praticare interventi di cui egli stesso ravvisava l'opportunità, previa anestesia.

Ed il successivo contegno del P., proteso al riconoscimento dei suoi (mancanti) titoli vale a lumeggiare per contro la piena consapevolezza che egli aveva di dover conseguire quel riconoscimento, mai ottenuto, senza che ciò in prosieguo di tempo fosse valso ad impedirgli di continuare a praticare attività dello stesso tipo.

Sussiste dunque sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo il reato ipotizzato, del quale il P. va riconosciuto colpevole.

**12 -** Ma detto imputato in tanto ha potuto svolgere abusivamente attività medica in quanto i responsabili del Centro Medico gliene hanno offerto l'opportunità.

Era ben noto a tutti -e l'acquisito organigramma sta a dimostrarlo- che il P. da tempo operava presso la struttura.

D'altro canto il predetto non aveva fornito ai dirigenti -sanitario e amministrativo- del Centro documentazione idonea a comprovare la sua legittimazione allo svolgimento di attività medica.

Risulta anzi che per molto tempo la presenza del P. era stata nascosta anche alla competente autorità regionale, che pur aveva subordinato l'autorizzazione alla comunicazione di tutte le variazioni che si fossero verificate nella struttura e nella dotazione strumentale e del personale.

E d'altro canto l'utilizzo da parte del Centro di fatture indicanti la prestazione di attività di chiropratica a fronte di prestazioni di altro genere (come nel caso riguardante la paziente G.) rivela al tempo stesso una consapevolezza di fondo e una volontà di occultamento.

Solo a seguito delle indagini svolte dal NAS e dell'espressa richiesta del funzionario regionale competente il direttore sanitario D. S. G. aveva inviato nel maggio 2002 una comunicazione di aggiornamento, facendo altresì menzione del P., indicato come medico e chiropratico, relativamente al quale aveva fornito, come unico titolo, differentemente da quanto avvenuto per altri medici, la copia del diploma di laurea francese, peraltro risultato poi falso.

Risulta dunque per tabulas che la dirigenza del Centro era consapevole che il P. operava come medico ma era sprovvisto, in quanto mai prodotta, di autorizzazione ministeriale e di iscrizione ad un ordine professionale.

Sta di fatto che il funzionario regionale (cfr. la documentazione

acquisita e le dichiarazioni del teste P.) e quello ministeriale avevano di seguito rilevato l'assenza dell'abilitazione richiesta, ciò che aveva indotto il direttore sanitario e il direttore amministrativo del Centro a richiedere al P. (cfr. lettera del 27-11-2002) di produrre la documentazione già ritenuta necessaria dal funzionario del Ministero della Salute e successivamente il direttore sanitario a richiedere la produzione del diploma di Stato di Dottore in Medicina e l'iscrizione all'Albo professionale (cfr. lettera del 13-12-2002).

Peraltro il P. si era limitato a consegnare semplici autocertificazioni e l'ulteriore atto, già menzionato, intestato alla Royal Medical Society, cosicché il funzionario regionale, pur prospettando che quanto prodotto potesse comprovare una formazione in medicina generale e specialistica, tuttavia aveva dovuto rilevare la mancanza del riconoscimento ministeriale e dell'iscrizione ad un ordine professionale (cfr. lettera del 13-2-2003), diffidando la struttura dall'avvalersi delle prestazioni del P..

Ancora di seguito sembrerebbe che il direttore sanitario avesse emesso un comunicato interno con cui si precisava che il P. non poteva svolgere attività medica (il prodotto documento recante la data del 25-2-2003 non offre peraltro alcuna certezza in proposito).

Di certo lo stesso D. S. aveva comunicato al funzionario regionale dapprima che il P. aveva cessato ogni attività (lettera del 13-3-2003) e poi che il P. avrebbe svolto solo attività di chiropratica (lettera dell'11-4-2003).

Ma le dichiarazioni del teste P. sulla sua sottoposizione a P.L.D.D. nel corso dello stesso 2003, in epoca successiva alle sommarie informazioni rese ai Carabinieri del NAS, inducono a dubitare fortemente della serietà dei propositi in tal guisa manifestati dalla dirigenza.

**13 -** Sta di fatto dunque che fin dall'inizio era chiaro che il P. era sprovvisto dei titoli che avrebbero potuto abilitarlo in Italia allo svolgimento di attività medica.

D'altro canto la concreta attività del P., pur riferita alla chiropratica, era altresì ufficialmente estesa alla terapia del dolore e in prosieguo di tempo anche allo svolgimento di interventi chirurgici veri e propri.

Si richiama ancora una volta l'esistenza presso il Centro di depliant illustrativi di pratiche mediche riferibili al P., di cui erano pienamente a conoscenza sia la dott. B., amministratore delegato e direttore amministrativo del Centro, che ebbe fra l'altro a presenziare al primo sopralluogo del marzo 2002 dei militari del NAS (durante il quale, si badi, fu acquisito anche il depliant intestato "Bio Dermo Inject"), sia il direttore sanitario D. S. G., prontamente attivatosi per la comunicazione al funzionario regionale dell'inserimento nella struttura del P. quale medico.

Non va inoltre sottaciuto che tanto la B. quanto il D. S. ebbero concretamente ad interessarsi congiuntamente e disgiuntamente della

pratica di riconoscimento dei titoli presso il Ministero e presso la Regione (cfr. dich. Papale nonché il carteggio acquisito e già in precedenza commentato), ciò da cui può trarsi il sicuro convincimento della piena consapevolezza da parte di entrambi, ben prima del proclamato divieto di svolgimento di attività medica da parte del P., risalente al febbraio-marzo 2003, dell'attività svolta da quest'ultimo e della mancanza in capo al predetto dei necessari titoli abilitativi.

A tale stregua, essendo irrilevanti i documenti offerti dal P. anche alla dirigenza del Centro, documenti inidonei ad attestare l'esistenza dei titoli abilitativi necessari, è d'uopo concludere che anche la B. e il D. S. concorsero con il P. nello svolgimento abusivo da parte di quest'ultimo di attività medica tipica.

Ciascuno dei due infatti rivestiva una qualità tale da imporre loro di impedire l'altrui condotta illecita, la B. quale amministratore delegato e direttore amministrativo, competente a vigilare sulla regolarità dell'attività amministrativa e gestionale e sulla completezza della documentazione disponibile, il D. S. quale direttore sanitario competente a vigilare sulla dotazione di mezzi e di personale del Centro.

**14 -** Analoga posizione di garanzia rivestiva altresì il G. quale presidente del consiglio di amministrazione.

Ma non vi è prova in atti che, diversamente dagli altri due, a contatto con la concreta gestione, il G. fosse stato effettivamente posto a conoscenza dell'operatività specifica del P. nel corso del tempo, dell'indisponibilità da parte di costui di titoli abilitativi alla professione medica e del fatto che il predetto avesse continuato a svolgere attività medica anche dopo il primo intervento del NAS nel marzo del 2002.

Se dunque di certo gravava sul G. l'onere di vigilare, non può dirsi che egli avesse dolosamente consentito al P. di svolgere nel Centro attività medica abusiva, potendosi ascrivere al predetto di non aver usato per negligenza i poteri a lui spettanti.

La B. e il D. S. vanno dunque riconosciuti colpevoli del reato ascritto mentre il G. va assolto per difetto dell'elemento psicologico.

**15 -** Venendo al quantum di pena, deve innanzi tutto osservarsi che, per quanto il reato possa dirsi integrato anche dal compimento di un atto (cfr. per la sufficienza di una singola prestazione Cass. VI, 7-3-1985, Lo Verso e Cass. VI, 11-12-1979, Gennuso, essendo la Suprema Corte diversamente orientata nel caso in cui si tratti dello svolgimento di atti diversi da quelli tipici, che postulano invece continuità e professionalità: in tal senso sembra che debba interpretarsi Cass. VI, 5-7-2006, Russo), ciò non significa che il compimento di una pluralità di atti nel quadro di un medesimo contesto organizzativo valga ad integrare una pluralità di reati, se del caso unificati dal vincolo della continuazione.

Ed invero, valutato anche il tenore letterale dell'art. 348 cp, incentra-

to sull'esercizio di una professione, sembra che debba darsi la prevalenza alla sostanziale unitarietà dell'esercizio dell'attività professionale, con la conseguenza di dover configurare un unico reato se del caso connotato dalla progressiva reiterazione di una pluralità di condotte omogenee, quando detta attività venga svolta all'interno di una determinata articolazione e in un determinato ambito territoriale, prevalendo in tali casi il profilo teleologico-funzionale e ben potendosi invece configurare una pluralità di reati, eventualmente unificati dalla continuazione, allorché la prestazione professionale venga svolta in contesti spaziali e organizzativi diversi (*Omissis*).

## (1) **Postille in tema di unicità della condotta e natura abituale del delitto di esercizio abusivo di una professione.**

1. Un caso di esercizio abusivo della professione medica offre lo spunto per alcune riflessioni in tema di unicità della condotta e reato abituale. Il fatto, in sintesi, è consistito nella effettuazione di prestazioni professionali mediche da parte di un uomo risultato, in seguito, privo dei necessari requisiti abilitativi. Tale attività si protrasse per alcuni anni, ebbe come destinatari diversi pazienti e trovò come scenario un'unica struttura medica nella quale il sedicente medico era stato stabilmente inserito.

Il Tribunale di Perugia, affermando l'esigenza di attribuire rilevanza al "profilo teleologico- funzionale" delle reiterate condotte, ha ritenuto di ravvisare nei fatti in narrazione un unico reato di esercizio abusivo di una professione [(1)].

Tale pronuncia si inquadra in un panorama di posizioni interpretative che vede, da un lato, la giurisprudenza sovente aderire ad una tesi rigorista, alla stregua della quale ad una pluralità di condotte di esercizio abusivo corrisponderebbero una pluralità di reati [(2)], e, di contro, la dottrina che,

---

[(1)] In argomento: Seminara, *Sub Art. 348,* in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Stella – Crespi – Zuccalà, ed., Padova, 2003, 999 ss.; Fornasari, *Abusivo esercizio di una professione*, in *Reati contro la Pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, Torino, 2004, 408 ss.; Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002, 138 ss.; Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti contro la pubblica amministrazione*, 8ª ed., Milano, 1998, 415 ss.; Minnella, voce *Professioni, II) Professioni, arti e mestieri (esercizio abusivo di)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; Riccio, voce *Professione, (esercizio abusivo di una),* in *Noviss. dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1975, 11 ss.; Contieri, voce *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 606 ss.. Ci sia consentito, infine, rinviare anche a Bisacci, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, Perugia, 2007.

[(2)] Cass., 20 marzo 1974, Pizzolla, in *Cass. pen.. ann.*, 1975, 459; Cass., 1° giugno 1965, Cavallari, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, 50; Trib. Orvieto, 9 luglio 2004,

seppur con alcune varianti, risulta incline a ricondurre la figura dell'esercizio abusivo di una professione allo schema del reato abituale [3].

2. Un simile scenario è indotto dalla descrizione codicistica del fatto di esercizio abusivo di una professione che si presta a diverse letture; la locuzione "esercitare una professione", sotto il profilo semantico e grammaticale, può invero indicare sia il compimento di una singola prestazione professionale, sia il reiterare nel tempo le condotte nelle quali si sostanzia l'attività professionale.

La tesi giurisprudenziale sembra allora muovere da argomenti tratti dall'analisi della dimensione offensiva della fattispecie in esame. Ravvisandosi l'oggettività giuridica della stessa in un bene afferente alla pubblica amministrazione, l'offesa non può che manifestarsi già con il compimento del primo atto professionale, venendo, in quel frangente, disatteso il meccanismo presieduto dalla pubblica amministrazione e volto ad assicurare alla collettività che i soggetti abilitati all'esercizio di determinate attività posseggano un bagaglio di requisiti tecnici e morali sufficienti a garantire uno standard minimo di prestazioni[4].

Affermata la tipicità di una singola prestazione professionale[5], quando ovviamente sia realizzata abusivamente, l'ulteriore conclusione della pluralità di reati, in presenza di una pluralità di prestazioni professionali, sembra allora dettata dalla esigenza, ovviamente non manifesta, di adeguare il trattamento sanzionatorio a fatti di rilevante gravità, altrimenti appiattiti nei margini stretti di una pena edittale che risulta non così elevata tenuto conto dei primari interessi che l'esercizio abusivo di una professione potrebbe investire[6]. A tutto ciò, poi, si aggiunga una sorta di

---

Lavecchia, *inedita*. *Contra*, nel senso che si tratti di reato abituale: Pret. Taranto, 29 dicembre 1989, Fidolino, in *Riv. pen*., 1990, 265.

[3] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, 14ª ed., Milano, 2003, 408.

[4] Cass., sez., VI, 29 novembre 1983, Rossellini, in *Cass. pen*., 1985, 1058; Cass., sez. VI, 15 novembre 1982, Rossi, in *C.E.D. Cass.,* n. 167698. Nello stesso senso: CONTIERI, voce *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, cit., 606; ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Ammnistrazione*, *I delitti dei privati,* cit., 138; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale,* cit. 415; MINNELLA, voce *Professioni, arti e mestieri (esercizio abusivo di)*, *cit.,* 1.

[5] Cass., sez., VI, 7 marzo 1985, Lo Verso, in *Riv. pen*., 1986, 297; Cass., sez. VI, 29 novembre 1983, Rosellini, in *Cass. pen*., 1985, 1058; Cass., sez. VI, 11 dicembre 1979, Gennuso, in *Riv. pen*., 1980, 563; Cass., 1° ottobre 1975, Di Furia, in *Cass. pen. Mass. Ann*., 1976, 649; Cass., 15 giugno 1939, in *Giust. pen*., 1940, II, 77.

[6] A fronte della pena prevista dall'art. 348 c.p. (consistente nella reclusione fino a sei mesi, in alternativa alla multa da € 103 a € 516) sia sufficiente considerare che attività professionali, per l'esercizio delle quali si richiede l'abilitazione, come, ad esempio, l'attività medica o quella dell'ingegnere, investano i beni della salute, della vita e dell'incolumità pubblica.

avversione verso quella figura, di elaborazione dottrinale, del reato cosiddetto "eventualmente abituale" alla quale ricondurre le fattispecie che – come è noto - risultano integrate dal compimento di una singola condotta e che si caratterizzano dall'indifferenza per eventuali condotte omogenee che ad essa facciano seguito [7].

Malgrado la posizione talora assunta dalla giurisprudenza, il delitto di esercizio abusivo di una professione continua nelle trattazioni manualistiche ad essere indicato quale figura paradigmatica di reato eventualmente abituale. Infatti, da un lato, il verbo "esercitare", nel quale si traduce la condotta incriminata, pare evocare una «certa continuità delle prestazioni professionali», e, di contro, si avverte come una sola prestazione sia sufficiente alla integrazione della fattispecie «se essa è rilevante in sé o per le conseguenze che ne possono derivare» [8].

A completamento di un simile quadro di interpretazioni occorre, infine, richiamare quella giurisprudenza che ricostruisce in maniera piuttosto singolare la fattispecie in esame, distinguendo il modo di atteggiarsi della condotta a seconda della natura degli atti che ne rappresentano l'oggetto. Si afferma, allora, che, mentre di regola il compimento di un solo atto riservato in via esclusiva al professionista abilitato è sufficiente all'integrazione del reato, vi sarebbero atti c.d. "caratteristici", ovvero atti connessi o strumentali a quelli riservati, la cui realizzazione assumerebbe rilevanza penale soltanto qualora avvenga con continuità e dietro retribuzione [9]. Tali atti risulterebbero pertanto "relativamente liberi", poiché realizzabili anche

---

[7] Nel senso che "la chiave suggerita dalla dottrina per individuare le fattispecie eventualmente abituali appare oltremodo equivoca; infatti l'uso del plurale indeterminato per indicare l'oggetto materiale del reato è comune ad una notevole gamma di norme e sembra assai ardua l'*actio finuium regundorum* volta a discernere i casi in cui si riverbera sulla natura della condotta punibile; in definitiva, sarebbe un dato meramente criminologico, in assenza di precisi dati normativi, a fungere da discrimine": FORNASARI, voce *Reato abituale*, in *Enc. giur. (Treccani)*, vol. XXVI, Roma, 1991, 5 s.

[8] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., 406.

[9] Cass., Sez.VI, 8 ottobre 2002, Notaristefano, in *Riv. Pen.*, 2003, 222 e in *Cass. pen.*, 2003, 82, con nota di ARIOLLI – BELLINI, *L'esercizio abusivo della professione tra esigenze di tutela e rispetto del principio di tassatività della norma penale*. Nello stesso senso si vedano inoltre: Pret. Verona, 22 giugno 1991, Albertini, in *Giur. merito*, 1992, 652, con nota di D'AMBROSIO, *La tutela penale degli atti caratteristici delle libere professioni*; Pret. Taranto, 25 gennaio 1989, Ferramosca, in *Riv. Pen.*, 1989, 1121; Pret. Taranto, 29 dicembre 1989, Fidolino, in *Riv. Pen.*, 1990, 265. *Contra*: Cass., Sez. VI, 11 marzo 2003, Gava Livio, in *C.E.D. Cass.* n. 224959; Cass., sez. V, 17 ottobre 2001, Coppo, in *C.E.D. Cass.* n. 220187; Cass., sez. VI, 14 febbraio 2001, Meloni, in *Cass. pen.*, 2002, 1388; Cass., sez. VI, Fiorentini, *ivi*, 2001, 2344; Cass., 8 settembre 1997, in *Mass. Giur. Civ.*, 1997, n. 1371; Cass., sez. VI, 18 novembre 1993, Salustri, *Cass. pen.*, 1995, 2126; Cass., Sez., VI, 25 agosto 1995, Schironi, in *Riv. Pen.*, 1995, 1444; Cass., sez. VI, 11 maggio 1990, Mancaniello, in *ivi*, 1991, 521.

da persona priva dei richiesti requisiti abilitativi, a condizione che la loro esecuzione sia occasionale e gratuita.

3. Questa contrapposizione di letture, brevemente tratteggiata, si fa meno marcata accedendo ad una nozione di azione penalmente rilevante, di ampia portata, che travalichi i confini del relativo concetto naturalistico, così da inglobare una molteplicità di prestazioni professionali. Questa è in sintesi la strada che sembrerebbe aver imboccato il giudicante perugino; il quale non aderisce *expressis verbis* alla tesi della natura abituale del delitto di esercizio abusivo della professione, anzi, decisamente, si muove in una differente direzione nel momento in cui ammette la continuazione ogniqualvolta le prestazioni professionali vengano svolte in contesti spaziali e organizzativi diversi. Nondimeno, il giudice del merito sembra ricostruire la condotta penalmente rilevante come composta, ovvero come risolvibile in più comportamenti ciascuno dei quali – ad avviso dello stesso – già assumerebbe le sembianze di condotta. Sembrerebbero allora emergere, dalla definizione offerta, i paradigmi del reato abituale, come notò, appellato icasticamente quale "reato a condotta plurima" proprio per sottolineare la reiterazione nel tempo dell'azione descritta dalla norma incriminatrice che lo caratterizza [(10)]. Tuttavia di questo ulteriore passaggio logico del ragionamento – come premesso - non v'è traccia nella sentenza in epigrafe.

Per comprendere allora la portata della massima enunciata dal Tribunale di Perugia occorre richiamare quei criteri elaborati dalla dottrina alla ricerca del concetto unitario di azione. In realtà l'idea di individuare una nozione superiore, "pregiuridica", di azione sembra essere stata prevalentemente abbandonata poiché ritenuta impresa improba e, forse, anche inutile [(11)]. Si è allora affermato che l'azione è un concetto di valore in quanto tale non determinabile esclusivamente attraverso criteri naturalistici [(12)] e, conseguentemente, che «il modo d'atteggiarsi e i limiti dell'azione penalmente rilevante risultano soltanto dall'interpretazione delle varie fattispecie» [(13)]. Pertanto soltanto la valutazione normativa della fattispecie riuscirebbe pienamente ad esprimere questa unità tanto anelata. In altri termini proprio all'interno

---

[(10)] Invero la denominazione "reato a condotta plurima" non è corretta poiché i diversi comportamenti reiterati nel tempo, nei quali si traduce il fatto tipico, vanno a comporre un'unica condotta. A riguardo si veda PETRONE, *Reato abituale*, Padova, 1999, 7.

[(11)] Sul punto, MUSCATIELLO, *Pluralità ed unità di reati*, Padova, 2002, 110 ss.

[(12)] BETTIOL – PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 12ª ed., Padova, 1986, 686 ss.; PROSDOMICI, *Concorso di reati e di pene*, cit., 512.

[(13)] FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 3ª ed., Bologna, 1995, 186; PROSDOMICI, *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 512. Si veda inoltre MARINUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Milano, 1971, 24.

della norma incriminatrice «dovranno ricercarsi i motivi della sua plurima o singola applicazione»[14].

Questa dilagante sfiducia non ha, tuttavia, impedito alla giurisprudenza di ricorrere ai tradizionali parametri identificativi dell'azione in senso naturalistico, sull'altrettanta premente necessità di identificare un concetto unitario di azione in funzione della soluzione delle problematiche relative al ricorrere di una unità o di una pluralità di reati [15].

Per chiarire questo contrasto occorre, allora, distinguere due diversi piani dell'indagine, quello attinente alla unicità dell'azione, quale unico episodio comportamentale apprezzabile in termini naturalistici, e quello di matrice legale che può condurre l'interprete a ravvisare una unità (legale) tra diversi episodi comportamentali [16]. Se, invero, si ha riguardo alla natura delle cose ogni movimento muscolare potrebbe assurgere ad azione; nondimeno quando questi "spostamenti" corporei si collocano nel medesimo contesto spaziale e si susseguono "in stretta connessione cronologica", prima ancora che intervenga una norma ad unificarli, vengono esternamente percepiti quali componenti un unico episodio comportamentale [17]. A cementare tale molteplicità di movimenti soccorre inoltre, sebbene in via subordinata, il criterio dell'unicità del fine che permette di recuperare l'unità tra i diversi atti allorquando la prossimità temporale fra gli stessi si sia allentata[18]. Su questa base fattuale, *rectius* naturalistica, interviene la norma che – mutuando le parole del Moro – ha «competenza esclusiva d'individuare, qualitativamente e quantitativamente, i singoli episodi

---

[14] PROSDOMICI, *Concorso di reati e di pene*, cit., 512 ss. Afferma l'Autore che «i criteri proposti per l'individuazione dell'unità naturale non possono rivestire un valore autonomo, ma possono collocarsi esclusivamente nel quadro dell'interpretazione della norma incriminatrice considerata posta a raffronto con il caso concreto».

[15] Sulla utilità e sulla fondatezza di un concetto unitario di azione: ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1995, 390 s.

[16] BRUNELLI, *Unità comportamentale, unità o pluralità di reati: alcune proposizioni*, in *Studium iuris*, 2002, 893: «il dato naturalistico "azione" non coincide dunque con il dato normativo "azione tipica", ma sarebbe errato se, in linea con la tendenza ormai generalizzata a rifiutare un concetto "pregiuridico" di azione come base per lo studio sistematico del reato si finisse per disconoscere un autonomo rilievo ad entrambi i profili».

[17] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 686. Si afferma a riguardo che l'azione è unica «quando si esplica materialmente in unità di contesto e nei confronti dello stesso oggetto, ovvero sempre in unità di contesto nei confronti di oggetti diversi ma impiegando un medesimo strumento, o comunque adottando una medesima tipologia comportamentale. Se in tali casi l'osservatore che assiste alla scena e che non conosce il diritto penale può dire di aver visto un unico comportamento, per il diritto – *nei limiti da questo esclusivamente segnati* – quella sarà un'unica azione, a prescindere dall'unicità o molteplicità delle denominazioni penalistiche sotto le quali sarà condotta»: BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004, 198 s.

[18] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 688.

delittuosi» e pertanto «descrivendo il fatto, concorre a definirlo nella sua consistenza unitaria»[19].

4. Tornando alla sentenza in epigrafe il giudice perugino richiama proprio dei parametri all'apparenza "naturalistici" allorché, sia affrontando l'eccezione difensiva di incompetenza per connessione, sia in sede di esclusione della pluralità di reati, fa riferimento all'unicità del contesto spaziale e organizzativo.

Nel ravvisare questa «sostanziale unitarietà dell'esercizio dell'attività professionale» sembra, tuttavia pretermettere il criterio temporale a favore di un criterio teleologico e spaziale. Di tal guisa vengono ricondotte ad una dimensione unitaria anche prestazioni professionali eseguite a distanza di anni. In altri termini, *a contraris*, si afferma che qualora nel corso dei due anni di svolgimento di prestazioni professionali da parte del sedicente medico lo stesso si fosse recato presso diverse strutture sanitarie, magari in differenti luoghi del paese, l'unità comportamentale sarebbe svanita, lasciando spazio ad una vicenda di reiterazione del reato con possibilità di ravvisare i tratti caratterizzanti la continuazione.

Il criterio temporale viene allora dilato sino a far perdere allo stesso ogni funzione di orientamento. In tal modo si abbandona la dimensione naturalistica per accedere ad un parametro di contestualità degli atti che riferendosi al "significato sociale dell'azione" non può che risultare relativo[20]. Con ciò si intende rilevare come la tensione del concetto di azione emergente dalla norma incriminatrice rischia di forzare la stessa in nome di una unità soltanto apparentemente naturalistica.

Questa singolare lettura dei fatti induce ad alcune riflessioni. Dalle pieghe della motivazione sembrerebbe emergere la percezione, in sede di qualifica della vicenda, del carattere unitario dell'esercizio abusivo della professione che, sebbene possa tradursi nel compimento di un singolo atto professionale, generalmente si sostanzia in una attività di durata. Questa intuizione non viene tuttavia interamente sviluppata dal momento che la ricostruzione unitaria di comportamenti succedutisi nel tempo, anche a distanza di anni, viene ancorata alla loro collocazione spaziale, quale esclusivo fattore "naturalistico" unificante. Pertanto si ricorre ad una nozione di azione dilatata, anziché rilevare come l'unificazione abbia qui carattere normativo, essendo stata già operata attraverso la descrizione di una condotta che presenta i caratteri dell'abitualità.

La figura del reato abituale non è stata tratteggiata dal legislatore, così come, d'altronde, il reato permanente, del quale, tuttavia, si fa menzione all'interno del codice penale[21]. La stessa nasce allora dalla ricognizione

---

[19] MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 16.

[20] PADOVANI, *Diritto penale*, 6ª ed., Milano, 2002, 106.

[21] Il reato permanente è richiamato all'interno del codice penale dall'art. 158 c.p. con riguardo alla decorrenza del termine prescrizionale. Si vedano inoltre l'art.

di fattispecie caratterizzate da condotte composte, ovvero risultanti da un complesso di comportamenti. Questi ultimi, a differenza da altre figure di natura composta, si caratterizzano per l'omogeneità che conferisce loro una connotazione unitaria. Il fattore unificante dei diversi episodi viene differentemente colto dalla dottrina. Sul piano oggettivo, si evoca un «rapporto di persistente frequenza» che identificherebbe l'unicità sotto il profilo offensivo [22]; mentre sul piano soggettivo, si evidenzia la peculiarità del dolo dell'agente, tale da «trovare congrua realizzazione solo in una molteplicità di atteggiamenti esteriori» [23]. La descrizione della condotta, in fattispecie la cui natura abituale viene unanimamente condivisa, si avvale di espressioni quali "sfruttare" [24], tenere una "relazione incestuosa", "maltrattare" [25], e così via, che evocano una sistematicità dei comportamenti e, dunque, prima ancora, un dato criminologico ricavabile dalla realtà.

Questo collegamento con il piano criminologico del fenomeno, non può – ovviamente – condurre a forzare la lettera della norma, stante il primato della legalità, ma risulta di ausilio nella individuazione del reato abituale poiché funzionale alla spiegazione dell'unificazione normativa operata dal legislatore [26]. Occorre, allora, ancora una volta distinguere il piano della "unificazione naturalistica", da quella "normativa". Il concetto unitario di azione, variamente ricostruito dalla dottrina, fotografa, sul piano naturalistico, un comportamento unitario. Di contro l'unificazione operata dal legislatore, all'atto di descrivere il fatto costituente reato abituale, è una unificazione di carattere normativo che involge plurimi comportamenti, scindibili naturalisticamente, e che a sua volta tratteggia i contorni di un

---

8 c.p.p., in tema di competenza territoriale, e l'art. 382 c.p.p., in tema di flagranza nel reato.

[22] PETRONE, *Il reato abituale,* Padova, 1999, 20 ss.

[23] PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 6ª ed., Milano, 1998, 501. In ordine al dolo nel reato abituale: LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli 1933, 133 s. PETRONE, *Reato abituale,* cit., 65 s.; COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 280; ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo nel reato abituale*, in *Cass. pen*., 1993, 462 ss.

[24] Si allude alla figura dello sfruttamento della prostituzione (art. 3, l. 20 febbraio 1958, n. 75). Cfr., MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it dir. proc. pen.,* 1959, 468; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 1996, 534 s.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, cit., 323.

[25] La figura dei maltrattamenti in famiglia e ritenuta paradigmatica del reato abituale. a riguardo si veda per tutti: COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit.

[26] Significative, a riguardo, risultano le parole del Petrone: «la base della teorizzazione del reato abituale, infatti è da ravvisare in un fattore composito, di carattere normativo-sociale. In questo, come in ogni altro caso, il dato fenomenico si presenta all'astrazione tipizzatrice già munito delle sue peculiarità, sulle quali, poi, la norma opera, attribuendo al dato stesso valore e forma nella sfera giuridica». Cfr.: PETRONE, voce *Reato abituale*, in *Noviss. Dig. it*., vol. XIV, Torino, 1967, 953.

fenomeno criminoso di più ampia portata. La separazione di questi due profili permette anche di scandire due momenti, l'uno successivo all'altro, del processo di accertamento del fatto.

Proprio la mancata identificazione del substrato criminologico e fenomenologico, nonché, prima ancora, una sottovalutazione della lettera della norma, inducono a negare l'iscrizione della fattispecie dell'esercizio abusivo della professione al novero dei reati abituali. A favore di questa lettura della norma incriminatrice milita, invece, – come già rilevato – la locuzione "esercitare una professione"; formula dall'ampia portata e tale da inglobare una pluralità di episodi comportamentali. Qualora questi ultimi non costituiscano avvenimenti sporadici, sviluppatisi a distanza di un apprezzabile lasso di tempo l'uno dall'altro, e rivelino il particolare atteggiamento psicologico caratterizzante il reato abituale, fra gli stessi sarà possibile ravvisare quel "nesso di abitualità" che né consente una lettura unitaria. Sul piano soggettivo, si consideri che, una volta infranto il precetto, assecondando l'impulso delittuoso iniziale, le eventuali azioni successive vedono un affievolirsi del dolo. La risoluzione criminosa che le sorregge risulta di minore intensità, poiché il soggetto agente incontra nei suoi freni inibitori una minore resistenza [27]. Questa particolare dimensione dell'elemento soggettivo trova poi la sua proiezione sul piano dell'offesa giustificando il più favorevole trattamento riservato al reato abituale, in luogo del cumulo materiale.

Venendo poi a considerare il fenomeno criminoso sotteso alla norma e fotografato dal legislatore si deve, infine, aggiungere che l'esercizio abusivo di una professione, nella generalità dei casi, non evoca il compimento occasionale e isolato di atti riservati al soggetto munito di abilitazione, quanto piuttosto la reiterazione nel tempo di prestazioni professionali da parte di persone che, non soltanto agiscono quali veri professionisti, ma talvolta si presentano anche esternamente come tali.

MARIA CHIARA BISACCI

---

[27] Sul punto: ANGELINI, *Sull'elemento soggettivo,* cit., 464 s.; MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati*, cit. 305.

TRIBUNALE MONOCRATICO DI PERUGIA – 13 luglio 2007 – *Est.* Ricciarelli – M.R. ed altri.

**Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di soggetti agenti – Necessità – Esclusione** (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 53 bis; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 260).

**Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Gestione – Nozione – Abusività – Individuazione – Ingiusto profitto – Dolo specifico – Necessità** (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 53 bis; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 260).

**Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di operazioni caratterizzate da continuità – Necessità – Conseguenze – Istituto della continuazione – Esclusione – Reato – Natura – Progressivo nell'evento** (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 53 bis; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 260).

**Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Ingente quantitativo – Finalità – Nozione – Riferibilità al complesso delle attività – Necessità** (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 53 bis; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 260).

*Il delitto attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, pur evocando elementi di un'associazione per delinquere, non richiede la pluralità di compartecipi e la previsione originaria e indeterminata di una pluralità di reati* (1).

*Il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti è configurabile, quanto all'estremo della gestione abusiva, con riferimento a taluno dei profili enucleati dall'art. 6, lett. d), d.lgs. n. 22/1997 (oggi dall'art. 183, lett. d, d.lgs. n. 152/2006) nonché ad ogni altra attività che si correli alla movimentazione del rifiuto, compresa la vendita, l'esportazione, l'importazione o l'intermediazione. Sotto il profilo oggettivo l'abusività della condotta postula che si tratti di attività non legittimata da un valido titolo autorizzatorio, o perché radicalmente assente ovvero* contra legem *o perché non riferibile ai rifiuti che ne formano specificamente oggetto o, ancora, perché l'attività svolta risulta in qualsiasi guisa difforme da quanto autorizzato, mentre sotto il profilo soggettivo, occorre che la gestione abusiva sia diretta a conseguire un ingiusto profitto, cioè un'utilità contraria all'ordinamento, che può consistere non solo in maggiori entrate, ma anche in un risparmio di spesa e di costi ovvero nel fatto stesso di poter effettuare conferimenti che sarebbero impossibili o richiederebbero costi maggiori ovvero ancora nel fatto di poter disporre di materiali non altrimenti conseguibili* (2).

*La pluralità di operazioni in continuità temporale richiesta ai fini della configurabilità del delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti è incompatibile con l'istituto della continuazione, essendo*

*l'elemento della pluralità di condotte omogenee già richiesto in termini di tipicità oggettiva e trattandosi di fattispecie di reato progressivo nell'evento, nel senso che la consumazione del reato si colloca ad uno stadio che oltrepassa il perfezionamento di una singola attività ed il protrarsi delle attività vale ad aggravare ed approfondire l'offesa insita in quello stesso reato che è stato ormai consumato* (3).

*Nel delitto di attività organizzate per il traffico illecito, la nozione di ingente quantità di rifiuti, rispondendo all'esigenza che il traffico coinvolga quantitativi complessivamente elevati in senso assoluto, senza alcuna presunzione ed a prescindere dal confronto con gestioni corrette, deve essere riferita alla quantità di rifiuti complessivamente gestiti in modo abusivo attraverso plurime operazioni, anche se ciascuna di esse, presa singolarmente, potrebbe concernere quantità modeste. Ne consegue che il giudizio insito nella formulazione della fattispecie è sorretto da parametri di ragionevolezza, che sono vieppiù orientati dal complesso degli altri elementi costitutivi, giacché non può prescindersi, nel formulare quel giudizio, dal fatto che esso deve essere propiziato dal riscontro di un assetto organizzativo stabile e di plurime operazioni, le quali debbono essere in qualche guisa remunerate* (4).

(*Omissis*). **La sussunzione dei fatti nelle fattispecie di reato: le contravvenzioni**

23 **-** Il ragionamento svolto consente ora di procedere alla sussunzione dei fatti.

Sono stati contestati ai vari imputati innanzi tutto i reati contravvenzionali corrispondenti ai singoli episodi di illegittima gestione dei rifiuti, da valutarsi nello specifico rapporto tra ciascun conferitore e i responsabili della T. srl.

Inoltre è stato a tutti contestato il concorso nel delitto di cui all'art. 53 *bis* D.l.vo 22/1997, da intendersi quale cornice per l'inserimento della complessiva operatività degli imputati, che avrebbe condotto alla realizzazione di un traffico abusivo di ingenti quantitativi.

A scanso di equivoci va rimarcato che i due tipi di reato possono concorrere senza alcun assorbimento di una fattispecie nell'altra (cfr. Cass. VI, 18-3-2004, Ostuni), stante la non corrispondenza delle medesime, ciascuna connotata da elementi autonomamente qualificanti.

Cominciando dalla contestazione della contravvenzione di cui all'art. 51 D.l.vo 22/1997, è d'uopo osservare che tutte le condotte, in rapporto a quanto concretamente contestato sia sul piano formale che sul piano sostanziale, stante la possibilità di discolpa a tutti offerta in relazione alle evidenze probatorie dibattimentali, si sono esaurite al massimo entro il termine dell'aprile 2002.

Ne discende che è in tutti i casi decorso il termine massimo di prescrizione, pari ad anni quattro e mesi sei, scaduto in effetti nell'ottobre 2006, salva l'aggiunta di 59 giorni, derivanti dalla sospensione del processo causata dall'adesione dei difensori ad astensione dalle udienze.

Peraltro nel caso dei conferimenti R., stante la contestazione di un fatto non verificatosi, e nel caso dei conferimenti della P.A., effettuati con il codice corretto (19 08 05), il fatto deve essere reputato insussistente ai fini dell'applicazione della più favorevole formula terminativa.

Inoltre nel caso dei conferimenti della I.V., per i quali sono imputati da un lato V. M., legale rappresentante della stessa I.V., e dall'altro M.R. e P.R., rispettivamente presidente e vice-presidente della T. srl, è d'uopo osservare che il codice utilizzato, per quanto emerso in questo processo, era corretto e corrispondeva a rifiuti almeno in astratto ammissibili all'impianto.

La circostanza che ritagli, cascami ed altro, classificati con codice 04 01 09, non potessero essere concretamente usati nell'impianto per la realizzazione del cuoio torrefatto, costituisce elemento rilevante ai fini dell'oggettiva configurabilità del reato, dovendosi ravvisare lo scostamento dai limiti previsti per l'accesso all'attività di recupero in regime di procedura semplificata, se non addirittura escludere l'oggettiva destinazione di quei rifiuti al recupero.

Va anche rilevato che in materia di gestione dei rifiuti si ricava dagli artt. 2 e 10 D.l.vo 22/1997 il principio della corresponsabilità di tutti coloro che si ingeriscono nella produzione, nella circolazione e nello smaltimento o nel recupero dei rifiuti, essendo fra l'altro previsto che il produttore o il detentore devono conferire i rifiuti a soggetti debitamente autorizzati.

Peraltro può nella specie dirsi che agli occhi di I.V. e di chi per essa agiva la T. srl era autorizzata a ricevere quel tipo di rifiuti sulla base della comunicazione presentata in regime semplificato.

La circostanza che in concreto non esistessero impianti idonei alla torrefazione, pur riverberandosi sull'effettiva operatività del titolo abilitativo, era tuttavia valutabile a valle della procedura di conferimento, non diversamente dal riscontro di una produzione di compost non conforme a quanto prescritto dalla l. n. 748/84, senza che l'onere di diligente corresponsabilizzazione del conferente potesse giungere fino al controllo di quei profili, tanto più che la T. in qualsiasi momento avrebbe potuto dotarsi del macchinario necessario (del resto l'esonero da responsabilità nel caso di invio di rifiuti debitamente classificati è assicurato ai sensi del citato art. 19 D.l.vo 22/1997 dalla restituzione del f.i.r. debitamente siglato, il che attesta la rilevanza del momento del conferimento e non di quello successivo).

Ed allora deve giungersi al proscioglimento del V. in relazione al

reato di cui all'art. 51 D.l.vo 22/1997 per difetto del prescritto coefficiente psicologico, cioè perché il fatto non costituisce reato.

In tutti gli altri casi, in cui accanto ai responsabili della T., sono imputati rispettivamente B.L.F., all'epoca legale rappresentante di B.S., M.P., S.R., all'epoca legale rappresentante di R. spa, T.G., all'epoca legale rappresentante di Consorzio C.D. spa, il reato di cui all'art. 51 Dl.vo 22/1997 va dichiarato estinto per intervenuta prescrizione, non potendosi in nessun caso escludere quanto meno il profilo della colpa (non rileva il fatto che i ritagli dell'industria conciaria e i fanghi per il periodo successivo al 1°-1-2002 possano considerarsi non pericolosi agli effetti dell'art. 51, 1° co lett. a D.l.vo 22/1997, trattandosi parimenti di contravvenzione).

Ciò vale per M. e P. anche in relazione ai conferimenti di B.M. di B.B. sas, che non formano oggetto di diretta contestazione al B., dovendosi riprodurre a carico dei predetti il ragionamento formulabile con riferimento ai conferimenti della B.S.

**Il delitto di cui all'art. 53 *bis* Dl.vo 22/1997.**

24 - Resta infine da esaminare la fattispecie di cui all'art. 53 *bis* D.l.vo 22/1997, interamente riprodotta dall'art. 260 D.l.vo 152/2006.

Essa contempla la condotta incentrata sulla cessione, ricezione, trasporto, esportazione, importazione o comunque sulla gestione abusiva di ingenti quantità di rifiuti, condotta ulteriormente connotata sotto il profilo oggettivo da una pluralità di operazioni e dall'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate e sotto il profilo soggettivo dal fine di conseguire un ingiusto profitto.

Si tratta di fattispecie delittuosa introdotta a decorrere dall'aprile 2001 al fine di reprimere quelle forme di traffici abusivi di rifiuti, che destano maggiore allarme, in quanto caratterizzate dall'incontrollata movimentazione di rilevanti quantitativi, propiziata da operazioni plurime e da predisposizione di mezzi.

Occorre invero che ricorra l'estremo della gestione abusiva, riferibile a taluno dei profili enucleati dall'art. 6 lett. d) D.l.vo 22/1997 (oggi dall'art. 183 lett. d D.l.vo 152/2006) nonché ad ogni attività che si correli alla movimentazione del rifiuto, compresa la vendita, l'esportazione o importazione o l'intermediazione.

D'altro canto l'estremo dell'abusività postula che si tratti di attività non legittimata da un valido titolo o perché radicalmente assente ovvero *contra legem* o perché non riferibile ai rifiuti che ne formano specificamente oggetto o ancora perché l'attività svolta risulta in qualsiasi guisa difforme da quanto autorizzato (cfr. Cass. III, 6-10-2005, Fradella e Cass. V, 11-10-2006, Pellini).

La gestione deve concretarsi in una pluralità di operazioni ed es-

sere accompagnata da mezzi idonei nel contesto di un'attività all'uopo organizzata.

Ciò significa che l'offensività della condotta si annida nel suo perpetuarsi e nella precostituzione di mezzi atti allo scopo.

D'altronde, essendo ricompresa nella tipicità la pluralità delle condotte omogenee risulta non configurabile l'ipotesi del delitto continuato, mentre si profila una fattispecie di reato progressivo nell'evento, nel senso che per un verso la consumazione del reato si colloca ad uno stadio che oltrepassa il perfezionamento di una singola attività e per l'altro il protrarsi delle attività vale ad aggravare ed approfondire l'offesa insita in quello stesso reato che è stato ormai consumato.

La gestione deve riguardare ingenti quantità.

Tale requisito è riferibile ai rifiuti complessivamente gestiti in modo abusivo attraverso plurime operazioni, anche se ciascuna di esse, presa singolarmente, potrebbe concernere quantità modeste (Cass. III, 15-11-2005, Costa e Cass. III, 6-10-2005, Carretta, nonché Cass. VI, 18-3-2004, Ostuni, nelle quali si precisa che l'ingente quantità non può desumersi dal mero fatto della continuità e dell'esistenza di un assetto organizzativo, fermo restando che non bisogna confrontare i rifiuti abusivamente gestiti con quelli oggetto parallelamente di corretta gestione).

Inoltre occorre che la gestione abusiva, la quale deve essere assistita dalla consapevolezza e dalla volontà di realizzarla (l'elemento di antigiuridicità speciale implica a sua volta che la consapevolezza coinvolga il profilo dell'abusività in senso tecnico-giuridico), sia diretta a conseguire un ingiusto profitto, cioè un'utilità contraria all'ordinamento, che può consistere non solo in maggiori entrate, ma anche in un risparmio di spesa e di costi ovvero nel fatto stesso di poter effettuare conferimenti che sarebbero impossibili o richiederebbero costi maggiori ovvero ancora nel fatto di poter disporre di materiali non altrimenti conseguibili (cfr. per analoghe considerazioni Cass. III, 16-12-2005, Samarati e Cass. III, 6-10-2005, Carretta).

La fattispecie evoca elementi di un'associazione per delinquere, ma non richiede la pluralità dei compartecipi e la previsione originaria e indeterminata di una pluralità di reati.

Peraltro è possibile ed anzi nella pratica spesso si registra il concorso di più persone nel reato, il quale si manifesta in espressi accordi o anche solo in tacite intese, aventi ad oggetto la realizzazione di plurime operazioni abusive, fino alla movimentazione di ingenti quantitativi.

D'altronde la gestione coinvolge in questi casi tutti i compartecipi, i quali dovranno essere parimenti consapevoli di contribuire per un fine di ingiusto profitto alla movimentazione di ingenti quantità.

Ed il profitto potrà riguardare tutti i compartecipi ovvero anche solo uno o più di essi, purché gli altri siano comunque consapevoli di quella prospettiva.

Tale fattispecie è stata da taluni sospettata di indeterminatezza soprattutto con riferimento alla nozione di ingenti quantitativi.

Si tratta, a quanto pare, di prospettiva non fondata, in quanto, nel quadro dell'interpretazione sopra enunciata, risulta nitidamente evocata la linea guida costituita dall'esigenza che il traffico coinvolga quantitativi complessivamente elevati in senso assoluto, peraltro senza alcuna presunzione e a prescindere dal confronto con gestioni corrette.

Il giudizio insito nella formulazione della fattispecie è comunque sorretto da parametri di ragionevolezza (Cass. III, 6-10-2005, Carretta *cit*. osserva che la parola "ingente" ha un chiaro significato semantico nel linguaggio comune), che sono vieppiù orientati dal complesso degli altri elementi costitutivi, giacché non può prescindersi, nel formulare quel giudizio, dal fatto che esso deve essere propiziato dal riscontro di un assetto organizzativo stabile e di plurime operazioni, le quali debbono essere in qualche guisa remunerate nei termini sopra lumeggiati.

Di qui l'impossibilità di pervenire a valutazioni diametralmente difformi, in quanto correlate alle eventualmente diverse sensibilità degli interpreti: per conseguenza non potrebbe mai prospettarsi un'effettiva indeterminatezza del precetto, tale da esporre l'imputato al rischio di giudizi sorprendenti.

Nessun profilo di indeterminatezza potrebbe peraltro cogliersi nella previsione del dolo specifico, che anzi assolve ad una funzione chiarificatrice e qualificatrice, e neppure nel rapporto con la fattispecie contravvenzionale relativa alla gestione di rifiuti non autorizzata, la quale, come si è già osservato, si fonda sull'individuazione di una determinata condotta, avulsa dal quadro complessivo dell'assetto organizzativo e della pluralità dei fatti di gestione e prescinde da una specifica finalizzazione.

25 - Tutto ciò posto, si rileva che la T. srl costituiva quella struttura organizzativa di tipo imprenditoriale in relazione alla quale sarebbe potuta configurarsi una gestione abusiva di rifiuti connotata dalla pluralità delle operazioni e dall'apprestamento dei mezzi necessari.

Ma nel contempo tutti i soggetti conferenti rispondevano ai medesimi requisiti, in quanto titolari di attività organizzate e stabili, dalle quali derivavano rifiuti da movimentare in funzione dello smaltimento o del recupero.

I plurimi conferimenti di rifiuti alla T. sono venuti in effetti ad integrare una continuativa attività di gestione, svolta dall'uno e dall'altro, che ha trovato proprio nella T. lo sbocco finale.

Vanno peraltro a questo punto esclusi i conferimenti attribuiti nell'imputazione a R. e P. A., in relazione ai quali non possono muoversi censure o perché insussistenti o perché comunque conformi a legge.

Di qui l'assoluzione con la più ampia formula di R. D anche dal delitto (non figura tra gli imputati il legale rappresentante di P. A.) e con essa

l'analoga assoluzione in parte qua dal delitto anche dei responsabili della T. srl, M. e P.

La gestione è però risultata per il resto in gran parte abusiva, in quanto caratterizzata dal conferimento di rifiuti non ammissibili presso l'impianto, in relazione alla mancanza per essi in capo alla T. srl di un valido titolo abilitativo o, almeno in parte, in relazione alla mancata adozione da parte della società di assetti produttivi tali da assicurare il conseguimento dei risultati prescritti (non è un caso che le analisi eseguite abbiano condotto alla verifica di irregolarità nel prodotto finito, anche di quello già ceduto a terzi, come nel caso dell'azienda P.).

L'imponente entità dei rifiuti a mano a mano abusivamente conferiti - dai soggetti diversi da R. e P.A. - non lascia margine di dubbio in ordine alla configurabilità del requisito dell'ingente quantità, valutata con riguardo sia alle singole specie di rifiuti sia ai rifiuti nel loro complesso.

D'altro canto ciascun conferimento, quand'anche di per sé non ingente, ha contribuito ad approfondire via via l'offesa al bene protetto, inserendosi in una pratica ormai avviata e concorrendo dunque sia al raggiungimento dell'ideale soglia sia alla progressione dell'evento lesivo.

26 - Occorre tuttavia stabilire se siffatta abusiva gestione sia stata assistita in tutti i casi dalla consapevolezza di tale sua qualità e accompagnata dal prescritto dolo specifico.

Cominciando dai fanghi, che riguardano a questo punto, accanto al M. e al P., B. L. F. per conto di B. S., T.G. per conto di C. C. D. e B. B. per conto di B.M. di B.B. sas, deve osservarsi come in realtà quei fanghi provenissero non da soggetti operanti nell'ombra bensì da impianti di rilievo, destinati a soddisfare precise istanze pubblicistiche, tanto da essere gestiti da entità rappresentative primariamente di enti pubblici territoriali.

L'attività di quegli impianti, come emerso dalla deposizione di tutti i testi indotti dalle difese, formava oggetto di costanti controlli da parte degli organi a ciò deputati, senza che mai fossero state formulate censure in ordine non solo alla qualità degli scarichi e dei rifiuti prodotti ma anche in ordine alla tipologia di tali rifiuti in relazione ai formulari in possesso dei soggetti conferenti.

Ed in realtà è risultato che l'operatività di quegli impianti era ben conosciuta dalle autorità di controllo, che avevano fra l'altro concorso al collaudo (cfr. con riguardo alla C.D. le dichiarazioni del teste A.).

Va aggiunto, in relazione ai fanghi del Consorzio C.D., che, stando al piano di gestione dei rifiuti speciali non pericolosi della Regione Toscana e al piano di gestione dei rifiuti speciali della Provincia di Pisa, non sarebbe stata prospettabile per essi una classificazione in termini di pericolosità, da nessuno mai affermata, ma sarebbe dovuta presupporsi

una qualificazione sostanzialmente corrispondente a quella in concreto attribuita dal Consorzio.

Con riferimento ai casi in esame va ancora e decisivamente rilevato come la classificazione qui proposta, che riflette, peraltro solo in parte, le osservazioni del perito dott. S., costituisce il risultato di un ragionamento assai articolato e complesso, originato dalla valutazione sincronica di convergenti normative interne e comunitarie, il cui contenuto non può dirsi sempre nitido ed inequivoco.

In particolare deve prendersi atto del carattere tutt'altro che astruso di alcune pur infondate argomentazioni difensive, incentrate sull'applicazione dell'art. 36 del D.l.vo 152/1999 e, per altro verso, sulla configurazione unitaria del fango derivante dal processo di depurazione.

Inoltre non può dirsi che i codici attribuiti dalla B.S. e dalla C.D. ai propri fanghi fossero stati il risultato di un'escogitazione dell'ultimo momento, volta a propiziarne il conferimento alla T., essendosi invece data attuazione anche in questo caso ad una scelta gestionale di fondo, originata da un assunto tecnico.

Benché da un esercente professionale di un'attività di gestione debba pretendersi il massimo di linearità e trasparenza, nonché di puntuale precisione, non essendo tollerabili neppure minimi scostamenti in ossequio al principio di precauzione che informa di sé l'intera materia, deve tuttavia convenirsi che manca nel caso di specie la prova che la gestione dei fanghi da parte della B.S. e della C.D., nonché mediatamente da parte della B.M. di B.B., oltre tutto legata alla classificazione data dal produttore, fosse stata assistita dalla consapevolezza della sua abusività.

In altre parole non sembra possibile affermare che i legali rappresentanti delle due società avessero dato corso per il tramite dei propri funzionari al conferimento dei fanghi alla T. con la piena consapevolezza che ad essi dovesse attribuirsi un codice diverso, non ammissibile.

E neppure può affermarsi che tale consapevolezza dovesse essere desunta dalla presenza nei fanghi di cromo, a tal fine dovendosi richiamare il ragionamento espresso in precedenza, vieppiù avvalorato nel caso della C.D. dal riconoscimento ufficiale, quale concime, del pellicino integrato, riveniente anche dai fanghi di tale società.

Va per vero osservato che mentre la B.S. aveva sia prima che dopo la transcodifica utilizzato il codice 19 08 05, la C.D. aveva mutato la classificazione a partire dal 1°-1-2002, passando da 19 08 04 a 19 08 05.

Potrebbe in ciò intravedersi un cambio strategico, volto ad eludere il rischio di una possibile qualificazione del rifiuto in termini di pericolosità alla stregua del nuovo CER.

Inoltre, quanto alla B.S., non può disconoscersi la riconosciuta piena consapevolezza da parte degli operatori di tale struttura dell'esistenza di una fase di pretrattamento dedicata.

Ma, una volta richiamate tutte le precedenti considerazioni, può replicarsi che in realtà sarebbe semmai potuto da parte dei due soggetti plausibilmente (seppur erroneamente) qualificarsi il rifiuto con il codice 19 08 04 in ragione della presenza di acque industriali, senza che con il nuovo CER dovesse per forza derivarne una classificazione in termini di pericolosità.

D'altro canto presso la T. sarebbero potuti conferirsi anche rifiuti con codice 19 08 04 e dopo la transcodifica rifiuti aventi codice corrispondente (ad es. 19 08 12 e 19 08 14).

Si tratta dunque di profili idonei ad ingenerare sospetti ma non tali da rovesciare il formulato giudizio in ordine alla sostanziale assenza di consapevolezza di versare in una situazione di illiceità.

Con riguardo ai cennati conferimenti il ragionamento va a fortiori ripetuto per il M. e per il P., i quali avrebbero potuto ragionevolmente confidare sulla correttezza della classificazione del rifiuto in entrata, non potendosi d'altro canto attribuire ad una loro precisa e mirata volontà la produzione di compost e dunque di ammendanti non sempre in regola con i valori limite.

In tale quadro il B., il T., il B. nonché, per la parte corrispondente, anche i due amministratori della T. srl vanno assolti dal delitto perché il fatto non costituisce reato.

27 - Resta da esaminare la configurabilità del delitto in relazione ai conferimenti di scarti e ritagli dell'industria conciaria, effettuati da I.V. srl, da M. P.e da R. spa.

La relativa imputazione coinvolge V.M. per la I.V., M. P., quale titolare della relativa ditta, e S.R., quale legale rappresentante della R., oltre che ancora una volta il M. e il P.

Deve innanzi tutto ribadirsi che i rifiuti di I.V. erano astrattamente ammissibili e che invece quelli della R. e di M.P. non lo erano, almeno per la parte riconducibile al codice 04 01 08.

Ciò posto, deve osservarsi come I.V. e dunque per essa prima di tutti il V., che fra l'altro non teneva diretti contatti con il M. e il P., potesse ragionevolmente confidare sul corretto utilizzo di quei rifiuti presso la T.

La circostanza che i medesimi non potessero condurre alla produzione di cuoio torrefatto per mancanza di idonei impianti costituisce elemento che connota la responsabilità degli amministratori della T., ma non vale a qualificare il dolo del V.

Costui va dunque assolto dal delitto perché il fatto non costituisce reato.

Quanto alla M., è indubbio che ella fosse pienamente consapevole dell'illiceità del conferimento, in tal senso deponendo il fatto che in un caso era stato direttamente conferito rifiuto -non ammissibile- con codice 04 01 08 e in un altro si era proceduto a correzione dell'ultima cifra, pur

a fronte di un'identica descrizione del rifiuto, ricalcante pedissequamente la formula utilizzata per il codice 04 01 08, e dell'espressa menzione della presenza di cromo.

Quanto al S., amministratore di R., è innanzi tutto emerso dalle testimonianze raccolte che il predetto si occupava specificamente della qualificazione dei rifiuti e dunque aveva non solo un compito di rappresentanza ma anche un più pregnante ruolo operativo.

In tale quadro si rileva come la esplicitazione nei formulari e, all'arrivo presso T. srl, nei registri di carico della presenza di cromo valesse a rendere inequivoca l'erroneità della classificazione utilizzata, sullo sfondo della postulata differenziazione tra rasatura al vegetale e rasatura al cromo, altrimenti priva di significato.

Ed allora deve ritenersi che lo stratega della classificazione, cioè lo stesso S., avesse piena consapevolezza dell'erroneità del codice attribuito, in realtà funzionale alla movimentazione dei rifiuti verso la T., che avrebbe potuto ricevere solo rifiuti con codice 04 01 09.

Venendo al M. e al P., deve osservarsi come il primo, nella veste di legale rappresentante e presidente della società T. srl, avesse presentato le comunicazioni per lo svolgimento dell'attività di recupero in regime di procedure semplificate.

Egli del resto aveva piena dimestichezza con la materia, tanto da risultare responsabile anche di un'altra importante società, in qualche guisa coinvolta in questa vicenda, la S., che operava in simbiosi con B.S..

Il secondo, per parte sua, rivestiva il ruolo di vice-presidente, quale espressione della compagine cui faceva capo la struttura che era stata poi assorbita dalla T., per dare corso all'attività in esame.

Lo stesso P. rivestiva un ruolo operativo, dietro espressa delega, tanto da essere risultato presente e in grado di interloquire direttamente in occasione di tutti i sopralluoghi della polizia giudiziaria.

Ciò val quanto dire che i predetti erano in pari misura responsabili dell'operatività della società, essendo direttamente a conoscenza delle sue modalità e delle relative procedure.

Ed allora deve ritenersi che essi non solo sapessero di non poter ricevere in regime semplificato rifiuti diversi da quelli con codice 04 01 09, ma anche che fossero pienamente consapevoli della strumentale attribuzione in molti casi di quel codice a rifiuti conciari certamente e spesso dichiaratamente contenenti cromo.

Del resto a tale conclusione conducono le modalità di conferimento e di registrazione dei rifiuti provenienti da M.P. (la registrazione con codice 04 01 09 segue alla descrizione di rifiuti contenenti cromo, in tutto corrispondente a quella del codice 04 01 08) e lo stesso fatto che all'arrivo i rifiuti conciari, quand'anche contenenti cromo, venissero

accumulati senza distinzione alcuna (di qui il riscontro nei campioni esaminati della presenza di cromo).

Va aggiunto con riguardo al M. e al P. il tranciante argomento riveniente dalla mancanza di strumenti idonei alla torrefazione, tale da rendere palese e incontestabile ai loro occhi l'illiceità dei plurimi conferimenti in regime semplificato (del resto non può dirsi provato neppure che fosse adeguatamente eseguita almeno la semplice idrolisi con vagliatura ed essicamento, posto che i residui dell'industria conciaria vennero in gran parte rinvenuti su un piazzale non idoneamente pavimentato).

Né potrebbe invocarsi il fatto che non fossero stati fino ad allora mossi rilievi da autorità di controllo, che in realtà non consta avessero eseguito mirati e rassicuranti prelievi o sopralluoghi, o il fatto che la T. fosse solita delegare controlli analitici ad un laboratorio privato denominato A.

Va infatti ribadito che l'illegittima operatività della T. è correlata alla natura dei rifiuti in entrata ed al profilo estrinseco della mancanza di impianti idonei, profili che rendono inconferente il fatto dello svolgimento di analisi, fermo restando che quelle ufficiali, diversamente dalle altre, hanno sortito esito negativo per l'azienda.

Con riguardo dunque ai rifiuti conciari è dato rinvenire sul piano sia oggettivo che soggettivo un'indebita gestione, connotata da plurime operazioni nel quadro di un'attività stabile e organizzata.

28 - D'altro canto per tale via furono gestiti quantitativi davvero ingenti, ove si consideri che I.V. ebbe a conferire circa kg 156.000 nel 2001 e kg. 598.000 nel 2002, che M.P. ebbe a conferire in tutto circa kg. 100.000 e che R. ebbe a conferire circa kg 1.793.000 nel 2001 di cui una parte con cromo e circa kg. 471.000 nel 2002, di cui kg 277.000 con cromo.

L'intera gestione abusiva era funzionale al conseguimento di un ingiusto profitto, che nel caso di ciascun soggetto conferente era ravvisabile nella possibilità di movimentare come beni recuperabili rifiuti altrimenti destinati a smaltimento e nel caso della T. srl era ravvisabile nella possibilità di disporre di introiti rivenienti da una gestione altrimenti non consentita e comunque di materiale, che non sarebbe stato altrimenti conferibile, con conseguenti ricavi e risparmi di spesa a seconda degli angoli visuali.

Del resto una serie di operazioni quali quelle in esame, tanto più rischiose in ragione della mancanza di impianti di torrefazione, non si intraprendono senza che sullo sfondo possa intravedersi un lucroso guadagno.

Si è però obiettato che per i soggetti conferenti dovrebbe aversi riguardo sotto il profilo oggettivo e soggettivo al solo lembo costituito dalle operazioni che li riguardano.

In realtà dal punto di vista oggettivo si tratta di argomento radicalmente infondato.

Va infatti rilevato che nella specie ricorre un reato connotato da progressione: questa peraltro costituisce un *unicum*, che si nutre del contributo a mano a mano fornito dai singoli.

Del resto nel caso di specie ciascun conferitore ha dato vita a plurime operazioni, di talché ha senza dubbio concorso nell'abusiva gestione di T. srl, contribuendo per tale via alla movimentazione di quantitativi ingenti.

Semmai il problema potrebbe porsi in relazione all'elemento psicologico, cioè alla consapevolezza o meno di arrecare un contributo alla movimentazione di rifiuti eccedenti la soglia di ideale riferimento.

Ma in realtà è sufficiente in questo caso osservare che lo sviluppo ripetuto di quel tipo di operatività, coinvolgente tutti i conferitori, costituisce prova lampante della compartecipazione consapevole dei medesimi alla gestione fino alle sue estreme conseguenze, implicanti progressivamente il raggiungimento di quantitativi ingenti ovvero l'inserimento in una gestione protratta, che abbia già acquisito tale risultato.

Ed anche a voler ricondurre la valutazione al contributo di ciascuno è agevole osservare come nel caso di R. e di M.P. fossero stati specificamente gestiti quantitativi elevati, tali da potersi qualificare senza alcun dubbio come ingenti, tanto più in relazione alle esigenze di protezione dell'ambiente da attività incontrollate e indebite, rispetto alle quali anche le sole 100 tonnellate di M.P. s'appalesano all'evidenza come un'entità intollerabile.

Ed allora deve conclusivamente riconoscersi, quanto al delitto, la penale responsabilità di entrambi gli amministratori di T. srl, M.R. e P.R., in ordine alla gestione derivata dal conferimento di rifiuti al cromo da parte di Idea Verde srl, di M.P. e di R., nonché la penale responsabilità di M.P. e di S.R. in relazione ai medesimi conferimenti (*Omissis*).

(1-4) Il Tribunale perugino, in tema di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, fugando incidentalmente ogni dubbio di indeterminatezza della fattispecie, enuncia plurimi principi di diritto fedelmente allineati alle sempre più frequenti sentenze di legittimità che si registrano sull'unico delitto ambientale previsto dalla legislazione di settore.

La decisione in epigrafe si sofferma praticamente su tutti i requisiti di fattispecie, che sono letti alla luce delle reiterate indicazioni della Suprema corte: dalla natura monosoggettiva del reato (che rende possibile, ma non necessario, il concorso di persone), alla condotta gestoria (ampiamente intesa) connotata dall'estremo dell'abusività; dalla pluralità di operazioni (da cui il decidente fa derivare l'incompatibilità con l'istituto della continuazione), all'oggetto materiale del reato costituito da «ingenti quantitativi»

di rifiuti (rapportati al complesso dell'attività abusiva); per finire con il richiesto dolo specifico, espresso dal fine di «ingiusto profitto», ed alla sua declinazione concreta.

L'incriminazione – che punisce con la reclusione da uno a sei anni «chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti» – era contenuta nell'art. 53 *bis* (introdotto dall'art. 22 della l. n. 93/2001) dell'abrogato d.lgs. n. 22/1997. Oggi, dopo il varo del testo unico ambientale, è stata fedelmente riprodotta nell'art. 260 del d.lgs. n. 152/2006 (sulla perfetta continuità normativa tra le due fattispecie v. Cass., sez. III, 29 novembre 2006, Montigiani, in *Guida al dir.*, 2007, n. 20, 81, con nota di Natalini, *Sul traffico illecito di rifiuti, restano le criticità di sempre*). Tale, pedissequa, corrispondenza permette, da un lato, di considerare tuttora valide le critiche mosse dai primi commentatori in punto di imprecisione e di indeterminatezza della fattispecie (v. ad esempio Beltrame, *Traffico illecito di rifiuti, tra dubbi e perplessità… alla ricerca di parametri normativi*, in *Ambiente*, 2004, 229; Prati, *Il nuovo reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: una norma problematica*, in *Ambiente*, 2001, 627; Vergine, *A proposito dell'art. 53* bis *del d.lgs. 22 / 1997*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 1025, che compie una dettagliata analisi degli errori contenuti nella norma); dall'altro, perpetua l'attualità delle prime pronunce giurisprudenziali intervenute sul previgente art. 53 *bis* del Decreto Ronchi, divenuto ormai "diritto vivente".

Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, va menzionata la "frettolosa" archiviazione da parte della Consulta (ord. 6 luglio 2006, n. 271, in *www.cortecostituzionale.it*) della pur interessante questione di legittimità che era stata sollevata da un attento remittente (G.I.P. Trib. Bari, ord. 24 giugno 2004, in *www.dirittoegiustizia.it,* quotidiano *on line* dell'8 dicembre 2005) in ordine alla denunciata inesistenza di un *minimum* riconoscibile di condotta tipica (espressa dal vago ed indeterminato concetto di «ingenti quantitativi») e, sul fronte dell'elemento psicologico, relativamente all'impossibilità di valutare il dolo specifico (il richiesto fine di ingiusto profitto) rispetto al dolo generico già espresso dall'avverbio «abusivamente» (nel senso che «quello che avrebbe dovuto essere l'elemento specializzante da provare – dolo specifico – viene, a causa della censurata previsione legislativa, inevitabilmente a confondersi con la condotta, determinando un'inaccettabile *dolus in re ipsa* e, comunque, un'inevitabile confusione e coincidenza, ed impossibilità di discernimento, tra il dolo specifico e quello generico»).

Sollecitato da ultimo a pronunciarsi sul criticatissimo requisito di fattispecie dell'«ingente quantità» di rifiuti – oggetto materiale del reato – lo stesso giudice di legittimità, a sua volta, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 *bis* d.lgs. n. 22/1997 per ritenuta violazione dell'art. 25 Cost. sul presupposto dell'asserita indeterminatezza del concetto, statuendo come, al contrario, sia

«senz'altro possibile definire l'ambito applicativo della disposizione tenuto conto che tale nozione, in un contesto che consideri anche le finalità della norma, va riferita al quantitativo di materiale complessivamente gestito attraverso una pluralità di operazioni, anche se queste ultime, considerate singolarmente, potrebbero essere di entità modesta» (così Cass., sez. III, 20 novembre 2007, n. 358, Putrone ed altro, in *CED Cass.*, rv. 238558). Per la Corte di legittimità la parola «ingente» ha un chiaro significato semantico nel linguaggio comune (così Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Carretta, in *Dir. giust.*, 2005, n. 47, 54, con nota di Natalini, *Rifiuti, quanto il traffico è «organizzato». I giudici indicano i confini dell'illecito*, nonché in *Riv. pen.*, 2006, 181, con nota di L. Ramacci, *Delitto di «attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti»: nuovi chiarimenti dalla Corte di Cassazione*; cfr. altresì, in motivazione, Cass., sez. III, 18 marzo 2004, Ostuni, in *Dir. giust.*, 2004, n. 35, 31, con nota di Natalini, *Rifiuti, la gestione e il traffico illecito*, ove si precisa che non bisogna confrontare i rifiuti abusivamente gestiti con quelli oggetto parallelamente di corretta gestione), trattandosi di «locuzione di contenuti solo di merito», e valutabile nella sua «chiara» [*sic*!] formulazione «come un cospicuo accumulo di rifiuti, indipendentemente dall'effettiva e concreta implicazione dei singoli carichi inquinanti» (così, in motivazione, Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Saretto, cit.).

Allineandosi a questo reiterato indirizzo giurisprudenziale, il Tribunale umbro, da par suo, fuga ogni dubbio di indeterminatezza *in parte qua* della fattispecie e mostra di condividere – nel quadro dell'interpretazione sopra enunciata – proprio questa nitida «linea guida costituita dall'esigenza che il traffico coinvolga quantitativi complessivamente elevati in senso assoluto, a prescindere dal confronto con gestioni corrette»; da ciò il decidente conclude che «il giudizio insito nella formulazione della fattispecie è comunque sorretto da parametri di ragionevolezza […], che sono vieppiù orientati dal complesso degli altri elementi costitutivi, giacché non può prescindersi, nel formulare quel giudizio, dal fatto che esso deve essere propiziato dal riscontro di un assetto organizzativo stabile e di plurime operazioni, le quali debbono essere in qualche guisa remunerate»; e riproduce, altresì, la doverosa quanto opportuna puntualizzazione – anch'essa più volte espressa dalla Suprema corte – secondo cui l'ingente quantità non può desumersi dal solo dato dell'esistenza di un'organizzazione più o meno complessa e continuativa dell'attività di gestione di rifiuti, ma deve essere puntualmente provata in giudizio senza far ricorso a presunzioni, accertandola e valutandola con riferimento al dato oggettivo della mole dei rifiuti non autorizzati abusivamente gestiti (così, in motivazione, Cass., sez. III, 18 marzo 2004, Ostuni, cit. e Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Carretta, cit.; in massima, v. Cass., sez. III, 15 novembre 2005, Costa, in *CED Cass.*, rv. 234009), potendosi trarre elementi di comparazione anche dalle previsioni di reati contravvenzionali in tema di rifiuti e, soprattutto, considerando la specificità ed autonomia delle singole figure (così Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 842; in *Urb. app.*, 2006, 615; in *Dir. giur. agr. amb.*,

2007, 124, con nota di COVIELLO, *Sull'attività di compostaggio di rifiuti*). Da tale rilevante precisazione deriva che il rapporto tra i rifiuti lecitamente smaltiti e quelli trattati illecitamente in discarica può essere tutt'al più un elemento indiziario valido (non già ai fini dell'esegesi della nozione di ingente quantità ma) per stabilire se, ad esempio, l'autorizzazione alla discarica sia un doloso paravento predeterminato per un'attività ontologicamente "diversa" da quella autorizzata per la prevalenza dei vietati rifiuti pericolosi su quelli non pericolosi regolarmente smaltiti (su questo aspetto v. Trib. Bari, sez. riesame, ord. 28 luglio 2003, B., in *Ambiente*, 2004, 572, confermata da Cass., sez. III, 18 marzo 2004, Ostuni, cit., che ha rigettato il ricorso del P.M. reputando, nella specie, non sufficientemente riscontrata l'incidenza dell'attività di discarica sull'inquinamento complessivo del sito sotto il profilo della lesione della pubblica incolumità). La tesi – ormai pacifica e consolidata – della "parametrazione" del dato quantitativo all'insieme complessivo dei rifiuti movimentati, è condivisa in dottrina, sia perché, per i termini utilizzati dal legislatore, risulta evidente che la condotta penalmente rilevante è rappresentata dall'abusiva gestione di ingenti quantitativi di rifiuti mediante «più operazioni», e non dall'abusiva realizzazione di più operazioni, ognuna relativa ad ingenti quantitativi di rifiuti (VERGINE, osservazioni a Cass., 16 dicembre 2005, Samarati, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 843); sia perché – diversamente opinando (cioè relativizzando il concetto in parola) – si offrirebbe all'agente la possibilità di moltiplicare le operazioni dividendo le quantità, disinnescando così la riconosciuta efficacia della previsione (BERNASCONI GUERRA, *sub art. 53* bis, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di Giunta, Padova, 2005, 1225; MOLINO, *Il nuovo reato di organizzazione di traffico illecito di rifiuti: luci ed ombre nella lotta all'ecomafia*, in *Riv. pol.*, 2001, 345).

Sul fronte dei soggetti attivi del reato, quanto alla presunta necessità di una pluralità di agenti per la sua integrazione, la prima massima in epigrafe sposa l'unanime enunciato dottrinario-giurisprudenziale sulla natura monosoggettiva, ribadendo che, nonostante le affinità con talune fattispecie associative, esso non costituisce reato a concorso necessario non richiedendo, strutturalmente, la necessaria cooperazione di più soggetti legati da un comune *pactum sceleris* (così BERNASCONI GUERRA, *op. cit.*, 1217; NOVARESE, *La nuova disciplina emergenziale dei rifiuti*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 443; nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, in *CED Cass.*, rv. 233292). Semmai, quella della plurisoggettività, è solo un'evenienza possibile ed anzi frequente nella pratica, ove si registra assai spesso il concorso di più persone, fermo restando il principio che la fattispecie ben può ruotare intorno ad un solo soggetto organizzato imprenditorialmente (constata, sul punto, la prossimità alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., G.I.P. Trib. Milano, ord. 23 marzo 2006, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 127, con nota di BELTRAME, *Traffico illecito di rifiuti ed individuazione dei parametri che presiedono alla determinazione del giudice competente per territorio*). Ove ricorrano le condizioni,

il concorso eventuale di persone nel reato si può manifestare in espressi accordi o anche solo in tacite intese, aventi ad oggetto la realizzazione di plurime operazioni abusive, fino alla movimentazione di ingenti quantitativi: la gestione in questi casi coinvolge tutti i compartecipi, i quali dovranno essere parimenti consapevoli di contribuire per un fine di ingiusto profitto alla movimentazione di ingenti quantità (sull'aspetto della compartecipazione criminosa applicata al traffico illecito di rifiuti v. Cass., sez. III, 13 aprile 2005, Abbaticchio, in *www.ambientediritto.it*, secondo cui «ai fini della realizzazione della compartecipazione criminosa, non è richiesto il previo concerto fra tutti i partecipanti, ma è indispensabile, invece, un individuale apporto materiale verso l'evento perseguito da tutti, con la consapevolezza della partecipazione altrui»: fattispecie in cui la Suprema Corte ha ritenuto sussistente l'elemento obiettivo del concorso nella condotta di redazione di certificati falsi, costituendo questa «un apporto causale penalmente rilevante ai fini della consumazione del reato *ex* art. 53 *bis* d.lgs. n. 22/1997, come addebitato agli altri concorrenti nell'illecito *de quo*).

In punto di condotta tipica, il principio enucleato nella seconda massima in rassegna si allinea al pacifico indirizzo che riferisce le varie condotte gestorie (cumulativamente o alternativamente) sanzionate dal delitto in esame a qualsiasi attività comunque correlata alla movimentazione del rifiuto effettuata in violazione della disciplina in materia, sicché esse non possono intendersi ristrette dalla definizione di «gestione» già delineata dall'art. 6, comma 1, lett. *d)*, d.lgs. n. 22/1997 ed oggi dall'art. 183, lett. *d)*, d.lgs. n. 152/2006 (così Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Carretta, cit.; nel senso che l'abuso di gestione non è solo quello che si traduce in una violazione di legge o di specifiche prescrizioni regolamentari, ma anche quello «correlato alla *socialità* e alla *solidarietà* dei comportamenti umani», sotto l'inedito profilo che «l'esercizio individuale dei diritti riposa su un'investitura della comunità, trovando in questa giustificazioni e limiti», v. in motivazione Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Saretto, in *CED Cass.*, rv. 232639). L'attività di illecita gestione può quindi riguardare una o più delle diverse fasi in cui si concreta ordinariamente la gestione dei rifiuti: la fase dinamica (cessione, ricezione, trasporto, esportazione ed importazione), sia interna che internazionale (sul punto v. Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, cit., che arguisce la non tassatività delle condotte dall'impiego dell'avverbio "comunque").

Con particolare riferimento, poi, al requisito di illiceità speciale, secondo la giurisprudenza di legittimità l'avverbio «*abusivamente*» sta a significare che l'attività di gestione deve essere *abusiva* (mancanza di autorizzazioni, iscrizioni, o comunicazioni previste dalla normativa, o anche autorizzazioni scadute o palesemente illegittime) con riferimento ad attività del tutto clandestine od anche apparentemente legittime (così Cass., sez. III, 11 luglio 2006, Strizzolo ed altro, in *www.lexambiente.it*: fattispecie relativa ad un'attività di gestione di ampio respiro caratterizzata dalla totale inosservanza della normativa di settore, in difetto delle prescritte autorizzazioni,

concretizzatasi per lo più in una fittizia attività di recupero svolta senza l'effettivo "trattamento" di rifiuti; cfr. altresì Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, cit., e Cass., sez. III, 10 marzo 2004, Ostuni, cit., secondo cui il termine «abusivamente», lungi dall'avere valore "residuale" e, quindi, alternativo rispetto alla previgente disposizione dell'art. 51 d.lgs. n. 22/1997, «ne costituisce un esplicito richiamo in quanto si riferisce alla mancanza di autorizzazione, che determina l'illiceità della gestione organizzata e costituisce l'essenza del traffico illecito di rifiuti»). Conformandosi a tali chiari principi interpretativi, il giudice di prime cure ribadisce come l'estremo dell'abusività postuli un'attività gestoria non legittimata da un valido titolo autorizzatorio, perché radicalmente assente ovvero *contra legem* o perché non riferibile ai rifiuti che ne formano specificamente oggetto o, ancora, perché l'attività svolta, per le modalità concrete con cui si esplica, risulta in qualsiasi guisa difforme da quanto autorizzato (così da ultimo Cass., sez. III, 20 novembre 2007, Putrone ed altro, in *CED Cass.*, rv. 238559), sì da non essere più giuridicamente riconducibile al titolo abilitativo rilasciato dalla competente autorità amministrativa (in termini Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Fradella ed altri, *Riv. pen.*, 2006, 440, con breve nota di Medugno, *Traffico illecito di rifiuti: ingiusto profitto e ingenti quantitativi*). Così facendo, il giudicante smentisce dunque quella diversa opzione ermeneutica – spesso adombrata in sede difensiva – secondo la quale, perché possa dirsi integrata l'«abusiva» gestione dei materiali, la stessa dovrebbe espletarsi al di fuori di qualsiasi atto di assenso mentre, per converso, un'attività svolta in violazione delle sole prescrizioni amministrative dell'autorizzazione dovrebbe classificarsi semplicemente come «illegittima» ed eventualmente risultare oggetto di tutela in sede contravvenzionale. E l'odierna smentita giurisprudenziale coglie nel segno, poiché non si ravvisano le fonti normative di una simile distinzione terminologica, del resto non direttamente ricavabili dal solo dato letterale; ché anzi, il termine «abuso» è spesso utilizzato in relazione a situazioni in cui un soggetto, pur legittimato a determinate azioni, sfrutta tale posizione per conseguire vantaggi indebiti o scopi illeciti che non possono ritenersi compresi nel potere pur riconosciuto all'agente (si pensi al sintagma «abuso del diritto»), di tal chè deve certamente ritenersi compresa nell'avverbio in parola l'attività del gestore di rifiuti che, per l'appunto, "abusi" delle autorizzazioni concessegli (secondo Trib. Milano, sez. riesame, ord. 9 gennaio 2003, D., citata da Beltrame, *ult. op. cit.*, 133 e nt. 8, l'avverbio «abusivamente» è stato utilizzato per indicare un'attività di gestione dei rifiuti contraria alle regole amministrative in materia, con conseguente integrazione del delitto di cui trattasi quando ricorrano gli ulteriori presupposti della norma incriminatrice, costituite dalla continuatività dell'attività compiuta a fine di profitto).

Passando alla duplicità dei criteri organizzativi ai quali la gestione abusiva e le altre condotte tipiche (cessione, ricezione, trasporto ed esportazione) debbono necessariamente informarsi, le richieste «più operazioni» (non essendo sufficiente, dunque, un singolo, occasionale episodio antigiuridico)

unitamente all'«allestimento di mezzi ed attività continuative e organizzate», sono requisiti che – secondo la Suprema Corte – devono configurarsi *cumulativamente* (v. Cass., sezione III, 17 gennaio 2002, Paggi, *inedita*, citata da Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Carretta, cit.). Il che non significa, tuttavia, che deve trattarsi di un'attività economica totalmente illecita: a fronte di una struttura organizzativa di tipo imprenditoriale, sia pure rudimentale purché idonea ed adeguata a realizzare l'obiettivo criminoso preso di mira, tale struttura non deve essere destinata in via esclusiva alla commissione di attività illecite, ben potendo ipotizzarsi, al proprio interno, il parallelo svolgimento di attività produttive perfettamente legali (cfr. Cass., sez. III, 15 novembre 2005, Costa, cit.).

Quanto all'aspetto – particolarmente sentito in dottrina – della natura giuridica del reato *de quo* (se abituale, permanente od istantaneo) – la terza massima in rassegna enuclea l'inedito principio di diritto secondo cui le operazioni in continuità temporale richieste strutturalmente ai fini della configurabilità del delitto *de quo* rendono inapplicabile, per incompatibilità, l'istituto della continuazione, essendo l'elemento della pluralità di condotte omogenee già richiesto in termini di tipicità oggettiva: di qui la ricavata natura di *reato progressivo nell'evento*, «nel senso che la consumazione del reato si colloca ad uno stadio che oltrepassa il perfezionamento di una singola attività ed il protrarsi delle attività vale ad aggravare ed approfondire l'offesa insita in quello stesso reato che è stato ormai consumato». Trattasi di un *quid novi* destinato a far riflettere, essendosi finora la giurisprudenza limitata a connotare l'attività di gestione dal requisito della continuità in senso temporale, nel senso che il traffico illecito sarebbe tale solo se caratterizzato da più operazioni e se presenta un elemento temporale adeguato (così Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, cit.; in dottrina v. Prati, *op. cit.*, 626, secondo cui la pluralità di operazioni starebbe ad indicare la necessità non già della protrazione o reiterazione nel tempo della condotta vietata, essendo tale necessità già espressa dal requisito della "continuità" dell'attività organizzata, bensì dalla necessità che vi sia una pluralità di condotte vietate autonomamente individuabili all'interno di un determinato arco temporale).

Sotto il profilo soggettivo, ferme restando le critiche sulla superfluità del requisito dell'ingiustizia di un profitto derivante da operazioni che la norma pretende già abusive (cfr. Vergine, *A proposito dell'art. 53* bis *d.lgs. n. 22/1997*, cit., 1029; L. Ramacci, *op. cit.*, 185), l'incriminazione esige, a fini selettivi della fattispecie, che la gestione sia diretta a conseguire un fine ulteriore il cui effettivo conseguimento, ovviamente, non occorre per il perfezionamento del reato (nel senso che il reato è da ritenersi consumato indipendentemente dal conseguimento dell'ingiusto profitto, v. da ultimo, Cass., sez. III, 11 marzo 2008, Generoso ed altri, in *www.cortedicassazione.it)*. Il principio di cui all'ultima parte della seconda massima in epigrafe è corretto ed espressione del consolidato orientamento di legittimità, che allarga la portata del concetto di profitto ingiusto ad ogni un'utilità contra-

ria all'ordinamento, potendo consistere non solo in maggiori entrate, ma anche in un risparmio di spesa e di costi o nel perseguimento di vantaggi di altra natura ovvero nel fatto stesso di poter effettuare conferimenti che, altrimenti, sarebbero impossibili o richiederebbero costi maggiori ovvero, ancora, nel fatto di poter disporre di materiali non altrimenti conseguibili (cfr. Cass., sez. III, 10 novembre 2005, Carretta, cit.; Cass., sez. III, 10 novembre 2005, Fradella ed altri, cit.; Cass., sez. III, 15 novembre 2005, Costa, cit.; Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, cit.; v. altresì Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Saretto, cit., secondo cui «costituisce un ingiusto profitto non solo quello esplicitamente *contra legem*, ma anche quello collegato a mediazioni o traffici illeciti, o ad operazioni volte a fraudolente manipolazioni dei codici tipologici). In caso di concorso eventuale di persone del reato – precisa giustamente la sentenza in esame – il profitto potrà riguardare tutti i compartecipi ovvero anche solo uno o più di essi, purché gli altri siano comunque consapevoli di questa prospettiva.

Quanto alla presunta necessità di un danno ambientale per l'integrazione del reato *de quo*, nella sentenza in esame – opportunamente – non se ne fa cenno. Per quanto qui rileva, vale solo la pena di sottolineare che trattasi di reato di pericolo e non di danno (in tal senso, in motivazione, da ultimo Cass., sez. III, 20 novembre 2007, Putrone ed altro, che richiama sul punto Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, cit.), sicché sarebbe una forzatura interpretativa, in nulla correlabile alla lettera della legge, l'idea che la fattispecie in esame si attagli soltanto alle condotte nella quali sia effettivamente ravvisabile la *concreta* messa in pericolo della sicurezza ed integrità fisica di un numero indeterminato di persone (Cass., sez. III, 6 ottobre 2005, Saretto, cit.). Invero, l'offensività della condotta incriminata non riguarda necessariamente la messa in pericolo dell'incolumità pubblica (parla di sostanziale, implicito riferimento alla lesione o messa in pericolo della pubblica incolumità che, in ragione della sua entità e dell'aggressione ambientale connessavi, l'organizzata attività di gestione abusiva deve determinare per integrare il delitto, Cass., sez. III, 9 giugno 2004, Giordano, pubblicata per estratto in *www.ambientediritto.it*): certamente attiene – sia pure non ontologicamente ed in modo indiretto – al bene giuridico dell'ambiente (come chiarisce Cass., sez. III, 16 dicembre 2005, Samarati, cit., «la minaccia grave di un danno ambientale o lo stesso danno ambientale non sono presenti in modo oggettivo ed assoluto, ma eventualmente possono accedere all'attività del colpevole, sicché non costituiscono condizioni di punibilità, dovendo essere, come conseguenze eventuali del reato, accertati caso per caso: il fatto che il legislatore preveda la riduzione *in pristino* e l'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente nell'art. 53 *bis*, comma 4, d.lgs. n. 22/1997 non trasforma in reato di danno o pericolo concreto e non riduce le sanzioni amministrative in un obbligo automatico per il giudice»).

In tema di concorso di reati, oltre al già ravvisato rapporto di specialità reciproca tra il delitto in esame e la contravvenzione di cui al previgente art. 51 d.lgs. n. 22/97 (donde l'applicabilità dell'art. 81 c.p.: così Cass., sez. III, 10

marzo 2004, Ostuni, cit.), si segnala da ultimo un recentissimo intervento del giudice di legittimità che, in una fattispecie in cui erano stati contestati agli imputati i reati di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e quello di truffa, ha affermato la concorrenza tra loro sia per la diversità delle condotte contemplate dalle distinte fattispecie, sia per la diversità dei beni protetti, in particolare precisando che il primo ha ad oggetto la tutela dell'ambiente ed è configurabile a prescindere dalla messa in opera di artifici e raggiri al fine di percepire un ingiusto profitto con altrui danno (Cass., sez. III, 11 marzo 2008, Generoso ed altri, cit.).

ALDO NATALINI

TRIBUNALE MONOCRATICO DI PERUGIA – 27 giugno 2008 – *Pres. Est.* B. Cristiani.

**Maltrattamento di animali – Somministrazione di sostanze dopanti e vietate dalla legge – Nuova incriminazione – Insussistenza del reato – Esclusione** (c.p., artt., 2, co. 1 e 544 ter, co. 2).

*Costituisce un'ipotesi di nuova incriminazione (art. 2, comma 1, c.p.) la fattispecie descritta dall'art 544* ter*, comma 2, c.p., tale per cui quando il fatto risulta commesso prima della legge 20 luglio 2004, n. 189, quella condotta non deve ritenersi reato; mancando nella nuova disposizione la componente della crudeltà e della sofferenza indotta nell'animale caratterizzante, invece, le tradizionali ipotesi di maltrattamento di animali.*

(*Omissis*). Quanto alla data del commesso reato, si evince dalla documentazione prodotta dalla difesa che la positività dell'animale alla sostanza "*Metilprendnisolone*" è stata divulgata alla stampa dal segretario generale della FISE con comunicato in data 22.11.2004. La gara alla quale il cavallo ha partecipato ha avuto luogo in data 24.4.2004. In quello stesso giorno l'animale è stato sottoposto a prelievo sierologico.

La data riportata sul capo di imputazione corrisponde invece alla notizia di reato, o comunque al deposito degli accertamenti compiuti dal NAS CC di Perugia.

Dato atto che l'epoca di commissione dell'eventuale reato, coincidente con la data di somministrazione al cavallo delle sostanze dopanti contenenti il principio attivo del "Metilprendnisolone", si colloca in corrispondenza quanto meno del 24.4.2004, occorre a questo punto verificare quale fosse lo stato della normativa alla data suddetta.

Innanzitutto è da osservare che la disposizione dell'art. 544 *ter* c.p. è stata introdotta nell'ordinamento dalla legge 20 luglio 2004 (ovviamente successiva al fatto) la quale ha inserito all'interno del codice penale il titolo IX *bis,* relativo ai "*delitti contro il sentimento degli animali*".

Quanto alla disposizione dell'art. 544 *ter* c.p., la stessa si articola in due commi.

Il comma 1 ripropone sostanzialmente le condotte già punite dall'art. 727 c.p. nel testo precedente alla novella della legge 189/2004 (che attualmente ha ristretto il campo della incriminazione ex art. 727 c.p. alla sola fattispecie di abbandono di animali").

Il comma 2 attribuisce invece rilevanza penale a condotte che in precedenza sfuggivano alla incriminazione (in quanto non corrispondenti alle attività materiali che davano luogo alla "vecchia" contravvenzione del "maltrattamento di animali") posto che attualmente la norma punisce «*chiunque somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate ovvero lo sottopone a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi*».

Le condotte di cui al comma 2 (alle quali la odierna imputazione obiettivamente si ispira) costituiscono pertanto un *quid novi* rispetto al vecchio reato di maltrattamenti di animali (che puniva le attività materiali consistenti nell'incrudelire verso animali senza necessità; sottoporre a strazio o sevizie o a comportamenti e fatiche insopportabili per le loro caratteristiche, etc.) a fronte del quale la ragione della incriminazione era stata indicata dalla Suprema Corte "nella ripugnanza che gli atti di crudeltà – intesi come incredulimento o torture verso gli animali destano nella comunità dei consociati" (cfr., Cass. n. 11301 del 25 .11.1982).

Al contrario, la condotta prevista dalla disposizione del comma 2 prescinde completamente da condotte di maltrattamento in senso stretto, come tali da sempre fornite di rilevanza, al punto che il legislatore ha dovuto configurare una autonoma fattispecie proprio al fine di attribuire natura di reato ad attività materiali (la somministrazione di sostanze stupefacenti e dunque anche "dopanti" oppure vietate, oppure di trattamenti tali da procurare un danno alla salute degli animali) le quali, essendo prive di una connotazione di crudeltà in quanto avulse dalla componente di sofferenza indotta negli animali – quest'ultimo

elemento unificante le condotte previste dall'attuale comma 1 dell'art. 544 c.p. sarebbero sfuggite alla possibilità di incriminazione all'interno del tradizionale reato di maltrattamento di animali.

La giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in termini di continuità normativa tra il vecchio art. 727 c.p. e l'attuale art. 544 ter c.p. (Cass., sez. III, 21 dicembre 2005, n. 46784), tuttavia prendendo in considerazione le sole condotte riconducibili al comma 1 (era il caso di sofferenze non compatibili con la natura etologica di un volatile), laddove il caso di specie, a prescindere dal fatto che vi è stata esplicita contestazione del comma 2, fa proprio riferimento al caso della somministrazione di sostanze vietate o stupefacenti, condotta come è detto alla quale si è attribuito rilevanza penale solo a partire dalla legge 20 luglio 2004, n. 189 (*Omissis*).

## (1) *Doping* e maltrattamento di animali: è reato solo dopo il 2004?

**1.** Con la pronuncia in epigrafe, il Tribunale di Perugia propone, in tema di *doping* e maltrattamento di animali, una conclusione interpretativa agli antipodi rispetto ai *trend* giurisprudenziali maturati finora *in subjecta materia*, guadagnando così un posto di primo piano tra i provvedimenti da segnalare al lettore.

Questo il caso.

Durante il "*Campionato italiano di Endurance 2004*", il responsabile di uno dei cavalli partecipanti alla competizione ippica somministrava all'animale, al solo fine di incrementare le sue prestazioni agonistiche sostanze dopanti, e vietate, contenenti il principio attivo *Metal-Prednisolone,* rientrante nella categoria degli antinfiammatori corticosteroidi sistematici. Tratto a giudizio per la fattispecie, oggi contemplata, all'art. 544 *ter,* comma 2, c.p., l'imputato veniva assolto dal giudice di merito sul presupposto che il fatto risultava commesso prima della riforma con la quale si inseriva all'interno del codice penale l'intero titolo IX *bis*, intitolato «*dei delitti contro il sentimento per gli animali*». Secondo l'interpretazione della nuova legge proposta nella sentenza, «le condotte di cui al comma 2 dell'art. 544 *ter* c.p. (alle quali la odierna imputazione obiettivamente si ispira) costituiscono un *quid novi* rispetto al vecchio reato di maltrattamenti di animali (che puniva le attività materiali consistenti nell'incrudelire verso animali senza necessità: sottoporre a strazio o sevizie o a comportamenti e fatiche insopportabili per le loro caratteristiche, etc.) a fronte del quale la ragione della incriminazione era stata indicata dalla Suprema Corte "*nella ripugnanza che gli atti di crudeltà – intesi come incrudelimento o torture verso gli animali destano nella comunità dei consociati*"».

Al contrario, la condotta prevista dalla disposizione del comma 2 pre-

scinde completamente – si dice – da condotte di maltrattamento in senso stretto, come tali da sempre fornite di rilevanza, al punto che il legislatore ha dovuto configurare una autonoma fattispecie proprio al fine di attribuire natura di reato ad attività materiali (la somministrazione di sostanze stupefacenti e dunque anche "dopanti" oppure vietate, oppure di trattamenti tali da procurare un danno alla salute degli animali) le quali, essendo prive di una connotazione di crudeltà in quanto avulse dalla componente di sofferenza indotta negli animali – quest'ultimo elemento unificante le condotte previste dall'attuale comma 1 dell'art. 544 *ter* c.p. – sarebbero altrimenti sfuggite alla possibilità di incriminazione all'interno del tradizionale reato di maltrattamento di animali.

Il giudice perugino osserva, infine, che la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in termini di continuità normativa tra il vecchio art. 727 c.p. e l'attuale art. 544 *ter* c.p. (Cass., sez. III, 21 dicembre 2005, n. 46784), tuttavia prendendo in considerazione le sole condotte riconducibili al comma 1 (era il caso di sofferenze non compatibili con la natura etologica di un volatile), laddove il caso di specie, a prescindere dal fatto che vi è stata esplicita contestazione del comma 2, fa proprio riferimento al caso della somministrazione di sostanze vietate o stupefacenti, condotta come è detto alla quale si è attribuita rilevanza penale solo a partire dalla legge 20 luglio 2004, n. 189.

**2.** In sintesi, questo il ragionamento del giudice del merito: il comma 2 dell'art. 544 *ter* c.p., che prevede l'ipotesi specifica contestata all'imputato, è una disposizione introdotta dopo la commissione del fatto da parte dell'agente, e perciò è *lex posterior*.

L'unica ipotesi di maltrattamento di animale preesistente – all'art. 544 *ter,* comma 2, c.p. – è la disposizione di cui all'art 727 c.p. Tale fattispecie è unita, per dettato giurisprudenziale anche pacifico, da continuità normativa rispetto all'art. 544 *ter*, comma 1. Rimane, perciò, da stabilire se l'ipotesi di somministrazione di sostanze dopanti ad un animale per migliorare i suoi risultati agonistici si possa, o no, ritenere ipotesi speciale ricompresa nella disposizione generale del comma 1 dell'art. 544 *ter*, e ancora prima nel disposto dell'art. 727 c.p. vecchia formulazione.

Sul punto il Tribunale umbro, non ha dubbi: prima della legge n. 189 del 2004, somministrare sostanze dopanti, droganti e/o vietate dalla legge a un qualsiasi animale non costituiva reato e chi lo ha fatto in passato deve andare, oggi, esente da pena, *ex* art. 2, comma 1, c.p.

**3.** Non condivisibile la soluzione offerta dalla pronuncia in commento.

È vero, infatti, che la specifica ipotesi di impiego su animali di sostanze stupefacenti e vietate – *rectius* "dopanti" – ha trovato ingresso nell'ordinamento giuridico con l'art. 544 *ter,* comma 2, c.p., e che prima del 2004 - anno della novella normativa - non vi era alcuna fattispecie speciale che stigmatizzasse una simile condotta. Tuttavia è necessario chiedersi se prima del 2004 l'impiego di sostanze dopanti su animali, volte a migliorarne le condizioni fisiche, fosse considerato un comportamento completamente

estraneo all'area del penalmente rilevante, tracciata dall'art. 727 c.p., vecchia formulazione[1].

Al tempo della commissione del fatto, la condotta di somministrazione di sostanze dopanti ad animali – oggi sussunta sotto l'art. 544 *ter,* comma 2, c.p. – non era cristallizzata in alcuna fattispecie normativa, di tal che era lecito chiedersi se nelle ipotesi criminose, esistenti prima della riforma; nella specie, nel vecchio testo che contemplava il reato di "maltrattamento di animali" potesse, o no, considerarsi ricompresa anche l'ipotesi di impiego e somministrazioni di sostanze stupefacenti su animali che comportasse alterazione della salute fisica di questi ultimi.

Sul punto, peraltro, la pronuncia in commento, dà conto dell'esistenza di una continuità normativa tra l'art. 727 – *ante* riforma – e l'attuale art. 544 *ter*, comma 1, c.p., escludendola invece rispetto al comma 2.

A riguardo, è bene osservare invece che il precetto dell'art. 727 c.p. si apriva con le seguenti parole: «*chiunque incrudelisce verso animali senza necessità o li sottopone etc.*», laddove quell'«*incrudelire senza necessità*» stava a significare il porre in essere maltrattamenti sull'animale in totale assenza di qualsiasi giustificabile motivo da parte del reo [2].

Posto, dunque, che il precedente art. 727 c.p. presidiava con la sanzione penale il semplice maltrattamento senza necessità di un animale [3], risulta difficile pensare che l'impiego di sostanze stupefacenti su un cavallo non possa essere ricompreso in quella generale condotta di incrudelimento e/o maltrattamento senza necessità di cui parlava l'art. 727 c.p. precedente formulazione. Peraltro, l'ampia gamma di condotte già incriminate (sensibilmente ampliata dalla legge 22 novembre 1993, n. 473) comprendeva in particolare: nell'ipotesi-base, chi *sottoponesse* gli animali a «fatiche insopportabili» o li adoperasse «in giuochi, spettacoli o lavori insostenibili per la loro natura» (comma 1) e, nell'ipotesi aggravata, chi *organizzasse* «spettacoli o manifestazioni che comportino strazio o sevizie per gli animali» (comma 4). Va da sé, allora, che l'impiego di sostanze dopanti, somministrate all'animale al solo fine di migliorarne le prestazioni agonistiche, e quindi senza una concreta necessità curativa – ma per ricavare un profitto da prestazioni illecitamente potenziate – cagiona un grave pregiudizio alla salute

---

[1] Cfr., F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 1996, 556 ss.

[2] Cfr., A. Piscitello, *Sub Art. 727*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, Milano, 1999, 3895.

[3] Cass., sez. III, 24 ottobre 2007, B.C., in *CED Cass.*, rv. 238458, secondo cui: «nel reato di maltrattamento di animali di cui all'art. 727 c.p., *ante novellam* l'incrudelimento consiste nel provocare sofferenza agli stessi sottoponendoli a condizioni di vita che non sono rese astrattamente necessarie dalle esigenze della loro custodia e che provocano comunque ingiustificate sofferenze» , precisando inoltre che «la norma è volta a proibire comportamenti arrecanti sofferenze e tormenti agli animali, nel rispetto del principio di evitare all'animale, anche quando questo debba essere sacrificato per un ragionevole motivo, inutili crudeltà ed ingiustificate sofferenze».

dell'animale medesimo[4], nella stessa misura delle pregresse note modali, che stigmatizzavano penalmente colui che arrecasse all'animale sofferenze tali da determinare il superamento della soglia di tollerabilità al dolore.

Tutto questo non è altro che una particolare forma di maltrattamento[5],

---

[4] In questi termini, e più precisamente, si veda A. Natalini, voce *Animali (Tutela penale degli)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, tomo 1°, Torino, 2005, 23. Osserva L'A. «passando ora all'analisi del comma 2 dell'art. 544 ter c.p., occorre premettere che con esso si introduce per la prima volta nel nostro ordinamento il reato di doping sugli animali. Le condotte qui incriminate, pur atteggiandosi come particolari forme di maltrattamento (in quanto tali, quindi, in ipotesi già punibili ai sensi del comma 1), vengono (simbolicamente) ritenute meritevoli di autonoma rilevanza penale in considerazione del ripetersi dei comportamenti discorsivi nel particolare ambito delle competizioni sportive. Due sono le modalità distintamente tipizzate: la somministrazione all'animale di sostanze stupefacenti (per la cui individuazione occorrerà utilizzare a parametro normativo le tabelle allegate al t.u. stup.), e la sottoposizione dell'animale a trattamenti dannosi per la sua salute (per il cui accertamento si renderanno necessarie perizie medico-veterinarie atte a verificare gli effetti pregiudizievoli sulla salute dell'animale). Quanto alla prima ipotesi, si tratta di reato a condotta pericolosa: il dopaggio di animali (frequentemente praticato nel mondo delle scommesse clandestine e delle zoo mafie in genere, ovvero per la realizzazione di spettacoli di zoopornografia) è punito infatti in quanto ritenuto dalla legge *ex se* pericoloso.

Quanto alla seconda ipotesi – incriminante la sottoposizione dell'animale a trattamenti dannosi per la sua salute – si tratta in parte qua di una figura solo apparentemente di danno, perché, a ben vedere, è imperniata anch'essa su di una condotta che non richiede l'oggettivo verificarsi dell'evento lesivo (danno alla salute dell'animale), ma solo il concreto atteggiarsi verso lo stesso. Quest'ultima figura è destinata a ricomprendere le ipotesi lasciate libere dalla precedente nota modale ed è in grado di abbracciare ogni altro trattamento consistente nell'uso (non di sostanze stupefacenti ma) di medicinali od altro mezzo che comunque cagioni un danno (non un mero pericolo) per la salute dell'animale.

Quanto all'elemento psicologico del reato, la trasformazione del maltrattamento di animali (nelle sue varie ipotesi) da contravvenzione in delitto, fa sì che oggi – a differenza del passato – non assuma più penale rilevanza l'atteggiamento meramente colposo dell'agente. Sul punto, dunque, la novella sembra compiere un significativo passo indietro quanto al novero dei comportamenti incriminabili: omettendo di prevedere espressamente la punibilità delle ipotesi colpose, lascia esenti da pena tutte quelle forme di incuria comunque offensive per la sensibilità psicofisica degli animali e, per l'innanzi, pacificamente sanzionabili *ex* art. 727 c.p.

Il richiesto dolo generico consiste nella coscienza e volontà di maltrattare l'animale, nelle diverse forme tipizzate».

[5] In tal senso per la giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. III, 5 dicembre 2005, B.G.E. (in *Dir. giust.*, 2006, n. 6, 53, con nota di A. Natalini, *Colpiti i cacciatori: stop alle crudeltà. Il nuovo delitto è norma peggiorativa*): «il maltrattamento di animali, all'epoca del fatto ascritto al B, previsto come reato dall'art. 727 c.p., ha conservato carattere di illecito penale, senza soluzioni di continuo, anche dopo l'entrata in vigore della l. 20.7.2004, n. 189 la quale ha introdotto, nell'ordinamento giuridico vigente, l'art. 544 *ter* c.p.

atteggiandosi le fattispecie incriminate nel capoverso dell'art. 544 *ter* c.p. ad ipotesi *speciali* di maltrattamento, elevate – condivisibilmente – a rango di autonomo reato in ragione della loro particolare offensività [6]. Il *novum* legislativo è del resto consistito, anche in questa parte, proprio nell'estrapolare le diverse previsioni punitive già comprese nella contravvenzione di cui all'art. 727 c.p. e farle oggetto di distinte discipline sanzionatorie, il che conferma la perfetta continuità normativa.

Come è noto, infatti, la somministrazione di doping, pratica dalle conseguenze nocive per la salute dell'animale, assimilabile a una forma di "avvelenamento" è sicuramente connotata da "crudeltà". Né l'intento (illecito) di alterare il risultato sportivo di una gara può integrare il requisito negativo della "necessità": nel citato caso della cesena maltrattata per richiamare gli uccelli (cfr., nota 5), il maltrattamento era finalizzato a esigenze dell'agricoltura, eppure, secondo la Suprema Corte, la condotta non restava per questo solo fatto esente da pena.

La "necessità" si configura come situazione di ambito ristretto, da verificare con criteri rigorosi. Non si identifica in ogni e qualsiasi esigenza pratica dell'uomo, ma richiede l'assenza di modalità alternative idonee a raggiungere uno scopo. E in ogni caso lo scopo deve essere lecito.

**4.** Nel caso di specie ci si trova, quindi, dinnanzi ad una successione di norme penali incriminatrici (art. 2, comma 4, c.p.), più precisamente, nella successione di norma generale precedente a norma speciale successiva. In proposito, la dottrina e la giurisprudenza penalistica riconoscono che trattasi di un'ipotesi di successione di norme penali e di conseguente applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p. Si dice, a riguardo che nell'ambito delle innovazioni

---

Ciò non solo per l'identità della rubrica delle due norme "maltrattamento di animali", ma soprattutto perché le condotte punibili, previste, sono rimaste identiche – sottoposizione a sevizie o a comportamenti o a fatiche e a lavori insopportabili per le caratteristiche etologiche dell'animale" ed analoghe sono le finalità o modalità di tali condotte "per crudeltà o senza necessità".

Il delitto previsto dall'art. 544 *ter* c.p. è reato di dolo specifico solo se commesso "per crudeltà", mentre per esso è sufficiente il dolo generico se posto in essere "senza necessità".

Nella fattispecie in esame il reato è stato contestato all'imputato come commesso non per crudeltà, ma senza necessità, sicché per la configurabilità di esso è sufficiente l'avere accertato che la relativa condotta fu posta in essere con coscienza e volontà, ritenute esistenti dai giudici di merito, visto che consapevolmente il B. aveva legato ad una fune una cesena viva, strattonandola, facendola alzare in volo e ricadere su un albero, al fine di richiamare gli uccelli in volo. Premessa, dunque, la illiceità penale del fatto anche sotto l'imperio della nuova normativa (art. 544 *ter* c.p.), la legge da applicare al caso concreto, anche ai fini dell'individuazione del trattamento sanzionatorio, è stata legittimamente ritenuta essere quella dell'art. 727 c.p., vigente all'epoca del fatto, in quanto certamente più favorevole all'imputato».

[6] In termini, A. Natalini, *Stop ai maltrattamenti sugli animali: i nuovi reati introdotti dalla riforma*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 40 (inserto speciale), 57-XI.

relative al precetto, pacifica è l'applicazione della disposizione di cui all'art. 2, comma 4, c.p. nei casi di introduzione o abrogazione di una norma speciale, cui consegue, rispettivamente, la restrizione o la "riespansione" dell'ambito di operatività della fattispecie generale preesistente[7]. Si parla, in tal caso di una successione per «innesto» normativo non implicante alcuna abrogazione, in cui la fattispecie successiva si colloca in un rapporto di specialità rispetto alla precedente. In tal caso, infatti, una classe di oggetti cui era applicabile una determinata fattispecie è ora rimessa alla qualificazione di una nuova fattispecie. È il caso dei rapporti tra l'art. 388 *ter* c.p. e l'art. 390 c.p.: il fatto di aiutare taluno con atti fraudolenti a sottrarsi all'esecuzione della pena pecuniaria rientrava nell'ambito dell'art. 390 c.p.; la stessa condotta ricade ora nel quadro del concorso (*ex* art. 110 c.p.) in mancata esecuzione di sanzioni pecuniarie, che naturalmente potrà applicarsi ove risulti in concreto più favorevole al reo. È evidente come non si ponga alcun problema di irretroattività: la valutazione del fatto alla stregua della disposizione sopravvenuta non fonda in alcun modo una continuità di rilevanza penale, che viene già assicurata dalla norma precedente non abrogata, e consente soltanto un trattamento più favorevole del reo.

Né si può sostenere che l'introduzione di una fattispecie incriminatrice di carattere speciale – che punisce la peculiare forma di maltrattamento rappresentata dal *doping* – riveli una sorta di "interpretazione autentica successiva", vale a dire il riconoscimento implicito, da parte del legislatore, della precedente irrilevanza penale delle condotte così sanzionate. In realtà, quel che il legislatore manifesta è semplicemente la volontà di differenziare il trattamento punitivo riservato al *doping* di animali rispetto a quello previsto per le comuni ipotesi di maltrattamento[8].

---

[7] Per tutti si veda, T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1982, 1366.

[8] In ordine alla continuità normativa tra il precedente art. 727 c.p. e gli attuali artt. 544 *bis, ter,* etc, c.p., si consideri Cass., sez. III, 24 ottobre 2007, B.C., *cit*., nel citato provvedimento la S.C. osserva: «rileva il Collegio che tra la contravvenzione di cui all'art. 727 c.p., ed i delitti contro il sentimento degli animali introdotti dalla L. 1° agosto 2004, n. 189, art. 1, ed in particolare, l'art. 544 *bis* e segg. c.p., art. 544 *ter* c.p., sussiste continuità normativa, sia con riferimento al bene protetto sia per l'identità delle condotte, con la conseguenza che correttamente, in quanto norma più favorevole al reo, è stata ritenuta applicabile, nel caso in esame, la previgente disposizione di cui all'art. 727 c.p., configurando essa una contravvenzione e non un delitto come i successivi reati sanzionati dell'art. 544 e segg. c.p.

Le disposizioni contenute nella contravvenzione di cui all'art. 727 c.p., *ante novellam* (l. n. 189 del 2004) sono infatti rifluite integralmente negli artt. 544 *bis, ter, quater* e *quinques* c.p.

Il maltrattamento di animali, prima disciplinato come contravvenzione di cui all'art. 727 c.p., è quindi divenuto delitto ai sensi dell'art. 544 *bis* e segg. c.p. mentre l'attuale norma contenuta nell'art. 727 c.p., introdotta sempre dalla legge 1° agosto 2004, n. 189, art. 1, comma 3, contempla esclusivamente l'abbandono di animali.

**5.** Nel caso portato all'attenzione della giurisprudenza umbra i termini della questione interpretativa erano se ci si trovasse dinnanzi ad una successione normativa dell'art. 544 *ter,* comma 2, c.p. rispetto all'art. 727, comma 1, c.p. precedente formulazione. In altri termini, se il vecchio reato di maltrattamenti di animali potesse considerarsi norma generale rispetto al nuovo e speciale 544 *ter*, comma 2, c.p., oppure no.

Ebbene, muovendo dal dato interpretativo vale rilevare che l'art. 727 deve considerarsi norma generale e più ampia rispetto all'art. 544 *ter*, comma 2, c.p., e che la successione di norma generale a speciale è la classica ipotesi di applicazione dell'art. 2, comma 3, c.p., *ça va sans* dire che non può correttamente parlarsi, nel caso di specie, di *abolitio criminis ex* art. 2, comma 2, c.p., dovendosi invece ritenere che il somministrare sostanze nocive ad un animale sia una forma di maltrattamento dello stesso, così come inteso anche dalla vecchia formulazione dell'art. 727 c.p.[9].

In conclusione, ad avviso di chi scrive, anche prima della riforma del 2004, si era inclini a pensare che somministrare droghe ad un cavallo fosse una forma di maltrattamento dell'animale e quindi una condotta penalmente sanzionabile.

CHIARA LAZZARI

---

Ricorda il Collegio che in relazione a fattispecie analoga a quella in esame questa Corte ha specificato che "tra il reato di cui all'art. 727 c.p., e quello introdotto all'art. 544 *ter* c.p., dalla legge n. 189 del 2004, sussiste continuità normativa non solo per l'identità della rubrica, (maltrattamento di animali), ma anche perché sono rimaste identiche le condotte punibili.

Non vi è stata quindi *abolitio criminis* della condotta prevista nel testo originario della norma che è stata invece integralmente sussunta nel nuovo art. 544 *ter* c.p. (Cass., sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46784 e Cass., sez. III, 26 aprile 2005, n. 21744)».

[9] Cfr., A. NATALINI, *Crudeltà sugli animali? Ora è un delitto. Ecco i primi effetti prodotti dalla riforma*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 26, 28. Osserva l'Autore «sussiste continuità normativa tra il vecchio e l'attuale articolo 727 c.p., siccome modificato, da ultimo, dalla legge 189/04, nel più ampio contesto dell'introduzione dei nuovi delitti "contro il sentimento per gli animali" di cui al titolo IX *bis* del codice penale».

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 23 novembre 2006 – *Est.* Micheli – G.

**Omicidio colposo – Omissione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento morte – Posizione di garanzia dell'amministratore di condominio – Insussistenza** (c.p., artt. 40 comma 2, 589).

*Una condotta omissiva può essere assunta come causa di un evento dannoso in quanto l'omittente abbia violato un obbligo giuridico di impedire l'evento. Per l'individuazione di tale obbligo non può farsi riferimento al principio del* neminem laedere *- in quanto tale principio, mentre importa il dovere di improntare le proprie azioni alla cautela necessaria ad evitare che le modificazioni del mondo esterno da esse prodotte abbiano risultati pregiudizievoli per i diritti assoluti dei terzi, non implica, di per sé, anche un generico dovere di attivarsi a protezione di quegli stessi diritti, con l'interrompere serie causali originate e sviluppantisi al di fuori della propria sfera - ma deve accertarsi, caso per caso, l'esistenza di un vincolo giuridico derivante direttamente dalla legge o da uno specifico rapporto intercorrente tra il danneggiato ed il soggetto, chiamato a rispondere della omissione per non avere impedito il danno.*

*In linea generale, l'amministratore di un condominio è sul piano civilistico da ritenersi responsabile dei danni cagionati dalla sua negligenza, dal cattivo uso dei poteri e/o da qualsiasi inadempimento degli obblighi legali o regolamentari. Ai sensi degli artt. 1130 ss. c.c. l'amministratore deve infatti "eseguire le deliberazioni dell'assemblea e curare l'osservanza del regolamento di condominio", "disciplinare l'uso delle cose comuni e la prestazione dei servizi nell'interesse comune, in modo che ne sia assicurato il miglior godimento a tutti i condomini", "compiere gli atti conservativi dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio": incombenze, tutte, orientate verso la salvaguardia delle ragioni dei comproprietari all'interno delle dinamiche del condominio, e che fanno ritenere l'amministratore un tutore di quei diritti dominicali, non già un garante dei diritti che terzi soggetti possano astrattamente vedere lesi da attività inerenti il godimento della cosa comune* (1).

**Omicidio colposo – Colpa generica – Prevedibilità dell'evento secondo gli ordinari *standards* di diligenza – Esclusione** *(c.p., artt. 43 alinea 3, 589).*

*Sull'amministratore, persona sicuramente priva di cognizioni tecniche e chiamata ad osservare l'ordinaria diligenza nella gestione del bene dei condomini, non grava – come a monte non grava sui vari condomini - l'onere di sindacare il tipo di vetro fornito ed installato nelle*

*parti comuni dell'edificio, facendo questi ragionevole affidamento sulle competenze della persona incaricata.*

*Manca un concreto profilo di colpa allorquando le cautele che si assumono non adottate vanno al di là della soglia dell'inesigibilità, e quando l'evento dovrebbe ritenersi sostanzialmente non prevedibile secondo gli ordinari standards di diligenza da applicare nei casi di colpa generica* (2).

(*Omissis*). Nella serata del 23 ottobre 2004, un equipaggio del Comando di Polizia Municipale di Corciano riceveva la segnalazione di un incidente occorso a un minore presso un condominio della località di San Mariano; portatisi sul posto, i vigili accertavano che il ragazzo in questione - il 13enne L. G. - era rimasto ferito a causa della rottura di una vetrata dell'atrio condominiale di un palazzo, dove si trovava occasionalmente, e che nell'occorso aveva riportato lesioni anche una bambina. Il primo era stato già trasportato al vicino Ospedale "Silvestrini" con una vettura privata, mentre l'altra mediante un'ambulanza del "118", e le prime notizie acquisite presso il nosocomio indicavano il L. in prognosi riservata per arresto cardiorespiratorio, con la necessità di sottoporlo ad intervento chirurgico d'urgenza; alle 23:30 il minore decedeva, a causa di una ferita penetrante al torace provocatagli da un frammento della vetrata suddetta, giunto sino a ledergli il ventricolo destro. La bambina a sua volta portata in Ospedale (M. A. D. N., di 9 anni, nata in Ecuador) veniva invece giudicata guaribile in 5 giorni, avendo riportato un trauma contusivo alla spalla, al gomito e al polso destri: nell'anamnesi, il referto medico recitava: "urtava la spalla destra contro una vetrata, rompendola".

Già in sede di primo sopralluogo, gli inquirenti davano atto delle dimensioni della vetrata andata in frantumi (m. 2,24 di altezza per 1,20 di larghezza), effettuando anche i rilievi fotografici del caso e documentandone la posizione sulla sinistra rispetto all'ingresso del palazzo: all'esterno dell'edificio, in corrispondenza della vetrata infranta, vi era una panca in legno, con telaio in ferro, sulla quale si riscontravano delle tracce di sangue. Emergevano pertanto dati obiettivi a sostegno della tesi secondo cui il ragazzo deceduto si trovava seduto sulla panchina, o in prossimità di essa, nel momento in cui i frammenti di vetro erano caduti dall'alto a seguito della rottura, probabilmente dovuta al fatto che la bambina sudamericana era andata a sbattervi contro.

*(Omissis*). L. P., residente proprio nello stabile interessato dall'evento, riferiva di essersi trovata nell'androne, perché intenta ad aspettare l'ascensore: in quel momento, notava un bambino a lei noto (S. S.) che giocava a *frisbee* con un'altra ragazzina più grande, e costei - nel tentativo

di raggiungere il disco - che andava a urtare la vetrata, causandone la rottura. La signora, sentendo grida dall'esterno e vedendo che la bambina aveva solo la spalla dolorante, usciva dal palazzo e scorgeva un ragazzo (G., erroneamente segnalato con il cognome R.) che si teneva il petto con le mani, assistito da alcuni presenti fra cui la zia S. G.

(*Omissis*). Sui tempi e modalità di costruzione dell'edificio, si accertava che la proprietà dell'immobile - prima della cessione delle singole unità abitative – era da riferire alla società "La V. U." S.p.A., amministrata da I. G. (deceduto *medio tempore*, il 24 febbraio 2005): l'impresa costruttrice era stata la "V." S.r.l., il cui titolare – V. F. F. S. – escludeva comunque di avere posizionato e montato le vetrate in questione: egli, assunto a verbale, dichiarava di essersi limitato a suo tempo a installare i controtelai, e successivamente la committente aveva affidato ad un'altra ditta, probabilmente di Roma, l'incarico di montare infissi e vetri. Il direttore dei lavori era stato tale D. A., a sua volta deceduto.

F. S. (capo scala del condominio) dichiarava agli inquirenti di essere stato fra i primi ad abitare nel palazzo, precisamente dal 7 gennaio 1978, e da allora il vetro non era mai stato oggetto di manutenzioni o sostituzioni, essendo rimasto lo stesso sin dalla prima posa in opera. A riprova, si accertava in effetti che nel 1998 era sì stato emanato un provvedimento del sindaco di Corciano per l'esecuzione di interventi urgenti sullo stabile, ma avente ad oggetto alcune parti degradate di tamponature ed opere in cemento armato; tra il 1999 e il 2003 vi erano stati altri interventi, volti al risanamento conservativo ed al miglioramento sismico dello stabile: mai nulla a che fare, quindi, con le vetrate.

Il Procuratore della Repubblica conferiva così incarico di consulenza tecnica per verificare se il vetro in questione fosse da intendersi conforme al quadro normativo di riferimento in punto di disposizioni tecniche di sicurezza, e/o se fosse stato apposto con modalità rispondenti agli ordinari criteri della "regola d'arte": i consulenti (un ingegnere edile e un medico esperto in sicurezza e prevenzione infortuni) segnalavano che il vetro aveva spessore di 4 mm. e doveva intendersi "semplice", privo cioè di trattamenti idonei a conferire garanzie di sicurezza, al pari di tutte le altre superfici vetrate dell'atrio condominiale tranne una. Secondo gli accertamenti, un altro vetro era stato sostituito causa rottura in epoca precedente agli eventi, e – in luogo di quello "semplice" preesistente – ne era stato collocato uno "armato".

L'edificio era stato costruito nei primi anni Settanta, ed aveva ottenuto permesso di abitabilità nell'ottobre 1977: il dato cronologico, secondo gli esperti, avrebbe potuto rivestire qualche significato, giacché le regole vigenti, in tema di prescrizioni da adottare nella messa in opera di vetri esterni ed accessibili (come quello in parola) al fine di evitare danni per carichi dinamici, vibrazioni, urti, eventi sismici o quant'altro, risultavano

contenute nella c.d. Norma UNI 7697, pubblicata nel settembre dello stesso 1977. In sostanza, al momento della realizzazione del fabbricato non vi erano prescrizioni di sorta, ma già all'atto del permesso di abitabilità era previsto che le superfici vetrate dovessero essere temprate o stratificate, sì da determinare - in caso di rottura - frammenti piccoli e poco taglienti. Inoltre, in punto di spessore adeguato, la Norma UNI 7143 (ratificata già nel 1972) disponeva criteri che, ove osservati al momento della costruzione, avrebbero dovuto imporre l'apposizione di vetri da 5,6 mm.

I consulenti aggiungevano altresì che, da ultimo in base all'art. 71 della delibera del Comune di Corciano n. 10/2004, avente valore di regolamento edilizio, i proprietari dei fabbricati ad uso abitativo dovevano intendersi obbligati a "provvedere alla manutenzione degli edifici in modo che tutte le loro parti mantengano costantemente i requisiti di igiene e sicurezza richiesti dalle norme vigenti".

In definitiva, doveva affermarsi che:

all'epoca della costruzione dello stabile esistevano già prescrizioni in tema di spessore dei vetri, che non furono osservate (dall'impresa costruttrice e/o dal direttore dei lavori);

all'epoca del rilascio dell'abitabilità, e forse a quella del collaudo strumentale a quel fine, esistevano prescrizioni in tema di tipologia dei vetri esposti all'esterno ed agli urti, che avrebbero dovuto imporre di usare vetri temprati o stratificati;

in data relativamente recente rispetto ai fatti, era stata sostituita una vetrata diversa, collocando però al posto di quella "semplice" preesistente una "armata", vale a dire né temprata né stratificata;

in sede condominiale non era mai stato affrontato il problema della manutenzione o sostituzione delle vetrate, giacché dai verbali delle relative assemblee si potevano evincere momenti di discussione su vetri o finestre solo due volte, e per generiche esigenze di "riparazione" (il 29 ottobre 1981, ma con riguardo ai "vetri opachi lungo le scale") e "manutenzione straordinaria" (il 28 settembre 1990, per le "finestre scale").

Esercitata l'azione penale da parte del P.M. in sede, che ravvisava ipotesi di responsabilità a carico dell'amministratore del condominio G. C. (nonché nei confronti dello I. e del D., per cui dava atto dell'anzidetta causa estintiva), questo Ufficio fissava l'udienza preliminare dandone rituale avviso nelle forme di legge.

(*Omissis*). Preliminarmente alla discussione, il difensore dell'imputato produceva un elaborato curato dal dott. A. nell'interesse del proprio assistito, e contenente note tecniche alla relazione dei consulenti del P.M.; nello scritto in questione il consulente di parte sosteneva che:

lo spessore adeguato della vetrata più volte ricordata non poteva ritenersi di mm. 5,6, come ipotizzato dai primi tecnici: al contrario, lo

spessore effettivo di 4 mm. era sicuramente rispondente ai canoni di sicurezza di cui alla Norma UNI del 1972. Ciò perché il coefficiente di pressione cinetica del vento sulla lastra era stato calcolato dai consulenti del P.M. riportando i dati normalmente utilizzati per vetrate poste a m. 10 dal suolo, mentre nel caso di specie la vetrata si trovava al piano terra, e soprattutto non insisteva sulla facciata esposta dall'edificio: tra la facciata esterna dello stabile e il vetro poi crollato vi era una sorta di colonnato, per cui la vetrata era tutt'altro che esposta ai venti, rientrando anzi nel corpo del fabbricato di circa 6 metri rispetto alle colonne portanti. Correggendo così il coefficiente indicato da 0,75 a 0,40, il calcolo avrebbe dovuto portare a ritenere congruo lo spessore reale;

la normativa UNI 7697, contenente la prescrizione di vetri temprati o stratificati, era stata pubblicata il 30 settembre 1977, *ergo* dopo la richiesta del certificato di abitabilità (del 21 settembre) e dopo l'espressione del parere dell'Ufficiale Sanitario (del 24): soltanto il rilascio effettivo del certificato, da intendersi peraltro atto formale conseguente agli adempimenti di cui sopra, era intervenuto in epoca successiva;

le previsioni del Regolamento Edilizio potevano ritenersi cogenti per i proprietari (sino a prova contraria, non certo a conoscenza di disposizioni tecniche riservate agli addetti ai lavori) solo nei limiti delle "problematiche aventi una manifestazione di immediata evidenza", vale a dire percepibili anche da un profano: in concreto, peraltro, doveva ritenersi che quand'anche il condominio avesse disposto con inusitato zelo e scrupolo una verifica generale dello stabile pure in assenza di eventi peculiari, nessun tecnico si sarebbe peritato di suggerire la sostituzione delle vetrate.

All'esito delle conclusioni delle parti, il Giudice ritiene che non vi siano elementi a sostegno dell'accusa, tali da ipotizzare una sentenza di condanna all'esito del processo dibattimentale: conseguentemente, appare conforme a giustizia pronunciare una sentenza *ex* art. 425 c.p.p.

I fatti assodati, a prescindere dalle valutazioni tecniche sopra sottolineate e suscettibili di determinare diverse conclusioni, si riducono ai seguenti punti fermi:

G. L. morì a causa dell'imprudenza, certo a lei non rimproverabile, della piccola D., che mentre giocava a *frisbee* non riuscì evidentemente a controllare i propri movimenti andando a urtare con violenza contro la vetrata (sul punto, appare significativa la deposizione di L. P.);

il vetro aveva uno spessore di 4 mm. e non era né temprato, né stratificato, come tutti gli altri presenti nell'edificio e rimasti sempre gli stessi fin dalla posa in opera conseguente alla costruzione dello stabile: uno solo era stato sostituito qualche tempo prima a causa di una rottura non meglio evidenziata nei particolari (ma verosimilmente dovuta ad eventi fortuiti, giacché nessuno ritenne di portare in assemblea condo-

miniale il problema della scarsa resistenza o pericolosità delle vetrate), e quello nuovo era sì "armato", ma ancora una volta non rispondente alle prescrizioni della Norma UNI del 1977;

il G., personalmente o come legale rappresentante di società *ad hoc*, rivestì la carica di amministratore del condominio a partire dal 1998;

il fabbricato fu sottoposto a manutenzione straordinaria in più occasioni, con interventi sulle finestre solo due volte (nel 1981, quelle con vetri opachi lungo le scale, e nel 1990, sempre quanto al vano scale e senza precisare se le opere riguardarono i vetri o gli infissi); la manutenzione di maggior rilievo si ebbe nel 2000, dunque tre anni dopo i noti eventi sismici, ma non riguardò in alcun modo le vetrate.

*Ergo*, per ritenere il G. responsabile sul piano penale quanto all'evento morte del piccolo G., è necessario rinvenire in base ai fatti accertati (e ricostruendo in termini logici quelli diversamente interpretabili) la fonte di un obbligo a suo carico di impedire quell'evento, giacché ci si trova dinanzi ad una ipotesi di causalità omissiva, con la conseguente imprescindibilità di una effettiva posizione di garanzia rivestita dall'imputato.

In linea generale, l'amministratore di un condominio è sul piano civilistico da ritenersi responsabile dei danni cagionati dalla sua negligenza, dal cattivo uso dei poteri e/o da qualsiasi inadempimento degli obblighi legali o regolamentari, tanto che - ad esempio - la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato la sussistenza di una responsabilità aquiliana per l'amministratore che abbia omesso di far riparare il tetto dell'edificio condominiale, in esecuzione di una delibera assembleare (Cass., Sez. II, 14 giugno 1976 n. 2219, RV 381018): ed è evidente che la stessa tipologia di responsabilità dedotta in quella fattispecie lascia intendere che il soggetto danneggiato fosse estraneo al condominio, potendo qualunque comproprietario invocare un titolo contrattuale quale fonte del proprio diritto.

Al di là di casi in cui sia assodato il venir meno dell'amministratore ai propri specifici obblighi, o l'aver egli esorbitato dalle proprie attribuzioni, non sembra però sia possibile andare: la stessa sentenza civile appena ricordata, in vero, enuncia il principio di diritto secondo cui una condotta omissiva "in tanto può essere assunta come causa di un evento dannoso, in quanto l'omittente abbia violato un obbligo giuridico di impedire l'evento. Per l'individuazione di tale obbligo non può farsi riferimento al principio del *neminem laedere* - in quanto tale principio, mentre importa il dovere di improntare le proprie azioni alla cautela necessaria ad evitare che le modificazioni del mondo esterno da esse prodotte abbiano risultati pregiudizievoli per i diritti assoluti dei terzi, non implica, di per sé, anche un generico dovere di attivarsi a protezione di quegli stessi diritti, con l'interrompere serie causali originate

e sviluppantisi al di fuori della propria sfera - ma deve accertarsi, caso per caso, l'esistenza di un vincolo giuridico derivante direttamente dalla legge o da uno specifico rapporto intercorrente tra il danneggiato ed il soggetto, chiamato a rispondere della omissione per non avere impedito il danno". Principio che si attaglia perfettamente anche alla disciplina penalistica del rapporto di causalità, e che va rapportato alle previsioni normative che regolano lo svolgimento dell'attività di un amministratore di condominio: a ben guardare, gli artt. 1130 e segg. c.c. (che sono stati invocati da tutte le parti del presente processo, ciascuna per ricavarne spunti interpretativi acconci alle rispettive tesi) sembrano doversi leggere conformemente a quanto evidenziato dalla difesa del G.

L'amministratore deve infatti "eseguire le deliberazioni dell'assemblea e curare l'osservanza del regolamento di condominio", "disciplinare l'uso delle cose comuni e la prestazione dei servizi nell'interesse comune, in modo che ne sia assicurato il miglior godimento a tutti i condomini", "compiere gli atti conservativi dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio": incombenze, tutte, orientate verso la salvaguardia delle ragioni dei comproprietari all'interno delle dinamiche del condominio, e che fanno ritenere l'amministratore un tutore di quei diritti dominicali, non già un garante dei diritti che terzi soggetti possano astrattamente vedere lesi da attività inerenti il godimento della cosa comune. Peraltro, in ordine ai lavori di manutenzione straordinaria, l'amministratore non può ordinarli se non nel caso di urgenza (art. 1135 ult. co. c.c.), dovendone comunque riferire nella prima assemblea; il che significa che il quadro normativo non autorizza affatto a ritenere l'amministratore un delegato dei condomini per l'assunzione da parte sua di responsabilità dirette verso i terzi. L'osservazione appare significativa anche in ordine alla portata precettiva del menzionato art. 71 del Regolamento Edilizio del Comune di Corciano, che - pur volendola intendere come fonte di obblighi costanti di adeguamento dei fabbricati a tutte le innovazioni in tema di igiene e sicurezza, il che non è per le ragioni di cui appresso - è rivolta ai proprietari, non all'amministratore.

Amministratore che, se ha rappresentanza esterna del condominio per un più corretto e ordinato svolgimento dei rapporti processuali, non vede per questo involgere una sua responsabilità diretta per fatti ascrivibili a singoli od a tutti i proprietari, men che meno sul piano penale.

Perciò, riprendendo l'esempio suggerito dalla limitata casistica affrontata in questa sede, un terzo che abbia riportato danni a causa della rovina del tetto di un edificio sul quale l'assemblea condominiale aveva deliberato lavori urgenti rimasti ineseguiti per incuria dell'amministratore, potrà prendersela con il condominio ma anche con l'amministratore stesso, aggredendo il suo patrimonio personale (oppure sarà il condominio, citato in giudizio attraverso l'amministratore, a decidere di

chiamare in causa quest'ultimo, a titolo personale); ove il danneggiato abbia riportato lesioni alla persona, potrà financo querelare l'amministratore per il reato di cui all'art. 590 c.p., trovando nell'inadempimento alla delibera assembleare la fonte dell'obbligo rilevante *ex* art. 40 comma 2. Ma laddove un fatto dannoso sia imputabile al condominio come tale, quel soggetto potrà sì citare l'amministratore in giudizio *ex* art. 1131 co. 2 c.c., non certo pretendere che l'amministratore presti la sua garanzia patrimoniale; egli confiderà in un risarcimento che gli verrà dalle casse del condominio, magari alimentate *ad hoc* con versamenti straordinari dei vari comproprietari, senza poter obbligare l'amministratore a metter denari di tasca sua. Saranno gli stessi condomini, in teoria e in un secondo momento, a poter agire contro il loro amministratore, ove ritengano ravvisabile un'ipotesi di responsabilità (contrattuale, non già da fatto illecito) per averli con la sua ipotetica condotta, attiva od omissiva, esposti a quegli esborsi.

Dai principi anzidetti deriva già in linea di principio l'ardua sostenibilità dell'accusa di omicidio colposo nei confronti del G., e ciò senza neppure considerare gli arresti giurisprudenziali richiamati dalla difesa (e già menzionati dai patrocinatori dei responsabili civili esclusi dal processo) a proposito della ipotetica ravvisabilità di un abuso dei condomini nell'uso della cosa comune; abuso che non può configurarsi nella condotta di quei genitori che in occasione di una festa organizzata nell'atrio di un palazzo, normalmente utilizzato per eventi del genere, lascino che i figli minori giochino a *frisbee* o si trattengano nei pressi di una panchina adiacente una vetrata.

Venendo più in particolare allo specifico caso in esame, non sembra che l'imputato avesse obblighi giuridici di sorta quanto alla prevenzione di eventi come quello tragicamente occorso, né si trovasse a godere di un sostanziale potere di fatto idoneo a scongiurarne la produzione.

Come si è ricordato, il vetro andato in frantumi nel 2004 aveva resistito per trent'anni a tutte le sollecitazioni cui era stato sottoposto, ivi compresi (probabilmente) urti accidentali e (sicuramente) eventi sismici; nulla autorizzava perciò a prevedere che si sarebbe infranto per la tragica fatalità di una bambina incapace di dominare il proprio slancio nel protendersi verso un *frisbee*.

Si è detto che lo spessore sarebbe stato inadeguato, ma in relazione al ben diverso fattore di pericolo costituito dalla forza del vento: e non sembra avere tutti i torti il consulente della difesa nell'osservare che il coefficiente di pressione cinetica debba essere diverso, per un vetro sito in una rientranza del piano terra, rispetto a quello di un vetro a 10 metri di altezza, sulla facciata dell'edificio. Si è anche rilevato che il vetro non era temprato o stratificato (e il problema è appunto questo, giacché se fosse stato di quel tipo non avrebbe probabilmente prodotto

frantumi offensivi come quelli che provocarono la morte dello sventurato ragazzo: al contrario, nulla autorizza la conclusione che un vetro spesso un millimetro e mezzo in più non si sarebbe rotto lo stesso, od avrebbe prodotto frantumi diversi); ma come poteva rendersene conto una persona sicuramente priva di cognizioni tecniche e chiamata ad osservare l'ordinaria diligenza nella gestione del bene dei condomini? Senza dimenticare, del resto, che la vetrata era stata collocata nell'atrio a metà degli anni Settanta, ben 25 anni prima (o giù di lì) che il G. diventasse amministratore: dunque, non poteva certamente gravare su di lui l'obbligo - peraltro non cogente, costituendo le Norme UNI semplici previsioni tecniche di principio - di installare vetri di un tipo piuttosto che di un altro. L'ipotetica condotta colposa che il capo d'imputazione ravvisa nei riguardi dei defunti I. e D., in vero, sarebbe stata del tutto autonoma rispetto alla - largamente successiva - omissione dell'odierno imputato (tant'è che non potrebbe comunque discutersi di cooperazione *ex* art. 113 c.p., bensì di condotte colpose indipendenti ai sensi dell'art. 41), che certamente non ebbe nulla a che fare con gli accadimenti di parecchi anni prima.

Né il Regolamento Edilizio più volte ricordato poteva imporgli di verificare, vetrata per vetrata, se qualcuno si fosse mai preoccupato tra il 1977 e il 1998 di sostituirle per adeguarle alle Norme UNI: quelle previsioni non vincolanti *ab initio*, al più atte a fornire agli addetti ai lavori il quadro della migliore tecnologia secondo le conoscenze del settore, non potevano certo diventare cogenti nel corso del tempo o per interventi ultimati prima che venissero pubblicate, come riconoscono gli stessi consulenti del Pubblico Ministero.

Le successive vicende, nella storia dell'edificio, autorizzarono al contrario il G. a non preoccuparsi dello stato delle vetrate, se è vero che se ne ruppe solo una e il soggetto che la sostituì (si deve presumere un artigiano con la dovuta esperienza) non segnalò affatto all'amministratore od a qualche condomino che sarebbe stato il caso di cambiarle tutte quante.

Anzi, malgrado esistesse ormai da anni la disposizione UNI sulla necessità di vetri temprati o stratificati, ne installò uno armato, vale a dire comunque fuori norma. E non poteva gravare sull'amministratore, come pure - a monte - non poteva gravare sui vari condomini, l'onere di sindacare che tipo di vetro l'artigiano avesse fornito, o magari di chiedergli cosa ne pensasse di tutte le altre vetrate che erano ancora là da decenni.

In quella occasione, il G. e tutti i comproprietari fecero ragionevolmente affidamento sulle competenze della persona incaricata, ed è anche logico pensare che - se il vetraio si fosse reso conto che vi erano Norme UNI rimaste inapplicate in tutto il "Supercondominio" - avreb-

be rappresentato in qualche modo l'esigenza di provvedervi, perché si sarebbe trattato di un affare non da poco: il che significa che non se ne accorse neppure lui. Dunque, come avrebbe potuto capirlo l'imputato, se neppure nel 2000, a tre anni di distanza da clamorosi eventi sismici, nessun ingegnere, geometra o semplice operaio gli rappresentò la necessità od almeno l'opportunità di controllare spessore e caratteristiche dei vetri? Di quei vetri, cioè, che non avevano mai dato problemi ed avevano resistito a tanto di terremoto?

Manca, in definitiva, la norma che avrebbe potuto costituire la fonte dell'obbligo da cui far discendere il nesso causale tra l'ipotizzata condotta omissiva del G. e la morte del ragazzo; quand'anche esistesse, mancherebbe un concreto profilo di colpa a carico del prevenuto, dovendosi collocare le cautele che il P.M. reputa non adottate al di là della soglia dell'inesigibilità, così come l'evento dovrebbe ritenersi sostanzialmente non prevedibile secondo gli ordinari *standards* di diligenza da applicare nei casi - come quello in esame, stando alla lettera della rubrica - di colpa generica. La formula di proscioglimento, in difetto di nesso causale, deve comunque inerire all'insussistenza del fatto (*Omissis*).

## (1-2) Il tramonto giurisprudenziale degli obblighi impeditivi *silenti* e della colpa *asintomatica*.

1. Dove è che si arresta il necessario presidio penale dei valori primari; quando si delinea la statura criminale di un comportamento inerte; come si individuano i confini varcati i quali la disattenzione si scrive col *nomen iuris* della colpa punibile.

Sono tra gli interrogativi che più tenacemente stringono la "questione penale", ed assediano l'ermeneutica delle regole codicistiche che radicano su di un terreno normativo la tipicità, rispettivamente oggettiva e soggettiva, del reato omissivo da un canto (*ex* art. 40, comma 2, c.p.) e del reato colposo dall'altro (*ex* art. 43, alinea 3, c.p.).

Negli interstizi aperti tra le congiunzioni di queste due dimensioni trova spazio la cronaca di una vicenda dalla drammatica intonazione, a stridere con la rassicurante quotidianità del contesto che ne fa da sfondo: il gioco vivace di bambini nell'atrio di un palazzo, una corsa a raggiungere il *frisbee* che vola via, un urto con la spalla e la vetrata che si rompe, schegge taglienti che feriscono a morte il ragazzo seduto sull'adiacente panchina del cortile.

La didascalica ricostruzione del fatto è giusto l'abbrivio di una riflessione che inizia col ripercorrere le complesse trame ricognitive della figura dell'agente-omittente l'impedimento dell'evento letale; procede poi a ponderare, di questo evento, la riferibilità soggettiva colposa una volta schiusa l'area della non volontà; infine, giunge a suggellare in una immagine tassativa

categorie giuridiche di tralatizia flessibilità operativa, chiamate a fondare una ascrizione *effettivamente* personale della responsabilità penale.

Così, delimitato il campo visivo dell'ordinamento criminale, il *decisum* scrive: nessun colpevole. Perché *non* si intravede nell'(imputato) amministratore condominiale colui che il sistema giuridico intitola ad assolvere *obblighi impeditivi* di accadimenti dannosi rispetto ai diritti assoluti di quanti si intrattengano nella proprietà, nella specie obblighi di neutralizzazione del rischio concretatosi nel risultato mortale occorso.

*Né*, del resto, rimarrebbe ponderabile l'*aspetto colposo* della fattispecie in disamina. Il dettaglio della vicenda focalizza invero l'inavvertenza, nell'istallazione e nel mantenimento della vetrata infrantasi, sia delle regole riguardanti il relativo spessore, fissate con riferimento alle sollecitazioni provocate dal vento (norma UNI 71/43); sia delle prescrizioni relative al carattere temprato ovvero stratificato della superficie vetrata, da adottare in un'ottica preventiva rispetto ai danni conseguenti a carichi dinamici, vibrazioni, urti, eventi sismici *et similia* (norma UNI 76/97).

Nondimeno, a fronte di un vetro – comune sì, e con spessore di 4 mm. – integro nell'androne condominiale da ben tre decadi, la precognizione del fatale prodursi di frantumi offensivi, innescata dallo slancio di una bambina giocante, viene fatta cadere al di fuori del doveroso bagaglio di cautele apprestabili da *persona sicuramente priva di cognizioni tecniche e chiamata ad osservare l'ordinaria diligenza nella gestione del bene dei condomini*.

2. L'inquadramento "negativo" che è stato appena enunciato nelle sue linee generalissime offre di seguito lo scenario per verificare i segmenti concettuali che ne hanno marcato il tragitto: dall'indagine attorno alla posizione di garante eventualmente attribuibile a colui che svolge il ruolo di amministratore di condominio, all'anamnesi attorno all'atteggiamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa, transitando per quei margini di innegabile sovrapposizione tra causalità omissiva e colpa di omissione in cui si è soliti avere a che fare con teorizzazioni di equivalenza dell'accertamento dell'uno e dell'altro elemento della fattispecie.

Sul tappeto - prima in linea logica e giuridica - va dunque l'osservazione in ordine alla sussistenza di una norma giuridica che imponga a chicchessia di agire con modalità precauzionali in vista del risultato effettivamente determinatosi; in breve, si ha da indagare dell'esistenza di un garante rispetto all'impedimento dell'evento mortale, circostanziatosi come effetto del distacco di un frammento acuminato dal (comune) vetro andato in pezzi.

Il capoverso dell'art. 40 c.p. si impegna a mettere al bando ogni equivoco in proposito: l'omissione è equiparata all'azione - e pertanto ne dovrà essere parimenti attestata la portata di *condicio sine qua non* dell'evento (come dettato dal comma 1) - nella sola evenienza in cui venga riconosciuta la titolarità in capo al soggetto -"attore" di un obbligo giuridico di impedire l'evento di specie.

La portata generale di una simile clausola, declamativa di una "regola

di conversione" del fatto tipico oggettivo, si riflette allora nella nota costruzione di una forma estensiva di manifestazione del reato, che traduce il linguaggio commissivo, proprio della ordinaria formulazione della fattispecie, nel corrispondente modulo comportamentale omissivo[1]. Così, ricercando il giusto equilibrio tra i diritti di libertà della persona compendiati nell'art. 13 Cost. e gli inderogabili doveri di solidarietà cui invita la voce dell'art. 2 Cost.[2], l'omettere – quale estremo del legame eziologico - viene determinato dal sistema tramite la giuridicità dell'obbligo impeditivo che è risultato inottemperato[3].

Degli estremi identificativi di un siffatto carattere giuridico si è ampiamente dibattuto, fino a condividerne la funzione: ad esso compete appellare non un qualsivoglia obbligo di attivarsi o di sorvegliare[4], spogliati entrambi di poteri impeditivi ed entrambi (in quanto inadempiuti) caricati del fardello di una risposta penale nei soli casi espressamente previsti da specifiche norme di parte speciale[5]. Con l'uno (obbligo di attivarsi), infatti, la fattispecie incriminatrice prescrive il sorgere di un omonimo dovere su chiunque l'"occasione" porti a contatto con la descritta situazione di fatto connotata da intrinseca pericolosità, come è per il dovere di assistenza di cui all'art. 593 c.p.; con l'altro (obbligo di sorvegliare), piuttosto, si sancisce l'obbligo

---

(1) Svariate le fattispecie commissive che si intendono non suscettibili di essere convertite mediante l'art. 40 cpv. Tali i reati di mera condotta attiva, dovendosi la norma riferire alla sola dimensione dei reati con evento in senso naturalistico (Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 586; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 154); ogni fattispecie che presupponga «un atto positivo di carattere necessariamente personale» (c.d. reati di mano propria), ed implichi quindi che «il reo deve commettere positivamente il reato a mezzo della sua persona », come è per l'ipotesi di incesto (Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 585); i reati a forma vincolata, in cui la descrizione legislativa contiene la definizione di modalità particolari tipiche di compimento del fatto (Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 380; Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 103). Per l'operatività della norma *de qua* nell'ambito delle fattispecie plurisoggettive eventuali, ove funge da criterio selettivo dei contributi omissivi rilevanti rispetto al reato commesso da un terzo, v. per tutti Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss.

(2) Cfr. Cass., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti ed altri, in *Foro it.*, 1992, II, 36.

(3) V. Pulitano', *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 260: «l'obbligo giuridico può fondare e fonda *non* la causalità dell'omissione, *sì* invece la tipicità dell'omissione causale».

(4) Per una approfondita analisi dei distinguo correnti tra le diverse categorie di obblighi citate nel testo, si rinvia a Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

(5) Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 343.

di vigilare sull'operato di terzi per conoscere dell'eventuale commissione di illeciti ed informarne il garante/titolare dei beni[6].

Il dato testuale su cui ci si interroga, invece, non cela di avere a presupposto l'esistenza di una imposizione funzionale all'impedimento dell'evento, che vige autonomamente e prima rispetto al verificarsi dell'evento stesso per effetto della specifica inottemperanza[7].

Tanto vale a mettere in rilievo lo "speciale" vincolo di tutela che destina una determinata categoria di soggetti ad assolvere una funzione di garanzia rispetto ad interessi penalmente protetti[8]. La prima conclusione da trarre, allora, è che la giuridicità in parola si presta a fornire una specificazione selettiva della nozione di "posizione di garanzia", nel cui *genus* operare la ben nota classificazione della protezione e del controllo a seconda dell'oggetto del comportamento protettivo che è in uno esigibile ed imposto, a seconda, cioè, che spetti proteggere *determinati* beni da *tutte* le possibili fonti di pericolo, ovvero tutelare *tutti* i beni giuridici esposti ad una *determinata* fonte di pericolo[9].

Del resto, non si fatica a leggere nel fraseggio dell'art. 40, comma 2, c.p., precisamente nel frammento linguistico dell'"obbligo di impedire l'evento", il concetto di garante ed il contenuto sostanziale dell'obbligo che quello accompagna. Un simile dovere, difatti, *non può che* consistere nell'esercizio di poteri specularmente impeditivi. Se ne conclude, allora, come l'effettività dei medesimi poteri impeditivi dimessi, ovvero la concreta "presa in carico" del bene tutelato da parte del soggetto garante, è connotato dell'omissione penale direttamente tipizzato, ad inibire scivolamenti verso lo specchio della responsabilità per fatto altrui.

Per l'incontro, il capoverso in menzione si prefigge di filtrare la rilevanza penale di queste "situazioni di reale vicinanza" (tra soggetto e bene in potenziale pericolo; tra soggetto e fonte del potenziale pericolo) attraverso il parametro della giuridicizzazione, che accede alla posizione di garanzia,

---

(6) Leoncini, *Obbligo di attivarsi,* cit., 412.

(7) Esattamente Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 342, per cui è di garanzia «l'obbligo giuridico che grava su *specifiche categorie predeterminate* di soggetti *previamente* forniti degli adeguati *poteri giuridici*, di impedire eventi offensivi di beni altrui, *affidati* alla loro tutela per l'*incapacità* dei titolari di adeguatamente proteggerli».

(8) Cfr. Veneziani, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998,1143 ss.

(9) *Ex multis* Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 280 s.: «La ragione sostanziale degli obblighi di protezione sta nel particolare legame esistente tra il garante e il titolare del bene … Il fondamento dell'obbligo di controllo non può essere ravvisato in una particolare relazione tra il garante e i titolari dei beni bisognosi di tutela rafforzata, bensì nella titolarità da parte del garante di poteri giuridici di "signoria" sulla fonte di pericolo che impediscono ai terzi che ad essa sono esposti di autoproteggersi adottando le opportune misure di sicurezza».

qualificandola, nel momento in cui l'ordinamento arricchisce di doverosità l'esercizio di un simile potere fattuale, portando la relativa violazione al livello della condotta tipica[10]. È la giuridicità, pertanto, che del dovere in questione appresta la base *formale*, indispensabile a consentirne la (ri)conoscibilità e controllabilità quali irrinunciabili "lasciapassare" nel territorio penale.

Ci si incammina in siffatta maniera ad abbracciare l'idea per cui «la teoria formale e la teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento necessitano di reciproca integrazione»[11]. Meglio, la fonte dell'obbligo di impedire l'evento è assieme formale e funzionale, perché se non basta, come invece preteso dall'inquadramento tradizionale, l'accertamento dell'«aspetto di validità ed efficacia formale del fattore genetico»[12], in sostanza l'individuazione di una fonte dell'obbligo che sia formalmente qualificata, neppure può risultare soddisfacente – in un sistema che risponda agli imperativi della legalità – avallare un'ottica esclusivamente sostanziale, che si concentri sul solo accertamento di una materiale posizione di garanzia.

Dopo essere stata calata entro una prospettiva di stretta corrispondenza tra dovere da un lato, e simmetrici poteri dall'altro, la fonte dell'obbligo in questione rivela dunque una composizione articolata: in primo luogo, sul materiale dominio del rischio che il soggetto possieda, in seconda battuta, sulla positivizzazione in termini giuridici di un simile *status* visibile sul piano empirico[13].

Si spiega pertanto l'esclusione dal campo di osservazione della richiamata giuridicità formale sia della precedente attività pericolosa *tout court*[14], sia

---

[10] Cfr. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 625: «la giuridicità dell'obbligo … non può che significare la volontà legislativa di subordinare la rilevanza penale della posizione di garanzia all'esistenza di un obbligo … formalmente posto da una fonte dell'ordinamento a ciò abilitata».

[11] ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 391.

[12] ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 383. Sul punto, GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 192; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 118.

[13] Si consideri, difatti, come il rilievo critico dai più mosso avverso la tradizionale teoria formale si sia stanziato proprio sull'eccessivo rilievo dato «all'aspetto di validità ed efficacia formale del fattore genetico», così ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 383.

[14] Perplessità - di fronte all'argomento che guida tale indirizzo, che assegna, a chi si ingerisce nella sfera di libertà di terzi ingenerando nuove fonti di pericolo o intensificando il pericolo presistente, la qualità di garante della neutralizzazione degli effetti di tali fonti – sono state espresse, tra gli altri, da ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 390; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 286; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano,1979, 212 ss.

della gestione di affari altrui[15], sia ancora della consuetudine[16]. A seguire questo ragionamento, ad oggi significativamente presente nel panorama giurisprudenziale[17], ciò che rimane a discriminare la fonte di un *potere* impeditivo dalla fonte di un *obbligo giuridico* impeditivo va sotto la stretta denominazione della "legge" e del "contratto", per la forza di "legge del rapporto tra le parti" a quest'ultimo conferita *ex* art. 1372 c.c. Cosicché, ai sensi del suddetto parametro, l'assunzione del ruolo di *garante penale* viene a discendere anche da una fonte convenzionale, indifferentemente tipica o atipica eppur fondata su di una comune base consensuale[18], adatta quindi

---

[15] In quest'ottica pare sufficiente segnalare che l'art. 2028 c.c. ingenera nel gestore il solo «obbligo di condurre a termine la gestione iniziata senza il consenso del soggetto interessato, ma per l'utilità di questi». Pertanto, da un lato è sufficiente che la gestione sia *utilmente iniziata* (Cass., sez. II, 18 marzo 1989, n. 1365, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 362; per cui non è richiesto il requisito dell'utilità dei singoli atti ma è sufficiente che l'atto o gli atti iniziali abbiano in sé tale requisito, Cass., sez. III, 4 ottobre 1956, n. 3336, in *Giust. civ.*, 1957, I, 920), dall'altro è necessaria la «mancanza di un qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui» (Cass., sez. III, 29 marzo 2001, n. 4623, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 263; v. anche Cass., sez. I, 17 luglio 1969, n. 2636, in *Foro it.*, 1971, I, 713). Inoltre, trattandosi di intervento (gestorio) facoltativo e circoscritto alla tutela di beni patrimoniali, tale figura si porrebbe in contrasto con i principi di riserva di legge e di tassatività, cui è invece doverosamente chiamata a conformarsi l'individuazione giudiziale della fonte giuridica della posizione di garanzia, v. Gargani, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione: due casi "esemplari" di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1393; Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., 223 s., 293 ss.; Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 350 s. Acconsente alla configurabilità di un obbligo impeditivo *ex* art. 2028 c.c., Piemontese, *Fonti dell'obbligo giuridico di garanzia: un caso enigmatico, tra contratto e fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 760 s.

[16] In proposito si vedano i rilievi, analogamente critici, di Marinucci, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 507.

[17] Cfr. Cass., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 22614, Fusco. Nel respingere i ricorsi presentati nel procedimento relativo al disastro aereo dell'aeroporto di Linate dell'8 ottobre 2001, la Corte ha affermato che, con riguardo al periodo successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 250 del 1997, il quale ha trasferito i compiti precedentemente assegnatigli dall'art. 719 cod. nav. all'ENAV e all'ENAC, ma precedente all'intervento del d.lgs. n. 96 del 2005, che ne ha definitivamente eliminato la figura, non è possibile desumere la sussistenza in capo al direttore di aeroporto, in quanto tale di una posizione di garanzia comportante l'obbligo di regolare e vigilare sui movimenti degli aeromobili nell'aeroporto, negando altresì possa ritenersi che, in ragione del solo inserimento organico di questi nell'ENAC ed in mancanza invece di una espressa previsione normativa in tal senso, allo stesso fosse attribuito l'obbligo di rendere statuizioni impositive nei confronti dell'ENAV ovvero di sostituirsi al medesimo in caso di inadempienza o ritardo da parte di tale ente nella predisposizione dei presidi necessari per la gestione in sicurezza del traffico aereo a terra.

[18] V. Cass., sez. IV, 22 maggio 2007, Conzatti, in *Cass. pen.*, 2008, 989 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 748 ss., con commento di Piemontese, *op. cit.*, 753 ss.:« La

a recepire nell'indagata sede sia la variegata casistica dei contratti formalmente invalidi sia gli episodi in cui manca l'intervento del garante-titolare originario e l'impegno protettivo è preso con un c.d. terzo benefattore.

3. Forte di questo retroterra, l'interprete del caso concreto si è mosso verso una conclusione inappuntabile, falsificando l'ipotetico ruolo di *garante giuridico* che l'imputazione aveva assegnato all'amministratore del condominio con riguardo a quegli avvenimenti nefasti per l'integrità fisica che trovino origine materiale nei beni riconducibili alla proprietà del condominio.

«Non sembra che l'imputato avesse obblighi giuridici di sorta quanto alla prevenzione di eventi come quello tragicamente occorso, né si trovasse a godere di un sostanziale potere di fatto idoneo a scongiurarne la produzione»: il pensiero che fa da perno alla decisione, così, coincide esattamente con l'atmosfera esegetica ormai imperversante, e dà implicitamente atto di un percorso di accertamento dell'obbligo giuridico che deve principiare dal (potere di) fatto per arrivare al dettato positivo (del relativo dovere).

La notazione appena trascritta consente dunque di affermare in sicurtà come non possa essere disattesa la pregiudizialità dell'esistenza di un

---

prima indiscussa fonte di obbligo è costituita dalla legge, sia quella di diritto pubblico che di diritto privato; sebbene non manchino disparità di opinioni a proposito della rilevanza delle fonti sublegislative come regolamenti, atti amministrativi e consuetudine. Altra sicura fonte dell'obbligo di garanzia è quella contrattuale, sulla quale occorre brevemente soffermarsi ... Essa comprende sia i contratti tipici come i contratti di prestazione d'opera della bambinaia e della guardia giurata, sia i contratti atipici che si fondano pur sempre sul consenso tra le parti. Esempi: la guida di montagna, i membri di un'associazione di volontari di pronto soccorso, i vicini di casa che si offrono senza retribuzione di accompagnare l'inesperto escursionista, di trasportare in ospedale l'ammalato o di custodire il bambino in assenza dei genitori, con accettazione del servizio da parte dei beneficiari ... In conseguenza, in tale ambito possono essere collocate situazioni nelle quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale. Tale importante precisazione consente di individuare la fonte legale dell'obbligo di garanzia in molte situazioni della vita ordinaria. A tale riguardo è sufficiente richiamare sinteticamente la ormai consolidata giurisprudenza civilistica che ha individuato obbligazioni di natura contrattuale ma non fondate sul contratto, bensì sul "contatto sociale". Tali obbligazioni sono agevolmente riconducibili all'ambito della posizione di garanzia … Le obbligazioni, si afferma, possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in contatto. Benché questo "contatto" non riproduca le note ipotesi negoziali, pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, ma si rinviene una responsabilità di tipo contrattuale, per non avere il soggetto fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo» (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la condanna per omicidio colposo pronunciata nei confronti di chi si era assunto l'incarico di accompagnare a valle, a bordo di alcuni slittini, i partecipanti ad una cena in un rifugio alpino).

effettivo potere impeditivo rispetto al riscontro della sua "elevazione" giuridica. Vero è che ad una tangibile relazione di vicinanza, "protettiva" o "di controllo", potrebbe non essere abbinata la qualifica della giuridicità, e ciò smorzerebbe comunque ogni pretesa di integrazione di una omissione tipica ex art. 40, comma 2. Ma è altrettanto inconfutabile che ove il potere di cui si tratta non sussista, e quindi manchi un dominio materiale del soggetto "reale" (quello, per intenderci, dello specifico accadimento) sulla dinamica offensiva, della giuridicizzazione dell'obbligo in discorso mai si potrà avere traccia. Si sfocia insomma nella consapevolezza che il dovere di impedimento – indizio dell'esistenza di un corrispondente potere - pretende la conferma nel caso concreto di quanto esso stesso segnala in astratto: la conferma, cioè, di trovarsi effettivamente davanti alla possibilità di una contro-azione capace di scongiurare il rischio del verificarsi dell'evento lesivo[19]. È questa possibilità (leggi potere) che la "legge" riconosce e trasfigura in obbligo.

L'analisi delle attribuzioni doverose per l'amministratore condominiale dimostra, allora, questa lacuna.

Esse si vedono elencate, *ex* art. 1130, comma 1, c.c. nell'esecuzione delle delibere assembleari, nel controllo dell'osservanza del regolamento condominiale, nella disciplina dell'uso delle cose comuni e della prestazione dei servizi di comune interesse, nella riscossione dei contributi e nell'erogazione delle spese di manutenzione condominiale[20].

Così, subito scompare l'immagine dell'amministratore quale *costante* garante dei beni suscettibili di essere lesi da attività inerenti al godimento della cosa comune, sostituita piuttosto da quella di garante *occasionale*, che tale diviene per effetto del potere-dovere discendente da una delibera assembleare, fonte della giuridicità ex art. 40, comma 2, c.p.; delibera – per inciso – che sia specificamente votata a neutralizzare situazioni di rischio intrinseche alle parti comuni dell'edificio o ai servizi ivi espletati nel comune interesse. Delibera che non ha riscontro nella fattispecie concreta.

È chiaro. L'evenienza appena evocata disciplina un'ipotesi legislativa di delega della funzione di controllo che rileva in capo ai proprietari condomini. Sulla scorta di quanto già osservato è difatti agevole avvistare nelle regole civilistiche sulla responsabilità per fatto illecito (artt. 2051, 2053 c.c.) la predisposizione di una apposita normativa che individua proprio in questi ultimi i soggetti assegnatari del compito (e del relativo potere) di

---

[19] V. Pedrazzi-Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1995, 278.

[20] Non si inquadra certo tra i doveri il "potere" previsto in capo all'amministratore *ex* art. 1135, comma 2, c.c.: «L'amministratore non può ordinare lavori di manutenzione straordinaria, salvo che rivestano carattere urgente, ma in questo caso deve riferirne nella prima assemblea».

organizzare e disporre in ordine alla fonte del pericolo-edificio. Di tal ché, è a tali garanti che spetta assicurare la protezione dei terzi rispetto ai pericoli che possano derivare da un uso scorretto dei propri beni, individuali o comuni che siano.

Ne discende come la delega in cui la delibera *de qua* si sostanzia, in quanto valida ed efficace[21], non solo si sarebbe prestata ad incarnare "una" delle modalità di adempimento dell'obbligo gravante sul garante originario[22], ma avrebbe al contempo fondato un nuovo - concorrente e derivato - potere-dovere di garanzia effettivamente avvistabile in capo all'amministratore[23].

4. Già qui ogni riflessione sembrerebbe trovare il proprio termine. La non verificabilità di un obbligo giuridico di impedire l'evento, finanche di una posizione di garanzia, in capo all'amministratore, importa difatti l'incompletezza oggettiva della figura tipica dell'omicidio commesso mediante omissione, che rimane deprivato di una condotta appellabile coi termini della tipicità.

Eppure la sentenza spazia oltre, coprendo l'intera estensione del potenziale campo di indagine, qui coincidente con l'area logica del reato omissivo colposo, ove un evento non è stato impedito perché una azione è stata omessa; e tale evento, evitabile mediante la diligenza mancata, è risultato (quantomeno) prevedibile da parte del soggetto attivo.

Allora si prosegue. E si prosegue col saggiare il versante della colpa, una volta accolto che la collocazione di una vetrata di adeguata tipologia (temprata o stratificata, come prescritto dai dettami delle Norme UNI so-

---

[21] Per una efficace sintesi dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità per ricostruire l'effettiva ripartizione dei compiti, con specifico riguardo al contesto imprenditoriale, si rinvia a D'Alessandro, *art. 40, lett. B)*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, 2006, 357 ss.

[22] Per questo orientamento sul ruolo da riconoscere alla delega di funzioni, Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano,1983, 61 ss.; Pulitano', *Posizione di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1982, IV, 178.

[23] Dissente da tale conclusione l'orientamento dottrinale che riconosce quale effetto della delega il trasferimento sull'incaricato della posizione di garanzia, con esonero definitivo dell'obbligato originario, v. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 11; Palombi, *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, diretto da Di Amato, Padova, 1990, 267. Nel senso del testo, per cui il trasferimento di compiti a terzi non può mai avere efficacia liberatoria "assoluta" per il delegante, giacché determina solo un mutamento del contenuto del suo obbligo primitivo con quello di vigilanza e controllo dell'opera svolta dal delegato, l'indirizzo giurisprudenziale dominante, per tutte Cass., sez. IV, 21 giugno 1985, Signorino, in *Riv. pen.*, 1986, 1001; Cass., sez. IV, 14 febbraio 1992, Bresciani, in *Cass. pen.*, 1992, 2458.

pravvenute rispetto al momento di completamento dello stabile) *non avrebbe probabilmente prodotto frantumi offensivi come quelli che provocarono la morte dello sventurato ragazzo*.

L'approfondimento di questo ulteriore segmento, appartenente alla dimensione soggettiva del tipo, dimostra un andamento del tutto singolare, proiettato come è ad esaminare, ed escludere, la misura propriamente soggettiva della colpa sebbene della colpa suddetta neppure si sia inteso di poter ravvisare il requisito oggettivo consistente nella violazione di una regola cautelare.

A margine dell'appunto vanno operate delle glosse essenziali, volte a delineare con precisione gli elementi menzionati.

La definizione legislativa della colpa accolta nell'art. 43, alinea 3, c.p., accanto alla componente negativa della involontaria realizzazione del fatto, individua il carattere positivo della peculiare forma di responsabilità nell'imprudenza, negligenza, imperizia (colpa c.d. generica), ovvero nell'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (c.d. colpa specifica), che del fatto non voluto, ancorché previsto, sia stata la "causa".

L'accertamento che ne consegue, secondo un inquadramento concettuale assodato non solo in campo dogmatico, si articola dunque in una pluralità di fasi distinte: per sommi capi, al riscontro della violazione dell'attento comportamento richiesto segue la verifica dell'effettiva realizzazione dello specifico rischio che la regola di diligenza violata tendeva a neutralizzare; quindi la verifica della prevedibilità dell'evento dannoso evitabile per mezzo di una condotta rispettosamente diligente; infine il riscontro dell'esigibilità dell'atteggiamento corretto.

Il rimprovero della colpa, quindi, non si appaga della sola inosservanza della diligenza obiettivamente prescritta – c.d. misura oggettiva della colpa – scaturendo piuttosto dall'ulteriore dimostrazione che l'*agente avrebbe potuto evitare l'evento*. Tale profilo soggettivo lascia tuttavia aperti ampi margini di discussione circa la misura di generalizzazione da adottarsi in vista della fissazione del grado di diligenza preteso nei confronti di chi ha commesso il fatto. Delle due l'una: o lo si rapporta direttamente alle capacità individuali del soggetto, e quindi si esclude la rimproverabilità se l'agente non era in grado di osservare la linea di condotta-modello in considerazione del suo livello personale di conoscenze, esperienze ed energie[24]. Oppure lo si parametra allo schema dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, differenziato a seconda della specifica attività svolta nel caso concreto[25],

---

[24] Romano, *Commentario sistematico*, cit., 467 s.

[25] V. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965,192; Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 239; G.V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978, 315. In giurisprudenza v. Cass., sez. IV, 10 marzo 1984, Catena, in *Giust. pen.*, 1985, II, 280. In senso critico Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir.*

alla cui stregua diviene possibile pretendere, da chiunque svolga anche occasionalmente una determinata attività, le capacità e la diligenza che contraddistinguono l'agente modello[26]: «l'agire come membro di un determinato gruppo, o come portatore di un determinato ruolo sociale, comporta, infatti, l'assunzione di responsabilità di saper riconoscere ed affrontare le situazioni ed i problemi inerenti a quel ruolo, secondo lo "standard" di diligenza, di capacità, di conoscenze richieste per il corretto svolgimento di quel ruolo stesso»[27].

Ecco, allora, che il sapere e le capacità ulteriori rispetto a quelle del *generale* agente modello (per tutti, il caso del medico specialista), ovvero le ridotte capacità di talune cerchie di persone (per tutte, l'automobilista principiante) saranno a loro volta fattori su cui calibrare ulteriori modelli di agente[28], se non anche nuove regole di diligenza[29].

Tutte le regole cautelari, difatti, a prescindere dalla fonte, fuoriescono da una elaborazione pragmatica che individua i comportamenti esigibili dall'uomo medio ragionevole, partecipante ad un determinato settore di attività, adatti ad evitare i rischi prevedibilmente insorgenti nel contesto di quella medesima attività.

Ciò significa che (già) la regola cautelare è disegnata proprio sull'agire paradigmatico di un soggetto ideale, che altri non è se non l'attento *homo esiusdem professionis et condicionis*.

Significa anche: il rimprovero per colpa può emergere solo se v'è coincidenza tra il necessario contenuto preventivo posseduto dalla norma violata e l'evento consecutivo all'inosservanza, di tal ché «la responsabilità non si estende a tutti gli eventi che comunque sono derivati dalla violazione della norma, ma è limitata a quelli che la norma stessa mira a prevenire»[30]. Come d'altronde scrive l'art. 43: il delitto è colposo quando la negligenza (leggi, la violazione della misura precauzionale) è *causa* dell'evento.

5. Diviene allora ineludibile scandire i punti di distinzione da un lato, e di sovrapposizione dall'altro, tra la causalità intesa in senso naturalistico-materiale e la c.d. causalità interna alla colpa.

---

*proc. pen.*, 1999, 96; Id., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295.

(26) Cfr. Lunghini, *art. 43 - C)*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, 2006, 417.

(27) Cass., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti ed altri, cit., 36.

(28) V. Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, 204; Forti, *Colpa ed evento*, cit., 281.

(29) Cfr. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 338.

(30) Cass., sez. IV, 4 maggio 1987, D'Agostino, in *Cass. pen.*, 1988, 1939; Cass., sez. IV, 13 ottobre 1986, Lombardo, in *Riv. pen.*, 1987, 1011. Pacificamente anche in dottrina, per tutti Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 236; Forti, *Colpa ed evento*, cit., 314.

In dettaglio, la distinzione si coglie ove si abbia a che fare con un'ipotesi di condotta attiva. Nel suddetto caso, difatti, è il comportamento effettivamente speso ad essere posto sul piatto della bilancia al momento in cui tocca verificarne la portata di concreta *condicio sine qua non* dell'evento, alla luce di una regola generale ed astratta di spiegazione della successione degli avvenimenti[31]. Sicché, al consecutivo passaggio della causalità colposa[32] si tratterà piuttosto di accertare se la regola cautelare (generale ed astratta) disattenzionata era quella "effettivamente valida nel caso concreto" ad evitare il rischio incarnatosi nell'evento *hic et nunc*[33]. Il tutto, attraverso un giudizio ipotetico di addenda mentale che inserisce nella singolarità del contesto fattuale occorso il c.d. comportamento alternativo lecito[34], quale ideale astratto di *modus operandi*[35].

---

(31) In argomento si rinvia agli insegnamenti di Cass., sez. un., 11 settembre 2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss., con commento di Di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota di Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico – chirurgico*; in *Cass. pen.*, 2002, 3643, con nota di Massa, *Le sezioni unite davanti a "nuvole ed orologi"*; *ivi*, 2003, 1176, con nota di Blaiotta, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli*. Cfr. anche Cass., sez. IV, 23 gennaio 2002, Orlando, in *Foro it.*, 2002, II, 420, con osservazioni di Fiandaca. Si veda, altresì, il commento di Stella, *Etica e razionalità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767 ss.; Id., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio – basse nella successione di eventi*, *ibidem*, 1215 ss.

(32) A proposito della c.d. causalità interna alla colpa, e degli attuali esiti della riflessione che l'ha coinvolta, si rinvia alla sintesi concettuale operata da Cass., sez. IV, 6 luglio 2007, Rinaldi, in *Riv. pen.*, 2008, 30:«Essa si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antigiuridico, ma anche quando una condotta appropriata aveva apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno. Su tale assunto la riflessione giuridica è sostanzialmente concorde, anche se non mancano diverse sfumature in ordine al livello di probabilità richiesto per ritenere l'evitabilità dell'evento. In ogni caso, non si dubita che sarebbe irrazionale rinunziare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia omesso di tenere una condotta osservante delle prescritte cautele che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto».

(33) Parla di una verifica a posteriori del «successo» «del modello di previsione insito nella regola cautelare, Forti, *Colpa ed evento*, cit., 447.

(34) Sul tema, Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 93; Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 261; Forti, *Colpa ed evento*, cit., 659.

(35) Paradigmatica la casistica in tema di colpa specifica: il rispetto della norma positiva si intende doveroso fino a quando la condotta imposta non determini in concreto un aumento del rischio della realizzazione del fatto. In tali ipotesi si ritiene "prescritta" la condotta inosservante, così Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 248.

Il margine di sovrapposizione, invece, sta tutto dalla parte dei comportamenti omissivi: l'essenza normativa che questi connota, difatti, «postula una relazione con un modello alternativo di comportamento attivo, specifico e imposto dall'ordinamento», e delinea un nucleo forte che si scopre «relativo sia alla posizione di garanzia che agli specifici doveri di diligenza, la cui inosservanza fonda la colpa dell'agente»[36]. Più esattamente – coerenti con le conclusioni che sono già state tratte – si dovrà convenire come la previsione normativa della cautela, generica o specifica che sia, qui coincida con la modalità con cui l'ordinamento attendeva l'attivazione del potere/dovere giuridico impeditivo. Pertanto, al momento di verificare – con il noto giudizio doppiamente ipotetico – il nesso eziologico tra omissione ed evento non impedito, la condotta attiva da immaginare sarà proprio quella corrispondente al comportamento (alternativo lecito) diligente[37]. In altri termini, la regola precauzionale da cui la condotta ha dimostrato discostarsi svolge un indubitabile ruolo già nella definizione della causalità del comportamento tipico, descrivendo i dettagli di quell'espressione del potere impeditivo che spetta al giudice aggiungere mentalmente al quadro fattuale per operare la verifica della concreta portata condizionalistica dell'omissione.

Ciò persuade del fatto che, in generale, l'imputazione colposa dell'evento operi come meccanismo di definizione della misura oggettiva della colpa, in quanto l'evitabilità in parola funge da parametro ricognitivo dell'effettività di una *violazione colposa*. Tale violazione, difatti, implica che la norma prudenziale il cui dettame non è stato seguito dall'agente sia la regola comportamentale del caso concreto, sia cioè la regola che avrebbe potuto esprimere, rispetto al risultato di specie, una reale funzionalità precauzionale.

In fin dei conti, allora, quando si chiosa che l'evento verificatosi deve potersi ricondurre al *tipo* di evento che la regola cautelare violata intendeva prevenire[38], non si esige solo la dimostrazione dell'omogeneità offensiva tra risultato paventato in astratto e risultato reale, per qualità del bene giuridico pregiudicato e per quantità/gravità del pregiudizio arrecato; ma si vuole anche accertato che, per effetto dell'inottemperanza, non siano stati adeguatamente schermati i canali eziologici presi in considerazione dalla regola e poi effettivamente percorsi dal rischio divenuto evento reale.

6. Ordunque, se dal lato *oggettivo* della colpa si tratta di vagliare l'inosservanza di una regola cautelare, quella valida nel caso concreto, e ciò anche accertando l'*evitabilità* – per il suo tramite – dell'evento prevedibile, non rimane che porsi l'interrogativo sulla consistenza della misura *soggettiva* (positiva) della colpa.

---

[36] Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 53.

[37] V. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 408.

[38] Marinucci, *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, Milano, XI, 1962, 420; Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 342 ss.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 552.

Qui, ribaltata l'ottica appena descritta, occorrerà verificare la *prevedibilità-riconoscibilità* dell'evento evitabile, che si è concretamente materializzato[39].

Prevedibilità significa infatti possibilità di riconoscere il pericolo che dalla specifica condotta intrapresa venga a conseguire la realizzazione di un determinato fatto, ovvero la realizzazione del tipo di rischio a prevenire il quale era stata posta la regola infranta[40].

A rilevare, nella sede prettamente soggettiva, saranno pertanto proprio le conoscenze contingenti dei dati della realtà percepibili da parte del singolo agente: la prevedibilità sussiste se codesti dati avrebbero potuto/dovuto importare la rappresentazione della concretizzazione del rischio altrimenti evitabile, ove fossero stati elaborati dal medesimo soggetto una volta "vestitosi" – come atteso dall'ordinamento – da uomo accorto ed avveduto[41]. Nella base del giudizio di prevedibilità, in sostanza, rientra non solo il riconoscibile – appunto al momento del fatto – ma anche, ed in

---

[39] Cfr. Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, B. e altro, in *Foro it.*, 2007, II, 550: «la prevedibilità dell'evento dannoso va accertata con criteri *ex ante* e va valutata dal punto di vista dell'agente (non di quello che ha concretamente agito, ma dell'agente modello) per verificare se era prevedibile che la sua condotta avrebbe potuto provocare quell'evento; il criterio della concretizzazione del rischio, invece, è una valutazione *ex post* che consente di avere conferma, o meno, che quel tipo di evento effettivamente verificatosi rientrasse tra quelli che la regola cautelare mirava a prevenire, tenendo conto che esistono regole cautelari per così dire "aperte" nelle quali la regola è dettata sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute, ed altre "rigide", che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento».

[40] Nel senso che oggetto della prevedibilità possa essere un evento "analogo" a quello verificatosi, Cass., sez. IV, 11 luglio 2002, Macola, in *Foro it.*, 2003, II, 324; Cass., sez. IV, 11 maggio 1998, Calamandrei e altro, *ivi*, 1999, II, 236. Più esattamente, afferma che il giudizio di prevedibilità non ha ad oggetto l'evento come appartenente ad un *genus* o un mero evento di danno, dovendo piuttosto fare riferimento allo specifico decorso causale sfociato nell'evento terminale, App. Torino, 18 ottobre 1996, Rigollet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 711, con nota di Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*. Difforme Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, B. e altro, cit.: «Quanto al contenuto della prevedibilità, è da ritenere, inoltre, che vi rientri anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta ma potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione»; App. Venezia, 15 dicembre 2004, P.M. ed altri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670 s., con nota di Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*.

[41] Si tratta quindi di verificare «la coincidenza tra le generalizzazioni causali alla base della disposizione preventiva e quelle utilizzabili per la spiegazione dell'evento corrispondente a una fattispecie di reato verificatosi *hic et nunc*», App. Torino, 18 ottobre 1996, Rigollet, cit.

primo luogo, il concretamente ed attualmente conosciuto[42]. Il rimprovero per colpa si motiva così nei confronti di chi avrebbe dovuto farsi carico della possibile inadeguatezza delle modalità operative concretamente adottate tenuto conto degli elementi sensibili indicatori del rischio[43], in breve dei relativi sintomi.

7. Passata rapidamente attraverso la teorica generale del reato colposo, la disamina deve ora tornare a radicarsi nell'orizzonte esegetico definito dall'avvenimento di specie.

S'è visto come la decisione in epigrafe, per quanto attiene alla verifica dell'omissione impropria, abbia consacrato la centralità dell'equilibrio tra doveri e poteri dell'impedimento, per ovviare al rischio – cui presta il fianco una cospicua produzione giurisprudenziale[44] – di disgiungere l'accertamento

---

[42] ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 459.

[43] V. Cass., sez. IV, 29 aprile 2008, n. 22622, Barzagli ed altro. Nella fattispecie – relativa ad un infortunio sul lavoro occorso a dipendente della ditta appaltatrice per conto dell'ENEL dei lavori di manutenzione di impianti, caduto al suolo, pur utilizzando congrua cintura di sicurezza, per il cedimento del palo della linea elettrica, infisso nel terreno per poco più della metà di quanto prescritto dalle norme CEI – è stato ritenuto che i responsabili della ditta appaltatrice (in qualità di datore di lavoro) «avrebbero dovuto farsi carico della possibilità che i pali di sostegno non fossero più efficienti, soprattutto tenendo conto dei seguenti elementi indicatori di sicuro rischio: l'obsolescenza trentennale dei pali, riconosciuta dagli stessi prevenuti, la mancanza di una targhetta identificativa che consentisse la stima approssimativa di quanto interrato, la mollezza del terreno in cui era interrato il palo. Ciò non significa … che dovesse pretendersi … l'obbligo di dissotterrare il palo su cui intervenire al fine di verificarne la stabilità, ma, piuttosto, quello di scegliere modalità operative diverse da quella in concreto adottata (l'utilizzo di un autogrù con cestello o dei controbilanciamenti di tensione, invece della scala appoggiata sul palo), in adempimento degli obblighi di tutela e di sicurezza che fanno capo al datore di lavoro». V. anche Cass., sez. IV, 26 maggio 2006, n. 31462, C. ed altro, in *Guida al dir.*, 2006, n. 42, 77, la quale ha annullato con rinvio la sentenza di condanna per i reati di disastro colposo ed omicidio colposo ritenendo non adeguatamente motivata l'affermata responsabilità dei titolari di una tipografia per il crollo dello stabile dove era stata allocata l'attività, argomentata sul rilievo che questi, nell'effettuare alcuni lavori di ampliamento dell'attività della tipografia, non avrebbero provveduto a verificare la compatibilità di tale incremento con le strutture dello stabile; infatti, secondo il giudice di legittimità, si era trascurato di considerare che tale obbligo di verifica avrebbe dovuto essere esercitato solo laddove fossero risultati elementi concreti per dubitare di qualche deficit strutturale dell'edificio (come in effetti solo *ex post* accertato), giacché diversamente, in ragione dell'attività svolta e dell'ampliamento che si era realizzato, bene i titolari avrebbero potuto fare "affidamento" sulla corretta costruzione dell'edificio e, quindi, sull'assenza di difetti strutturali incompatibili con l'intervento ampliativo.

[44] Si legge così che la velocità eccessiva del veicolo che seguiva quello tamponato «costituisce causa esclusiva dell'evento», Cass., sez. IV, 1 luglio 1992, Lubrano

della violazione dell'obbligo dalla dimostrazione dell'impedibilità dell'evento in forza dell'atteso svolgimento scrupoloso dell'attività da parte del garante[45]. Con l'amputazione di quest'ultimo tassello, difatti, si innesca un inarrestabile processo a catena che "schiaccia" sul piano della condotta tipica tanto il rapporto eziologico tanto la colpa, dando luogo ad una dilatazione incontrollata dello spazio penale: dalla violazione dell'obbligo si inferisce direttamente la responsabilità per l'evento-reato da altri cagionato, saltando la verifica, oltre che della sua rappresentabilità, della connessione causale con l'ipotetico adempimento[46].

Ad evitare una così nefasta ricaduta nella logica del *versari in re illicita*, ad evitare la confusione tra il versante oggettivo dell'omesso adempimento dell'obbligo ed il versante soggettivo dell'omesso comportamento diligente, serve allora valorizzare il profilo della prevedibilità, che segna l'appartenenza (latamente) psicologica del fatto non voluto all'agente[47], e che dovrà essere parimenti vagliato, giusto il dettato normativo, nell'ipotesi della colpa generica come nell'ipotesi della colpa specifica[48].

La piena adesione che la pronuncia annotata dichiara rispetto alla descritta articolazione del ragionamento giuridico trova sintesi nella statuizione finale: «manca, in definitiva, la norma che avrebbe potuto costituire la fonte dell'obbligo da cui far discendere il nesso causale tra l'ipotizzata condotta omissiva [dell'amministratore] e la morte del ragazzo; quand'anche esistesse, mancherebbe un concreto profilo di colpa a carico del prevenuto, dovendosi collocare le cautele che il P.M. reputa non adottate al di là della soglia dell'inesigibilità, così come l'evento dovrebbe ritenersi sostanzialmente non prevedibile secondo gli ordinari *standards* di diligenza da applicare nei casi – come quello in esame, stando alla lettera della rubrica – di colpa generica».

Queste stesse parole, tuttavia, lasciano sorgere più di una perplessità esegetica.

---

Lobianco, in *Arch. giur. circ. strad.*, 1992, 131; si conclude ravvisandosi «la colpa, e il conseguente nesso eziologico con l'evento dannoso, del datore di lavoro nel non aver questi previsto una valutazione concreta dei rischi … e nell'avere omesso di prendere le misure idonee alla eliminazione di detti rischi»,Cass., sez. IV, 29 aprile 2008, n. 22622, Barzagli ed altro.

(45) Sul tema Risicato, *La partecipazione mediante omissione*, cit., 5 ss.

(46) Cfr. Gargani, Ubi culpa ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000,610 ss.; Militello, *La colpevolezza nell'omissione: dolo e colpa nel fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 987.

(47) Ben distingue i due piani Cass., sez. IV, 30 gennaio 1989, Martina, in *Cass. pen.*, 1990, 1139.

(48) Diffuso l'orientamento secondo il quale «in tema di colpa specifica, l'inosservanza della prescrizione legittimamente imposta dalla p.a. costituisce, di per sé, l'essenza della colpa, non essendo consentito al destinatario dell'ordine di sostituire il proprio giudizio di prevedibilità o evitabilità a quello della p.a., adottando condotte diverse», Cass., sez. IV, 21 marzo 2002, C., in *Cass. pen.*, 2004, 1992.

Sebbene rinnervino una certezza: la regola cautelare focalizzata in questa sede – Norma UNI in punto di tipologia di vetrata da installare – non può avere nell'amministratore condominiale il proprio interlocutore, nella misura in cui egli è riconosciuto estraneo all'esercizio del potere che la regola stessa si accinge a modulare. Del resto, il medesimo giudicante, dopo aver chiamato in causa la norma che prescrive ai proprietari dei fabbricati ad uso abitativo il dovere di «provvedere alla manutenzione degli edifici in modo che tutte le loro parti mantengano costantemente i requisiti di igiene e sicurezza richiesti dalle norme vigenti» (art. 71 della delibera comunale avente valore di regolamento edilizio), individua quale destinatario del messaggio precettivo – che le citate Norme UNI attualizzano – non certo l'amministratore, bensì limpidamente i proprietari dell'immobile.

È in questa direzione che va dunque la pausa riflessiva dedicata dalla decisione in apice alla (im)prevedibilità della frantumazione del vetro, comportante l'esito letale: scritta tenendo come soggetto grammaticale l'imputato, l'analisi sviluppata attorno alla capacità di percepire la rischiosità della vetrata ha come ulteriore soggetto logico "il" condomino (vero garante), parimenti inteso quale soggetto privo di cognizioni tecniche, e chiamato ad osservare una ordinaria diligenza.

Si legge, così, che pure per i proprietari la disposizione regolamentare in richiamo non fonderebbe l'obbligo costante di adeguamento dei fabbricati a tutte le innovazioni in tema di igiene e sicurezza. Ciò in quanto non graverebbe, a monte sui condomini, a valle sull'amministratore, l'onere di sindacare il tipo di vetro fornito né l'onere di chiedere (*all'artigiano*) un parere tecnico sull'idoneità di vetrate che avevano resistito a sollecitazioni di decenni, addirittura di tipo sismico. In sostanza, una simile cautela non esisterebbe risultando inesigibile rispetto ad un *quisque de populo*.

Questo passaggio deduttivo sconta, con una buona dose di evidenza, l'anticipazione, al tempo dell'individuazione della norma cautelare violata, di momenti di indagine eterogenei. Così, per un verso l'inesistenza di una regola prudenziale specifica è fatta discendere dall'inesigibilità della sua conoscenza da parte di chi non è "tecnico" del settore (edilizio e di produzione del vetro). Per altro verso, l'inesistenza della violazione di una regola cautelare generica è fatta derivare dalla incapacità individuale dell'agente di riconoscere la situazione di rischio.

Occorre allora fare buon uso della ricostruzione dianzi operata in punto di colpa, e riformulare la soluzione appena declamata dopo aver rimarcato i confini concettuali tra inosservanza, prevedibilità ed esigibilità.

Si è oramai certi che «la collocazione teorica della colpa oggi non possa esaurirsi nell'ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla tipicità del fatto»[(49)]; giunti al punto in cui siamo può anche dirsi acquisito

---

[(49)] In dottrina, MARINUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971, 157 s.; GALLO, *Colpa*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, 637.

che, dal lato della *tipicità*, la colpa rimane integrata solo al sommarsi di due distinti fattori, ciascuno doverosamente oggetto di specifico accertamento: l'*effettiva violazione di una regola cautelare* – quella funzionale al contenimento del rischio *de quo* entro i margini ammessi dal consesso sociale – e la *percepibilità*, da parte dell'agente "concreto", del *rischio* così lasciato sviluppare[50].

Distinto, invece, il piano su cui scorre l'*esigibilità* della conoscenza delle regole cautelari astratte rimaste inosservate (l'art. 71 in prima battuta, la norma UNI in seconda). La relativa verifica troverà pervero spazio nella distinta sede della valutazione della *colpevolezza colposa*[51]. Precisamente. S'e detto come la prevedibilità dell'evento, quale fattore tipico, consista nella percepibilità di quegli aspetti rilevanti della situazione reale tali da consentire all'agente (modello di colui che svolge l'attività) di avvertire come pericolosi dati comportamenti in dati contesti. La prevedibilità, infine, consiste nella riconoscibilità degli aspetti sintomatici del rischio illecito.

Il rimprovero personale per avere nonostante ciò commesso il fatto, si appoggia sulla motivabilità del medesimo soggetto a tenere una condotta conforme a quanto prescritto. Il giudizio di colpevolezza, dunque, rimane fondato tanto sulla possibilità dell'autore di essere motivato dal precetto penale colposo, il quale si forgia attraverso la misura prudenziale, tanto sulla ragionevole pretesa dell'ordinamento che l'agente si lasciasse motivare dal diritto[52]. Così, se è indubbio che, nel momento in cui si trova a svolgere una particolare attività, il soggetto ha una "causa psichica" per attivare il suo sforzo conoscitivo ed informativo in direzione della misura precauzionale da adottare nel caso concreto[53]; v'è pure da concludere nel senso che la costruzione dell'agente modello quale parametro della motivabilità non

---

[50] Cfr., ancora sul tema, Cass., sez. IV, 20 aprile 2004, Marchelli, in *Cass. pen.*, 2006, 520; Cass., sez. IV, 11 luglio 2007, n. 39619, B. e altro; Cass., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 29232, C.A.: «per la configurabilità della colpa non è necessario che l'agente abbia consapevolezza della situazione di pericolo da cui scaturisce il dovere di applicare una determinata regola cautelare, bensì è sufficiente che tale pericolo risulti in concreto riconoscibile e non imprevedibili le conseguenze di una condotta che lo ignori (fattispecie in tema di omicidio colposo da incidente stradale, concernente la mancata adozione di regole cautelari più severe di quelle ordinarie in occasione del transito su di una strada di montagna accidentata e senza "guard rail", le cui pessime condizioni di manutenzione avrebbero potuto consentire all'agente di prevedere la presenza di detriti e terriccio sulla carreggiata, ancorché egli non fosse stato preventivamente a conoscenza della circostanza).

[51] V. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 648: «La regola deve essere *preesistente e riconoscibile come pertinente al caso concreto*: è questo un presupposto necessario della responsabilità penale, imposto dai principi garantistici fondamentali: dal principio di colpevolezza quale necessario completamento del principio di legalità».

[52] Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 430 ss.

[53] Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 452.

andrà operata alla stregua del tipo di attività esercitata bensì guardando direttamente a "chi sia" l'agente in concreto. Ne esce fuori una misura di raffronto calibrata sulla considerazione di svariate circostanze individuali, quali l'età, le capacità fisiche ed intellettive, il patrimonio cognitivo, il bagaglio esperienzale del singolo soggetto attivo[54].

Tale motivabilità, del resto, implica che costui fosse in grado di conoscere – conoscibilità *ex* art. 5 c.p. – il patrimonio nozionistico "astratto" che gli avrebbe permesso di rappresentarsi il pericolo e di individuare regole cautelari pertinenti al proprio agire.

Il giudizio di rimproverabilità per colpa, quindi, conosce il limite invalicabile della scusabilità dell'ignoranza di siffatte informazioni, quando il soggetto non sarebbe stato in condizioni di acquisirle nemmeno comportandosi da agente modello, in quanto oggettivamente indisponibili (si pensi agli studi c.d. pionieristici); o quando la conoscibilità delle stesse gli è stata preclusa pur essendosi adeguatamente attivato – facendo "tutto quanto per lui possibile" – per acquisirle.

Si tratta ora di ripensare alla vicenda in esame alla luce di queste considerazioni. Tanto convince del fatto che la soluzione negativa in ordine all'integrazione della colpa, sia riferita ad un ipotetico amministratore-garante sia riferita ai garanti condomini, non possa certo sostare sulla mancata violazione di una regola cautelare: i disposti cui si è fatto ampio richiamo mettono difatti in chiaro che la prescrizione dell'adeguamento delle vetrate alla tipologia temprata/stratificata era orientata a contingentare proprio il rischio di rottura delle stesse in conseguenza di urti; ed i fatti dichiarano che tale misura cautelare è rimasta oggettivamente inosservata.

D'altronde, per giungere ad escludere la colpa neppure c'è bisogno di spingersi fino a vagliare la colpevolezza per il fatto, chiamando in causa una inesigibilità della conoscenza della regola violata di cui, a dire il vero, manca ogni traccia (per certo non bastando a questo fine l'identificazione dell'omittente quale soggetto non tecnico del settore).

Piuttosto, la "mancanza" di cui si tratta è destinata a rimanere dal lato della tipicità soggettiva, essendo implicata nell'assenza di un qualsiasi "segno premonitore" della pericolosità dell'omissione (del controllo) spesa in quel contesto.

Profilo, quest'ultimo, puntualmente colto e valorizzato dall'interprete, che al proposito rammenta come lo stato delle vetrate fosse rimasto integro per decenni, addirittura nonostante il verificarsi di significativi eventi sismici; e che nell'occasione della rottura di una di esse, colui che l'ebbe a sostituire – più che presumibilmente artigiano con la dovuta esperienza – non ne segnalò la fragilità o comunque la possibilità di una rottura con modalità intrinsecamente pericolose per l'incolumità fisica degli individui.

---

[54] Cfr. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 466 ss.

La conclusione, lette queste regole cartesiane della colpa, si riscrive da sola: «manca, in definitiva, la norma che avrebbe potuto costituire la fonte dell'obbligo da cui far discendere il nesso causale tra l'ipotizzata condotta omissiva [dell'amministratore] e la morte del ragazzo; quand'anche esistesse, mancherebbe un concreto profilo di colpa a carico del prevenuto, dovendosi l'evento ritenere sostanzialmente non prevedibile in considerazione dell'assenza di quegli indici di rischio che avrebbero reso percepibile il pericolo concretizzatosi nell'evento».

DANIELA FALCINELLI

# *DIRITTO PUBBLICO*

T.A.R. UMBRIA – PERUGIA – 27 dicembre 2007, n. 1039 – *Pres*. LIGNANI – *Est*. UNGARI – M. (avv.ti Di Tomassi e Farroni) c. Azienda U.S.L. n. 3 della Regione dell'Umbria (avv.ti Tarantini e Baleani) e nei confronti della Regione dell'Umbria (n.c.).

**Giurisdizione e competenza – Sanità – Autorizzazione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale – Diniego – Giurisdizione del G. A. – Sussistenza – Limiti e condizioni.**

*Nel caso in cui si discuta della pretesa a ricevere una prestazione determinata dal servizio sanitario nazionale, di regola sono ravvisabili posizioni di interesse legittimo a fronte delle quali sussistono valutazioni discrezionali (vuoi di "discrezionalità tecnica", vuoi di "discrezionalità amministrativa" in senso stretto) della pubblica amministrazione. In questi casi, le controversie sugli eventuali atti di diniego opposto dall'autorità competente sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Diversamente, qualora la salvaguardia della salute possa essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti sostituibile, allora il diritto alla salute del cittadino riacquista tutta la sua pienezza, non tollerando limiti e condizionamenti di sorta e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario* (1).

(*Omissis*). 1. Il ricorrente, a seguito di un incidente stradale in data 21 giugno 2006, ha riportato una grave mielolesione cervicale.

Dopo l'intervento neurochirurgico e le prime terapie riabilitative, ha individuato ai fini della continuazione delle cure la terapia nota come "Riabilitazione intensa e continuativa (RIC)", altrimenti detta "metodica Dikul" (dal nome del terapista russo che la mise a punto), praticata ambulatorialmente presso il Centro Giusti di Firenze.

La richiesta del ricorrente di essere autorizzato a sostenere tale trattamento riabilitativo a spese del S.S.N. è stata respinta dal direttore sanitario della A.U.S.L. n. 3 con nota prot.0013641 in data 27 aprile 2007.

Per motivare il diniego si afferma che: a) il trattamento RIC non è ricompreso tra le prestazioni erogabili direttamente dal S.S.N. (come si evince dalla d.G.R. 11 dicembre 2006, n. 2165, di aggiornamento del Nomenclatore tariffario regionale per prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale di cui alla d.G.R. 9 dicembre 2004, n. 1951; b) detto trattamento non rientra nel contratto per l'erogazione di prestazioni riabilitative tra l'A.S.L. n. 10 di Firenze ed il Centro Giusti; c) «non esistono conferme scientifiche, di efficacia ed appropriatezza rispondenti alle caratteristiche della "Medicina Basata sull'Evidenza" né sono presenti lavori clinici e sperimentali che dimostrino una maggiore efficacia del metodo RIC rispetto alle metodologie normalmente utilizzate»; d) presso la U.S.L. n. 3 e comunque in Umbria sono presenti strutture riabilitative adeguate alla specificità del caso.

2. Il ricorrente impugna il diniego, deducendo censure di violazione e falsa applicazione dell'articolo 1, comma 7, del d.lgs. 502/1992, degli artt. 2 e 32 della Costituzione, nonché carenza di motivazione, appresso esaminate.

3. La A.U.S.L. eccepisce il difetto di giurisdizione, sulla base del rilievo che si tratta di lesione del diritto alla salute, primario e fondamentale; mentre il rapporto dedotto in giudizio non si ricollega all'esercizio di poteri autoritativi, cosicché la controversia non può rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi.

Il Collegio ritiene al contrario di avere giurisdizione.

3.1. Viene in esame la questione se la posizione del ricorrente si qualifichi come diritto soggettivo o come interesse legittimo.

Che il "diritto alla salute", nelle sue varie esplicazioni, abbia la consistenza di diritto soggettivo perfetto è stato affermato da tempo dalla Corte di Cassazione e questo Collegio non intende ora mettere in discussione questo orientamento. Ciò non toglie, tuttavia, che quando si discuta della pretesa a ricevere dal servizio pubblico una prestazione determinata siano ravvisabili anche posizioni di interesse legittimo, a fronte di valutazioni discrezionali (vuoi di "discrezionalità tecnica", vuoi di "discrezionalità amministrativa" in senso stretto) dell'autorità preposta.

Va premesso che ora non si discute della "libertà di cura", intesa come il diritto di decidere se curarsi e come curarsi, anche a rischio di scegliere (a proprie spese) terapie meno efficaci e/o più costose di altre. Si discute, invece, della pretesa di ricevere una determinata cura dal servizio sanitario nazionale, a spese di quest'ultimo. Ora, come la generalità dei servizi pubblici, anche quello sanitario è condizionato, da un lato dalla limitatezza delle risorse pubbliche a fronte di bisogni plurimi e costi crescenti, dall'altro dalla correlata necessità di amministrarle sulla base di criteri di efficacia ed efficienza sempre più complessi e rigorosi.

Il servizio sanitario nazionale non può dunque fare a meno di adottare atti programmatici, al fine di individuare le prestazioni che possono essere erogate a spese dello stato, in quanto di utilità sufficientemente acclarata, escludendo invece quelle che non si palesano utili ovvero che, a parità di utilità, sono eccessivamente (e inutilmente) costose.

3.2. Se, in nome del diritto alla salute e della libertà di cura, l'ordinamento riconoscesse il diritto di ottenere, a spese dello stato, qualunque trattamento il richiedente ritenga – sulla base di un proprio apprezzamento strettamente soggettivo – utile alla propria salute, paradossalmente il servizio pubblico finirebbe con il non avere più risorse disponibili nemmeno per i casi più gravi, o altrimenti dovrebbero essere dirottate verso il servizio sanitario risorse sottratte ad altre esigenze non meno essenziali quali l'istruzione, la previdenza sociale o la pubblica sicurezza.

Ma non è questo il criterio di regolazione dei rapporti tra i diversi interessi pubblici su cui si fonda il nostro ordinamento. Tale criterio è invece quello del bilanciamento motivato, anche se si tratta di tutelare interessi costituzionalmente tutelati e primari come quelli relativi alla salute.

3.3. Ciò si desume anche dall'articolo 1 del d.lgs. 502/1992 (sostituito dall'articolo 1 del d.lgs. 229/1999), che pone una stretta correlazione tra "le risorse finanziarie pubbliche" ed i "livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse" (comma 2, come modificato dall'articolo 1, comma 5, del d.l. 347/2001, convertito dalla legge 405/2001), fino a specificare che l'individuazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza assicurati dal S.S.N. "è effettuata contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica nel Documento di programmazione economico-finanziaria" (comma 3).

La erogabilità di un trattamento a carico del S.S.N. costituisce così il frutto di una valutazione di discrezionalità tecnica (medico-scientifica), in ordine alla sua validità terapeutica, in senso assoluto e comparativo e nel contempo di una ponderazione discrezionale economico finanziaria che tenga conto dei costi e delle risorse disponibili.

3.4. Del resto, anche secondo il giudice civile, il quale propende per la configurazione del diritto alla salute come diritto assoluto e non degradabile e per la disapplicabilità del provvedimento che si assuma lesivo di esso, la possibilità di superare l'individuazione in via amministrativa dell'oggetto delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario non è senza limiti.

Infatti, è stato affermato che il principio del necessario contemperamento del diritto alla salute con le esigenze di bilancio del S.S.N. consente al legislatore ordinario ed alla p.a. di scegliere - in base al criterio della economicità - con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute dei cittadini, ma quando si accerti che la salvaguardia di questo bene, in casi di particolare gravità, può essere soddisfatta unicamente con un determinato intervento, non altrimenti sostituibile, allora il diritto del cittadino riacquista tutta la sua pienezza, non tollerando limiti e condizionamenti di sorta (cfr. Cass. civ., lav., 23 febbraio 2000, n. 2034; 26 aprile 2004, n. 7912). E che in simili casi l'errore, nell'esercizio del potere tecnico-discrezionale, può essere fatto valere dall'interessato solo per il tramite di un vizio di legittimità dell'atto (per il cui accertamento, con particolare riguardo all'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, ovvero sotto quello del travisamento dei fatti, o dell'errore manifesto di valutazione, potrebbe rendersi indispensabile una consulenza tecnica d'ufficio), ma non direttamente, domandando al giudice che, eventualmente a mezzo di consulente tecnico, operi un sindacato di merito di tipo sostitutivo del giudizio espresso dall'amministrazione (cfr. sent. n. 7912/2004, cit.).

3.5. Possono richiamarsi, al riguardo, anche le pronunce con cui la Corte Costituzionale ha contribuito alla definizione delle controversie legate all'erogabilità a carico del S.S.N. del c.d. multitrattamento Di Bella (cfr. sentt. 13 giugno 2000, n. 188; 2 aprile 1999, n. 121; 26 maggio 1998, n. 185).

3.6. Nella presente controversia, il ricorrente, in sostanza, contesta il contenuto delle scelte tecnico-discrezionali recepite nel Nomenclatore tariffario regionale, e chiede che venga ampliato l'ambito delle prestazioni (livelli essenziali di assistenza) erogabili.

Ne consegue che la controversia rientra nella giurisdizione esclusiva in materia di servizio pubblico sanitario (cfr. TAR Campania, Salerno, I, 18 maggio 2004, n. 402; Napoli, I, 6 aprile 2001, n. 1596; TAR Friuli V-G, 8 maggio 2002, n. 355).

Peraltro, l'individuazione del giudice non cambierebbe anche qualora si ritenesse che la controversia esuli dalla previsione dell'articolo 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. 80/1998 (come sostituito dall'articolo 7 della legge 205/2000), che sottrae alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici le controversie relative ai "rapporti individuali di utenza con soggetti privati". Sembra preferibile ritenere che il legislatore con tale (invero ambigua) espressione abbia inteso designare quelle controversie in cui vengano in gioco soltanto i profili di diritto privato inerenti al contratto d'utenza, rispetto ai quali è irrilevante la qualificazione soggettiva dell'erogatore e/o del fruitore (cfr. TAR Umbria, 1 aprile 2004, n. 159); così che rientrerebbero nella giurisdizione esclusiva, quei rapporti che comunque abbiano una fonte

provvedimentale, quale che sia la natura soggettiva delle parti, nonché quelli che siano comunque sottratti all'applicabilità integrale del diritto privato e presentino quindi un tratto pubblicistico dominante (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 28 marzo 2001, n. 1358). (*Omissis*).

## (1) Note critiche in tema di indegradabilità del diritto alla salute. Per una (provocatoria) rilettura della questione.

SOMMARIO: **1.** *Introduzione* – **2.** *Riparto di giurisdizione e diritto alla salute* **– 3.** *Nascita ed evoluzione della teoria della degradazione* **– 4.** *Spunti esegetici contro la teoria della degradazione (ovvero: le perplessità su questo equivoco ricorrente)* **– 5.** *Indegradabilità (nella dimensione oppositiva) ed affievolimento (nella dimensione pretensiva) del diritto alla salute. Osservazioni critiche* – **6.** *Il diritto alla salute come interesse costituzionalmente rilevante e le sue forme di tutela: tra diritto soggettivo ed interesse legittimo.*

### *1. Introduzione*

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria offre l'occasione per riflettere sulla spinosa questione relativa al criterio del riparto di giurisdizione adottato dalla prevalente giurisprudenza nei casi in cui la posizione del ricorrente sia preordinata a tutelare il "*diritto alla salute*", situazione giuridica che, in talune ipotesi, è configurata dai giudici quale vero e proprio diritto soggettivo assoluto e non degradabile, in altre (come nel caso di specie) è qualificata come "interesse legittimo" dialogante con il potere della pubblica amministrazione.

La vicenda in esame trae origine dall'impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo di un diniego di autorizzazione a sostenere uno speciale trattamento riabilitativo a spese del S.S.N. non ricompreso tra le prestazioni direttamente erogabili da predetto servizio, non annoverato nel contratto per l'erogazione di prestazioni riabilitative stipulato tra l'A.S.L. n. 10 di Firenze ed il centro presso il quale tale trattamento viene erogato, la cui efficacia terapeutica non solo non è dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili, ma è altresì equivalente a quella garantita da differenti trattamenti praticati presso strutture sanitarie pubbliche di assoluta eccellenza.

A fronte del ricorso presentato dal ricorrente, in via preliminare l'amministrazione ha eccepito il difetto di giurisdizione: ritenendo il *petitum* sostanziale essere costituito da un diritto (soggettivo) primario e fondamentale quale è quello alla salute ed escludendo, di conseguenza, il collegamento del rapporto dedotto in giudizio all'esercizio di poteri autoritativi, nelle sue difese questa ha escluso l'appartenenza della controversia dall'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Dopo aver esaminato con particolare attenzione l'esatta qualificazione della *causa petendi*, il Collegio ha riconosciuto nella pretesa a ricevere una prestazione dal servizio sanitario una situazione giuridica di *interesse legittimo* a fronte della quale sussisterebbero valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione e, dichiaratosi "competente" a decidere sulla questione, ha respinto il ricorso nel merito.

Pur condividendo le conclusioni cui è pervenuto il giudice umbro nella vicenda in esame, ciò che non convince pienamente è il modo in cui è stata risolta l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione: sebbene non vi siano dubbi sul fatto che l'aspettativa all'erogazione di una prestazione sanitaria in talune circostanze possa configurare una situazione soggettiva correlata ad un potere della pubblica amministrazione, la riesumazione del controverso meccanismo dell'affievolimento del diritto soggettivo (assoluto e non degradabile alla salute) in interesse legittimo oltre ad apparire inappropriata, nel caso di specie potrebbe risultare difficilmente accettabile.

Con la presente nota si cercherà pertanto di sottoporre ad una valutazione critica l'attendibilità della premessa metodologica su cui sono fondate le conclusioni della sentenza annotata onde poter verificare se sia possibile risolvere con differenti argomentazioni le eventuali questioni di giurisdizione che potrebbero essere sollevate in casi analoghi a quello in esame.

## *2. Riparto di giurisdizione e diritto alla salute*

Le notazioni che in questa sede si vogliono formulare non possono prescindere da una succinta esposizione del consolidato orientamento giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione nei casi in cui la *causa petendi* sia costituita dal fondamentale *diritto alla salute*.

Come è noto, a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite 9 marzo 1979, n. 1463 [1] e 6 ottobre 1979, n. 5172 [2], il *diritto alla salute* è stato configurato dalla giurisprudenza come fondamentale diritto dell'individuo, assicurato al singolo incondizionatamente anche nei confronti dell'autorità pubblica: muovendo dall'assunto dell'assoluta intangibilità di tale situazione giuridica soggettiva, il relativo potere di fruizione individuale è stato pertanto qualificato dai giudici come vero e proprio *diritto soggettivo indegradabile* a fronte del quale è stata esclusa la sussistenza di alcun potere idoneo ad affievolirlo a "mero" *interesse legittimo*.

Partendo da queste premesse, l'orientamento giurisprudenziale che si è formato negli anni a seguire [3] è rimasto fedele alla suindicata impostazione e, ogni qual volta il *petitum* sostanziale dell'azione è stato identificato nella

---

[1] Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939 ss.

[2] Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.*, 1980, I, 357 ss.

[3] Di recente, cfr. Cass., sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735, in *Giust. civ.*, 2006, 2692; Id., 21 marzo 2006, n. 6218, in *Foro amm. – Cons. Stato,* 2006, 1740.

richiesta di salvaguardare tale fondamentale diritto [4], la giurisprudenza della Cassazione (seguita pedissequamente da quella del giudice amministrativo) ha riconosciuto al suo titolare una tutela "forte": il *diritto soggettivo alla salute*, concepito nella sua dimensione negativa, è stato infatti qualificato come una situazione giuridica soggettiva che impone una difesa a tutta oltranza avverso ogni iniziativa ostile ed ha acquistato il titolo, non solo per influire sulle relazioni private, ma anche per limitare l'esercizio dei pubblici poteri.

Sul piano del riparto di giurisdizione, come noto costruito sul criterio della *causa petendi* [5], l'esclusione di alcun potere di affievolimento idoneo a comprimere il *diritto soggettivo alla salute* a "mero" *interesse legittimo* ha configurato una tipica ipotesi di difetto assoluto di attribuzione che si è tradotta nella devoluzione delle relative questioni alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nel corso degli anni a seguire, la teoria dell'indegradabilità, in origine limitata alla dimensione "oppositiva" del diritto *de quo*, è stata sviluppata dalla giurisprudenza per essere applicata alla sua componente "pretensiva": nello specifico, differenziando tra situazioni soggettive "*a nucleo variabile*" (in relazione alle quali è ammessa la sussistenza un potere della pubblica amministrazione idoneo a degradare i diritti a meri interessi legittimi) e situazioni giuridiche "*a nucleo rigido*" (caratterizzate dall'impossibilità di essere sacrificate o compresse per la mancanza di alcun potere discrezionale idoneo a "pregiudicarle"), i giudici nazionali [6], inquadrando la pretesa del

---

[4] Su tale problematica, cfr. PATRONI GRIFFI, *Diritto alla salute e riparto di giurisdizione*, in *Foro amm.*, 1985, 665 ss.; BASSI, *Diritti fondamentali ed art. 4, secondo comma, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all E.*, in *Dir. amm.*, 1988, 606 ss.; BARTOLINI, *Sulla giurisdizione concorrente in materia di «diritto al farmaco»: il caso della somatostatina*, in questa rivista, 1998, 247 ss.

[5] E' bene rammentare che la dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo costituisce il baricentro su cui è costruito il sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, avviene sulla base del c.d. *petitum* sostanziale da identificare con riferimento alla *causa petendi*, ovverosia alla intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio ed individuata dal giudice in relazione alla protezione sostanziale in astratto accordata. In altri termini, considerato che ai fini del riparto di giurisdizione occorre tenere conto in via esclusiva della intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, se la situazione giuridica fatta valere è di interesse legittimo o, pur essendo di diritto soggettivo, sussiste una previsione di legge attributiva di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, la giurisdizione spetta a quest'ultimo; diversamente, se la situazione giuridica dedotta è di diritto soggettivo e non sussiste una previsione attributiva di giurisdizione esclusiva, allora la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Sul criterio del riparto di giurisdizione, *ex multis*, cfr. Cass., sez. un., 3 aprile 2007, n. 8277; Id., 11 aprile 2006, n. 8374; Id., 27 giugno 2003, n. 10243; Id., 7 marzo 2003, n. 3508.

[6] Su tutte, cfr. Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461, secondo cui «nel nostro ordinamento si rinvengono a fronte di situazioni soggettive "a nucleo variabile" – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministra-

cittadino ad ottenere prestazioni sanitarie tra queste ultime, in talune circostanze, hanno configurato il *diritto alla salute* come vero e proprio *diritto soggettivo non degradabile* [7], in altre lo hanno qualificato come "mero" *interesse legittimo* [8] risultante dall'affievolimento del preesistente diritto.

Al riguardo si può richiamare l'ormai consolidato filone giurisprudenziale che si è formato sulle questioni aventi ad oggetto l'autorizzazione preventiva per le cure da prestare all'estero: da un lato, ogni qual volta il richiedente impugni il diniego di una *generica* domanda di autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie presso centri di specializzazione stranieri, viene riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo, attesa la natura di *interesse legittimo* della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente [9]; dall'altro, nelle ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto la pretesa dell'assistito di ricevere prestazioni sanitarie in situazioni di urgenza, di pericolo di vita o comunque di grave peggioramento di salute, i giudici ritengono che il "*nucleo rigido*" di tale fondamentale diritto ne impedisca l'affievolimento, tale restando anche di fronte all'amministrazione pubblica: ad avviso della giurisprudenza, in tali circostanze il diritto alla salute non tollera limiti e condizionamenti di sorta, la situazione soggettiva dedotta in giudizio deve essere qualificata come *diritto soggettivo* (assoluto e indegradabile) e la relativa controversia viene fatta rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario [10].

I rilievi che precedono evidenziano la centralità assunta dalla "rivisitata" teoria della degradazione nella definizione delle questioni relative al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, qualora nelle controversie venga in rilievo il fondamentale diritto alla salute.

---

zione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi fino ad espanderli a diritti – "posizioni soggettive a nucleo rigido" rinvenibili esclusivamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che – in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona – non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicchè allorquando si prospettino situazioni di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi e irreversibili, alla pubblica amministrazione manca alcun potere discrezionale di incidere su detti diritti».

[7] Ad es. Cass., sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548.

[8] Cass., sez. un., 18 maggio 2007, n. 11567.

[9] Operando una valutazione della propria capacità di soddisfare tempestivamente ed in forma adeguata le esigenze dell'interessato, in questo caso l'amministrazione è titolare del potere discrezionale di decidere se rilasciare o meno il provvedimento richiesto dal privato. In giurisprudenza, cfr. TAR Abruzzo, 3 novembre 2007, n. 867, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte, sez. II, 3 aprile 2007, n. 1527, *ivi*; TAR Sicilia, Catania, 8 febbraio 2007, n. 220, *ivi*; Cons. St., sez.V, 27 gennaio 2006, n. 242, *ivi*.

[10] Tra le tante, a titolo esemplificativo si segnalano: Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5402; Id., 28 giugno 2006, n. 14848, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2006, 2996; Id., 30 maggio 2005, n. 11334, *ivi*, 2005, 1682; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n.

Ciò premesso, considerata la tanto profonda quanto fondata avversione manifestata da autorevole dottrina nei confronti del meccanismo dell'affievolimento dei diritti soggettivi in interessi legittimi, pare opportuno sviluppare la trattazione operando talune riflessioni in ordine alla correttezza del filone giurisprudenziale (cui ha aderito il Collegio umbro con la sentenza in esame) che si è nel tempo consolidato su questa specifica questione.

*3. Nascita ed evoluzione della teoria della degradazione*

L'affievolimento (o degradazione) dei diritti soggettivi in interessi legittimi [11] potrebbe essere definito come un "*equivoco ricorrente*" nell'ambito della teoria generale del processo amministrativo.

Costituisce un "*equivoco*" [12], in quanto tale meccanismo è stato introdotto al fine di spiegare la vicenda tutta processuale del riparto di giurisdizione ricorrendo a soluzioni di diritto sostanziale non codificate nel nostro ordinamento, ma introdotte in via pretoria con proposizioni enunciative di principi presupposti dalle norme processuali e mai esplicitati dal legislatore in specifiche disposizioni sostanziali; è "*ricorrente*", poiché identifica un *escamotage* cui ha fatto ricorso la giurisprudenza in epoche diverse per risolvere differenti questioni sorte al fine di rispondere alla medesima esigenza: definire l'instabile limite delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Proprio per quest'ultima ragione, pare possibile descrivere la struttura della teoria qui esaminata identificandone tre differenti fasi evolutive.

La prima elaborazione risale al finire del diciannovesimo secolo, quando, in seguito all'emanazione della L.A.C. [13], si presentò l'esigenza di costruire il *discrimen* tra la sfera della c.d. *amministrazione pura* e l'ambito del contenzioso devoluto dall'art. 2 della legge del 1865 al giudice ordinario: in assenza di una precisa indicazione della legge, i giudici ordinari ed il Consiglio di

---

831, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez.V, 11 gennaio 2006, n. 35, *ivi*; Id., sez. V, 29 gennaio 2004, n. 309, *ivi;* TAR Campania, Napoli, sez. I, 22 ottobre 2007, n. 9815, *ivi*.

[11] Per una ricostruzione della teoria della degradazione, *ex multis* cfr. FORMICHETTI, *Interesse legittimo oppositivo e diritti indegradabili*, in *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, CAVALLO (*a cura di*), Torino, 2002, 35 ss.

[12] In questo senso, cfr. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 22-23. Analizzando la controversa figura dell'interesse legittimo, l'Autore si sofferma sulla teoria dell'affievolimento individuandone alla base un «*equivoco*» di fondo «dovuto al fatto che si è voluta spiegare una vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale: poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinnanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso di trasformarlo in interesse legittimo».

[13] Legge 20 marzo 1865, n. 2248.

Stato concordarono nel definire la relativa linea di demarcazione sulla dicotomia *attività iure imperii - attività iure gestionis:* escludendo che di fronte a provvedimenti amministrativi illegittimi potessero sussistere «*diritti civili e politici*», da un lato si affermò che ogni qual volta l'amministrazione si trovava ad agire compiendo atti di imperio, i preesistenti diritti venivano "travolti" e "degradati" a meri interessi; dall'altro, si limitò la cognizione del giudice ordinario ai soli casi in cui si era in presenza di una attività di gestione della pubblica amministrazione: in tali circostanze, si riteneva che l'agire amministrativo non fosse connotato da alcuna forza degradatoria onde il privato poteva conservare i diritti di cui in origine era titolare.

Sebbene fosse fondata su un criterio radicalmente sbagliato [(14)], tale teoria costituì la elaborazione di un meccanismo che successivamente fu ripreso e perfezionato con maggiore consapevolezza dai giuristi degli anni a seguire.

Con l'emanazione della legge Crispi, il problema di delimitare l'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, sebbene posto in termini formalmente diversi (la questione non era più quella di risolvere "meri" conflitti di attribuzione, ma "vere e proprie" questioni di giurisdizione), perpetuò irrisolto e, in assenza una legge che esplicitasse il criterio risolutore di tale *vexata quaestio*, ancora una volta fu determinante l'apporto di dottrina e giurisprudenza: rifiutando di costruire il riparto di giurisdizione sulle teorie della «doppia tutela» [(15)] (*Doppelrechswg*), come noto la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato fissarono i limiti di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo sul criterio della *causa petendi* (ovverosia sulla intrinseca natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice in relazione alla protezione sostanziale in astratto accordata) e, per risolvere la difficoltà di stabilire quando si fosse in presenza di un diritto soggettivo e quando, invece, di un interesse legittimo, i supremi consessi accettarono nuovamente il meccanismo della *degradazione* del diritto soggettivo.

Convinti del fatto che l'esercizio del potere (sia pure illegittimo) dispiegasse una efficacia degradante sulle posizioni di diritto soggettivo dei privati, i giudici, profondamente influenzati dalla prevalente dottrina del tempo, a partire dalla storica sentenza delle Sezioni Unite 4 luglio 1949, n. 1657 [(16)], affermarono il seguente principio di diritto: «se il cittadino nega che potere … sia conferito all'autorità amministrativa, la competenza a conoscere di tale controversia spetta all'autorità giudiziaria perché si tratta di accertare se il diritto subiettivo sia tale anche di fronte alla pubblica

---

(14) In questi termini si esprime NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 146.

(15) Per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema di riparto, cfr., NIGRO, *cit.*, 137 ss.

(16) Cass., sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657 (est. Ferrara), in *Foro it.*, 1949, I, 926 ss.

Amministrazione. Se invece la controversia abbia per suo oggetto l'esercizio, che si pretende scorretto, del potere discrezionale conferito, sotto l'aspetto della competenza, della forma o del contenuto, specie in relazione all'eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni, la competenza a conoscerne è del giudice amministrativo».

La sentenza Ferrara è passata alla storia poiché ha inaugurato quella che potrebbe essere definita la seconda "fase evolutiva" del meccanismo dell'affievolimento: in altri termini, perfezionando quello che è rimasto il definitivo criterio di riparto, con questa storica pronuncia la Suprema Corte ha ripreso la teoria della degradazione adeguandola alle sopravvenute esigenze del tempo e, affermando che «di fronte all'autorità amministrativa investita del potere discrezionale…il diritto subiettivo del singolo si attenua nella sua consistenza e si trasforma…in un interesse legittimo», ha sostituito al sistema di riparto fondato sulla combinazione "*attività iure imperii=interesse legittimo - attività iure gestionis=diritto soggettivo*", il duplice collegamento "*carenza di potere=diritto soggettivo - esercizio del potere=interesse legittimo*".

Da questo momento in poi la teoria dell'affievolimento, sebbene non elevata a vero e proprio criterio ripartitore, ha acquisito centrale rilevanza nell'impostazione del sistema di riparto di giurisdizione e, svolgendo il ruolo di elemento giustificatore, ha iniziato ad influire in via immediata sulla *causa petendi*.

Nel corso del tempo il meccanismo così strutturato è stato ulteriormente perfezionato: in primo luogo, l'ambito di applicazione della teoria della degradazione, inizialmente circoscritto ai soli casi di esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione, è stato esteso anche ai casi in cui la pubblica amministrazione agisce con attività vincolata [17]; in secondo luogo, l'affievolimento del diritto in interesse legittimo, da fenomeno originariamente ricondotto alla mera sussistenza di un potere amministrativo, è stato successivamente considerato quale conseguenza discendente dall'efficacia del provvedimento amministrativo [18] (e non dall'astratta attribuzione di un potere in capo all'amministrazione).

---

[17] Tra le primissime pronunzie, cfr., Cass. sez. un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Foro it.*, 1955, I, 1291 ss.

[18] *Ex multis*, cfr., Cass., sez. un., 21 gennaio 1956, n. 186, in *Foro it.*, 1956, I, 1 ss.; Id., 2 febbraio 1963, n. 179, in *Foro it.*, 1963, I, 1199 ss.; Id., 29 marzo 1963, n. 789, in *Giust. civ.,* 1963, I, 2665 ss.; Id., 11 ottobre 1965, n. 2111, in *Foro it.*, 1966, I, 104.

Richiamando l'opinione fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza al suo tempo prevalenti, nella voce *Atto amministrativo* (in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 157 ss.) Giannini riconduce il fenomeno della degradazione agli effetti discendenti dall'emanazione del provvedimento amministrativo; nello specifico, in tale fondamentale contributo il Maestro si esprime in questi termini: «la degradazione dei diritti…consiste in questo: che l'emanazione del provvedimento amministrativo è fatto giuridico estintivo di diritti ed eventualmente costitutivo di interesse protetto. Per cui se il provvedimento amministrativo aveva di fronte a sé…un diritto soggetti-

La teoria della degradazione, sebbene avversata con decisione da autorevole dottrina [19], ha riscosso un decisivo successo ed ha operato determinando una progressiva erosione, a favore del giudice amministrativo, della competenza su questioni inizialmente devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Ciò nonostante, sul finire degli anni settanta tale *trend* ha subito una sia pur limitata inversione di tendenza ed è così che, a partire dalle già citate sentenze nn. 1463 e 5172 del 1979, le Sezioni Unite, teorizzando l'esistenza dei diritti soggettivi "*indegradabili*" dall'esercizio del potere amministrativo, dapprima hanno riconosciuto una maggiore dignità al giudice ordinario, riservando alla competenza esclusiva di quest'ultimo le questioni aventi ad oggetto tali situazioni giuridiche soggettive, pur se coinvolte dall'esercizio dell'azione amministrativa; in seguito, temperando la "nuova evoluzione" della teoria dell'affievolimento, hanno circoscritto l'indegradabilità dei diritti fondamentali entro i limiti della loro "*dimensione negativa*", ammettendo al contempo la possibilità di applicare il meccanismo *de quo* ogni qual volta venga in rilievo la "*dimensione pretensiva*" della fondamentale situazione giuridica del privato, ferma restando, tuttavia, l'esigenza di tutelare il suo c.d. *nucleo fondamentale* (che ha continuato ad essere ritenuto insucettibile di degradazione).

In presenza di siffatto quadro giurisprudenziale, laddove si accogliessero positivamente le notazioni che precedono, nessuna critica potrebbe essere mossa alla posizione assunta dal Collegio umbro con la sentenza in esame.

Ciò nonostante, la radicata avversione alla teoria della degradazione che è stata manifestata dalla prevalente opinione dottrinale impone un approfondimento della questione.

### *4. Spunti esegetici contro la teoria della degradazione (ovvero: le perplessità su questo equivoco ricorrente)*

La teoria della degradazione [20] da sempre ha suscitato forti perplessità: sebbene sia stata ripetutamente considerata dalla giurisprudenza quale utile espediente atto a superare problematiche questioni di carattere processuale, nel corso del tempo autorevole dottrina ha opposto accese critiche nei confronti di siffatto meccanismo.

---

vo, questo, in quanto colpito dal provvedimento (può esserlo in parte o per l'intero), degrada ad interesse legittimo…in tale ipotesi, se viene esperita idonea misura contro il provvedimento, ossia se si impedisce che esso divenga inoppugnabile, il diritto quiesce sino alla decisione sulla misura, e potrà riprendere vigore in caso di misura annullativa; altrimenti, col sopraggiungere dell'inoppugnabilità, il diritto definitivamente si estingue» (188).

[19] Sul punto, cfr. § 4.

[20] In termini generali, cfr. Cannada Bartoli, *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 670 ss.

Tanto premesso, considerato che, in molteplici occasioni, illustri studiosi hanno dimostrato come il nostro ordinamento offra una pluralità di elementi che potrebbero risultare idonei ad impedire di ritenere fondata la teoria sopraccitata [21], ai fini della presente trattazione pare opportuno passare in rassegna le principali argomentazioni che potrebbero essere addotte a confutazione della suindicata tesi.

A dimostrazione di ciò, in primo luogo si potrebbe evidenziare come già la legge abolitrice del contenzioso amministrativo offrisse argomenti utili per superare il fenomeno dell'affievolimento: considerato che il territorio attribuito dalla legge del 1865 al sindacato del giudice ordinario era più ampio di quello riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza del tempo, in quanto l'articolo 2 L.A.C. non si limitava ad attribuire alla cognizione del giudice ordinario i soli diritti nascenti da un rapporto di diritto privato, ma devolveva a quest'ultimo *tutti* i diritti soggettivi vantati dal singolo nei confronti della pubblica amministrazione, come affermato da autorevole dottrina il criterio distintivo per discriminare tra la sfera della c.d. *amministrazione pura* e l'ambito di giurisdizione del giudice ordinario che era stato fondato sulla dicotomia atti *iure imperii* (= meri interessi) atti *iure gestionis* (=diritti civili e politici) poteva fondatamente essere considerato «radicalmente sbagliato» [22]. Inoltre, dal momento che la disposizione sopraccitata prevedeva testualmente la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario di tutte le questioni aventi ad oggetto diritti civili e politici ancorché fossero «emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa», si potrebbe altresì osservare come tale articolo in realtà non offrisse alcun argomento utile a sostenere che l'emanazione di un atto amministrativo costituisse elemento idoneo a precludere la giurisdizione civile [23].

Ulteriori rilievi critici potrebbero altresì essere mossi lavorando sul dato offerto dalla carta costituzionale: posto che diritto soggettivo ed interesse legittimo sono identificati dalla Costituzione (artt. 24, 103 e 113 Cost.) come situazioni giuridiche soggettive di "pari grado" [24], entrambe strutturate

---

[21] In questo senso, cfr., CANNADA BARTOLI, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini*, in *Foro amm.*, 1963, 73.

[22] Si esprime in questi termini, NIGRO, *cit.*, 146. In senso conforme, cfr. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento (voce)*, *cit.*, secondo cui «che l'affievolimento possa offrire il criterio teorico per interpretare il citato art. 2…è affermazione della giurisprudenza...contraria alle disposizioni della citata legge, la quale statuisce che il giudice ordinario è competente sui diritti soggettivi lesi da un comportamento comunque illegittimo della pubblica amministrazione» (671).

[23] Così, VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1972, 144.

[24] Come noto, le forme di protezione riconosciute dall'ordinamento agli interessi materiali dei privati nei confronti della pubblica amministrazione possono assumere le sembianze del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, che, è bene ricordare, identificano situazioni giuridiche soggettive di carattere sostanziale collocate sullo

(anche) su interessi materiali protetti dall'ordinamento (sebbene con forme e modalità differenti), ammettendo la validità della teoria della degradazione, da un lato, si accoglierebbe l'inaccettabile conclusione di limitare l'individuazione dell'interesse legittimo ai soli casi in cui sussista la diversa situazione giuridica soggettiva "presupponente" di diritto soggettivo (tesi come noto superata dalla migliore dottrina che da tempo ha dimostrato come non è vero che a monte dell'interesse legittimo vi sia sempre un diritto soggettivo) [25]; dall'altro, si escluderebbe il fenomeno della c.d. *coesistenza* tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, circostanza che ricorre quando si è in presenza di una norma di organizzazione che attribuisce alla pub-

---

stesso piano dalla carta costituzionale (artt. 24, 103, 113 Cost.). In altri termini, l'interesse legittimo non costituisce una situazione giuridica soggettiva "minore" rispetto al diritto soggettivo, ma identifica una posizione "di pari grado" che ha una sua propria natura e che è funzionale ad assicurare la protezione ad interessi intenzionalmente protetti dall'ordinamento.

Sebbene siano posti sullo stesso piano, diritto soggettivo e interesse legittimo costituiscono situazioni giuridiche soggettive differenziate, dal momento che, pur trattandosi in entrambi i casi di posizioni che "assumono ad oggetto" un interesse materiale del privato (si badi, come per il diritto soggettivo, anche per l'interesse legittimo l'interesse materiale non costituisce il baricentro della relativa posizione giuridica ma si limita ad identificare solo uno degli elementi costitutivi di quest'ultima), diverso è il modo in cui l'ordinamento assicura la protezione nei confronti di quest'ultimo: più precisamente, mentre per il diritto soggettivo l'ordinamento tutela l'interesse materiale attribuendo in capo al singolo una serie di poteri atti a soddisfare pienamente l'interesse al bene, per l'interesse legittimo questa soddisfazione piena e sicura non si ha; secondo il tradizionale insegnamento di autorevole dottrina, in conformità del quale l'interesse legittimo identifica quella particolare situazione giuridica soggettiva che dialoga con il potere della pubblica amministrazione, i titolari degli interessi materiali coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo non possono soddisfare questi ultimi se non attraverso il comportamento posto in essere dall'amministrazione: dal momento che l'interesse legittimo costituisce «il solo modo possibile in cui gli interessi del privato sono protetti di fronte all'esercizio del potere amministrativo» (così, Scoca, *cit.*, 27), la forma di protezione riconosciuta all'interesse materiale prevista per questa posizione giuridica si identifica nella «possibilità attribuita al titolare dell'interesse di influire sull'esercizio del potere, cooperando alla corretta esplicazione del medesimo ed intervenendo a correggerne le esplicazioni» (così, Nigro, *cit.*, 101).

[25] Sul punto, cfr. Nigro, *cit.*, 96. In senso conforme, cfr. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 267-268.

Tale tesi è stata di recente richiamata nella decisione 22 ottobre 2007, n. 12 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. In tale pronunzia il supremo consesso della giustizia amministrativa ha precisato che: «ai fini della concreta verificazione di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare sebbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in

blica amministrazione un potere "ablatorio" ed il diritto soggettivo "entra in contatto" con l'esercizio del potere: considerato che diritto soggettivo ed interesse legittimo possono risultare partecipi di una assimilabile pretesa ad un c.d. *bene della vita*, nei procedimenti "ablatori" [26] l'interesse legittimo non spunta affatto dalle ceneri del preesistente diritto soggettivo degradato dal provvedimento amministrativo. Se, pertanto, il medesimo interesse materiale può ricevere allo stesso tempo due differenti forme di protezione dall'ordinamento [27], nei casi di c.d. *coesistenza* delle situazioni giuridiche soggettive l'interesse legittimo acquista rilevanza al momento dell'inizio del procedimento [28] e coesiste con il diritto del privato fino a quando l'amministrazione non provveda incidendo negativamente sulla sfera giuridica di quest'ultimo; stando così le cose, considerato che «ogni diritto soggettivo, in quanto entra in rapporti…con la p.a. è accompagnato da un interesse legittimo oppositivo» [29], in realtà di degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi non pare corretto parlare: l'esercizio del potere amministrativo si risolve infatti in un "mero" «un effetto giuridico, consistente…nell'estinzione, nella perdita, nella modificazione di un diritto…ovvero nella nascita di un obbligo» [30].

Alla luce delle argomentazioni che precedono, non si può che concordare con l'autorevole voce che ha definito la teoria della degradazione come una realtà *spuria, inutile* e che *non esiste* [31]: è *spuria*, perché può limitarsi a

---

concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze».

[26] «I procedimenti ablatori, come dice la loro stessa denominazione, si possono genericamente indicare come quelli con cui il pubblico potere, per un vantaggio della collettività, sacrifica un interesse ad un bene della vita del privato» (così, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, III ed., 1181).

[27] In questo caso l'interesse materiale già protetto come diritto soggettivo non si sottrae all'esercizio di quest'ultimo ma viene tutelato dall'ordinamento come vero e proprio interesse legittimo.

[28] In senso conforme, cfr., VINTI – CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, secondo cui «la prima, e probabilmente più importante conferma…la troviamo nella legge sul procedimento amministrativo che, attraverso gli istituti partecipativi, ha conferito una propria e specifica tutela all'interesse legittimo del destinatario dell'atto, già all'avvio del procedimento amministrativo, dimostrando come la posizione giuridica soggettiva de qua preesista al provvedimento riduttivo del diritto» (67).

[29] Così, NIGRO, *cit.*, 123, il quale prosegue precisando: «in realtà vi è coesistenza delle due situazioni: e l'interesse legittimo si accoppia con il diritto soggettivo per il fatto che l'interesse di cui consiste il diritto soggettivo è parte della situazione obiettiva in relazione alla quale il potere è attribuito».

[30] Così, GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *Riv. dir. proc.*, 1963, 532.

[31] Così, SCOCA, *cit.*, 23.

estinguere, modificare o conformare un diritto ma non lo può di certo trasformare con un artifizio inammissibile in interesse legittimo; è *inutile*, perché sebbene idonea a spiegare il meccanismo di riparto di giurisdizione nei casi in cui la pubblica amministrazione agisca incidendo negativamente sulla sfera giuridica dell'amministrato, non riesce a giustificare tale meccanismo laddove quest'ultima agisca senza sacrificare (degradandolo…) alcun diritto soggettivo, ma attribuendo al privato un *bene della vita* da lui desiderato; *non esiste*, perché rappresenta la confusione in una unica situazione giuridica soggettiva di due diverse situazioni contemporaneamente spettanti al medesimo titolare.

Ma vi è di più.

Ulteriori rilievi critici sembrerebbero altresì discendere dall'art. 103 Cost.: considerato che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi», come rilevato da una autorevole voce in tempi non sospetti, «riesce difficile comprendere come mai i diritti soggettivi, attribuiti alla giurisdizione esclusiva, non risultino degradati dai provvedimenti amministrativi che li concernono» [32].

Ciò posto, va inoltre rilevato che, se la teoria della degradazione poteva avere ancora senso prima che fosse abbattuto il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi (il convincimento che la lesione dell'interesse legittimo non determinasse l'ingiustizia del danno veniva infatti superato dalla giurisprudenza ricorrendo al meccanismo bifasico dell'affievolimento), la storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999 [33] ed i successivi sviluppi normativi e giurisprudenziali hanno confermato la tesi secondo cui tale *modus procedendi* non avrebbe oramai più alcuna ragione di esistere in quanto, con la definitiva attribuzione all'interesse legittimo della natura di vera e propria situazione giuridica soggettiva sostanziale [34] (e non rilevante a fini esclusivamente processuali) e con la conseguente esigenza di garantire a tale posizione giuridica piena ed effettiva tutela, si è determinato il superamento della regola che imponeva, una volta che fosse stata ottenuta la tutela davanti al giudice amministrativo, di adire

---

[32] Ancora, Cannada Bartoli, *Spunti esegetici contro la degradazione dei diritti dei cittadini, cit.*, 74.

[33] Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.* 2000, 349.

[34] «L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui

il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno: l'accoglimento del principio della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo in conseguenza dell'illegittimità dell'atto amministrativo [35] non è compatibile con la passata esigenza di fondare il meccanismo risarcitorio sul collegamento tra danno patito e diritto soggettivo "riespanso" dopo il precedente affievolimento.

Come dimostrato dalla trattazione che precede, vi sono una pluralità di argomentazioni che potrebbero essere avanzate per criticare la teoria della degradazione nella sua originaria formulazione.

Muovendo da simili premesse è ora opportuno ampliare l'ambito della riflessione onde verificare, in primo luogo, l'attendibilità della tesi secondo cui nel nostro ordinamento taluni diritti potrebbero essere definiti come "indegradabili"; in secondo luogo, la fondatezza della "nuova evoluzione" della teoria dell'affievolimento, in conformità della quale, da un lato, l'indegradabilità dei diritti fondamentali sarebbe circoscritta entro i limiti della dimensione negativa di tali situazioni giuridiche soggettive, dall'altro, sarebbe possibile applicare tale meccanismo ogni qual volta venga in rilievo la dimensione pretensiva della fondamentale situazione giuridica del privato, ferma restando, tuttavia, l'esigenza di tutelare il suo c.d. *nucleo fondamentale* (insucettibile di degradazione).

### *5. Indegradabilità (nella dimensione oppositiva) ed affievolimento (nella dimensione pretensiva) del diritto alla salute. Osservazioni critiche*

Se nel corso del tempo la teoria della degradazione non ha raccolto il consenso unanime della dottrina, non diversa sorte è stata riservata alla tesi dell'*indegradabilità* dei diritti soggettivi in interessi legittimi: mostrando rilevanti perplessità sulla ricostruzione di quest'ultimo modello, autorevoli esponenti della dottrina prima, della giurisprudenza poi, hanno infatti messo in discussione il fondamento della categoria dei c.d. *diritti resistenti a tutta oltranza* [36].

---

l'interesse sostanziale ottiene protezione. L'interesse legittimo va quindi inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene» (così, Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500).

[35] Di recente, cfr. Cass., sez. un., 13 giugno 2006, ordinanze nn. 13659, 13660, 13661, in *Giust. civ*., 2006, 2000 ss.

[36] Così vengono chiamati i c.d. diritti indegradabili da Caringella (*Profili generali*, in *Trattato di giustizia amministrativa. Il riparto di giurisdizione*, AA.VV., Milano, 2007, 100).

In primo luogo, è stato rilevato che l'idea della resistibilità di alcuni diritti soggettivi di fronte all'esercizio dell'azione amministrativa, "doppiando" la regola che «attribuisce al giudice amministrativo il sindacato sulla legittimità dell'esercizio della potestà amministrativa», produrrebbe l'effetto di falsare gli equilibri del sistema di riparto di giurisdizione previsto nella nostra Costituzione [37].

In secondo luogo, è stato evidenziato che dall'accoglimento di tale tesi discenderebbe la violazione degli artt. 2-97 e 101 Cost. in quanto, in presenza di una norma attributiva del potere, da un lato, il titolare del diritto soggettivo non suscettibile di affievolimento potrebbe sistematicamente paralizzare l'attività amministrativa finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico contravvenendo ai principi di solidarietà sociale e buon andamento dell'azione amministrativa [38]; dall'altro, il giudice ordinario, operando una sorta di sindacato diffuso sulla costituzionalità delle leggi ordinarie, sarebbe autorizzato a disapplicare la legge di attribuzione del potere amministrativo ponendo in essere una operazione del tutto inammissibile in assenza di una specifica disposizione che ne preveda la possibilità [39].

Non si può inoltre omettere di ricordare l'interessante notazione di recente avanzata da quella dottrina [40] che ha individuato nell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 un ulteriore argomento da spendere in favore del superamento della teoria dei diritti c.d. *indegradabili*; considerando che tra le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo il legislatore del 2005 ha espressamente previsto il difetto assoluto di attribuzione, è stato infatti rilevato che, successivamente alla riforma della legge 241, la non degradabilità dei diritti non potrebbe più trovare spazio: se, da un lato, l'ipotesi di carenza di potere in astratto potrebbe ricorrere «solo laddove

---

[37] In senso conforme, cfr. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1993, 151.

Sulla figura del giudice amministrativo come giudice del potere, cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*

[38] Sul punto, cfr. Caianiello, *Giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Cento anni di giustizia amministrativa*, AA. VV., Napoli. 1996, 223 ss.; Caringella, *cit.*, 102; Micari, *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 527.

[39] In senso conforme, cfr. anche Carpentieri (*Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 2760 ss.) secondo cui «la teorica dei diritti incomprimibili, consentendo al giudice di tutelare direttamente il diritto contro l'autorità amministrativa, ben può condurre in sostanza alla stessa disapplicazione della legge che regola la scelta amministrativa, secondo un criterio di legalità (governo dei giudici) che è estraneo al nostro sistema» (2770).

Per simili considerazioni, cfr. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, *cit.*, 147; Formichetti, *cit.*, 88; Micari, *cit.*, 526.

[40] Cfr. Giovagnoli, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. e app.*, 2005, 1159 ss. In senso conforme, Micari, *op. cit.*, 535.

l'atto amministrativo abbia operato in concreto la limitazione del diritto individuale in mancanza di una legge che tale potere di compressione abbia previsto» [41], dall'altro, l'esercizio di un potere amministrativo conferito da una specifica norma di attribuzione non potrebbe che sortire *effetti "latu sensu" degradatori* [42] e radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Un ulteriore argomento da spendere per confutare la teoria dei c.d. *diritti resistenti a tutta oltranza* potrebbe inoltre essere tratto dall'esame dell'art. 21, comma 8, della legge 1034/1971 (così come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000): considerato che «la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la richiesta cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale», sembra possibile sostenere che con tale disposizione il legislatore, superando la tesi dell'assoluta incompatibilità tra potere e diritto alla salute, abbia implicitamente ammesso la possibilità che l'interesse alla salute sia tutelato dall'ordinamento non solo sotto forma di diritto soggettivo ma anche *sub specie* di interesse legittimo (a seconda dei casi, pretensivo o oppositivo) dialogante con il potere.

Tale conclusione è stata di recente avvalorata dal decreto legge 23 maggio 2008, n. 90 [43]: nel dettare le «misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Campania», sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti», anche se «relative a diritti costituzionalmente tutelati» [44].

---

[41] Così, GIOVAGNOLI, *cit.*, 1162.

[42] E' opportuno precisare che il termine degradazione è in questa sede utilizzato in senso "improprio" posto che, come osservato in precedenza, «a rigore il diritto non degrada ad alcunché: o si estingue, o si modifica» (così, GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *cit.*, 532).

[43] Per un primissimo commento, cfr. SAPORITO, *Al TAR l'esclusiva della spazzatura (e lo smaltimento del cautelare pregresso)*, in *www.giustamm.it*

[44] L'art. 4 così dispone: «ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3 del decreto-legge 30 novembre 2005 n. 245, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 gennaio 2006, n. 21, con le risorse umane e strumentali previste a legislazione vigente, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati.

Le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo».

Rinviando alle argomentazioni svolte nel paragrafo che precede, si potrebbe infine sostenere che se, da un lato, la degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi costituisce un fenomeno che in realtà non può esistere (o quanto meno non può ritenersi giuridicamente fondata), dall'altro non appare comprensibile la qualificazione in negativo un *quid* (la teoria dell'indegradabilità – n.d.r.) già di per sé impossibile da identificare in termini positivi.

L'asserita contraddizione tra diritti fondamentali e potere amministrativo che è stata evidenziata dalla dottrina sembra di recente aver influenzato anche la giurisprudenza ed il legislatore: da un lato, le perplessità manifestate nei confronti della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali sono infatti state richiamate nella sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale [45], nella decisione n. 12/2007 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 27187/2007 delle Sezioni Unite, nell'ordinanza 22 maggio 2008 n. 791 del T.A.R. Lombardia.

Nel primo caso la Consulta, ammettendo che l'esercizio illegittimo di un potere da parte della pubblica amministrazione potrebbe danneggiare anche il diritto (non più indegradabile) alla salute del privato, ha riconosciuto la piena possibilità di una coesistenza tra potere amministrativo e diritti fondamentali [46], ribaltando la tradizionale formula di Mortara secondo cui «c'è diritto soggettivo perché non c'è potere».

Successivamente, l'Adunanza Plenaria, pur evitando di approfondire la questione, dopo aver richiamato il precedente sopraccitato, ha definito «seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incomprimibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa» e, confermando il principio secondo cui il giudice amministrativo è il giudice del potere [47], ha escluso che l'esercizio

---

[45] Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140 in *www.cortecostituzionale.it*

In senso conforme, cfr. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, secondo cui «la prospettiva di una Costituzione che irrigidisce il sistema precedendo diritti individuali (soprattutto in materie che interessano la collettività) non degradabili e sottratti ad ogni potere pare non rispondere alla realtà del diritto positivo, che non vieta il conferimento di poteri pubblici nel settore dell'ambiente e della salute» (307).

[46] Sul punto, in precedenza si era espresso negli stessi termini Scoca. Nel fondamentale *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, *cit.*, l'Autore aveva osservato che: «se…la esclusione di poteri autoritativi non è constatazione ma l'affermazione di una regola giuridica di ordine costituzionale…essa dovrebbe essere dimostrata, non essendo sufficiente riferirsi al carattere di diritto fondamentale: i diritti fondamentali non escludono l'intervento di pubblici poteri» (156). Di recente, cfr. Caringella, *Il riparto di giurisdizione*, 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[47] Queste le parole usate dal Collegio: «ai fini della concreta verificazione di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare

di un potere autoritativo in astratto conferito alla pubblica amministrazione ed idoneo ad incidere sui diritti un tempo indegradabili, possa configurare una ipotesi di difetto assoluto di attribuzione.

A distanza di pochi giorni, le Sezioni Unite [48] hanno statuito che nelle ipotesi in cui siano dedotte in giudizio fattispecie riportabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la tutela dei diritti incomprimibili come il diritto alla salute deve essere devoluta alla giurisdizione amministrativa, la quale risulta fornita di tutti i mezzi idonei ad assicurare tutela, sia in sede cautelare che di merito, alle posizioni soggettive in discorso.

Da ultimo, il T.A.R. Lombardia [49], rilevando che, secondo l'indirizzo inaugurato dalla Suprema Corte il giudice amministrativo può conoscere anche delle domande finalizzate alla tutela dei diritti fondamentali quando questi si confrontino non con semplici comportamenti materiali della pubblica amministrazione, non ha circoscritto l'ambito della giurisdizione amministrativa alle ipotesi in cui il diritto alla salute è azionato in chiave oppositiva avverso atti illegittimi tendenti a comprometterne l'integrità, ma ha applicato il suindicato principio anche nei casi in cui tale "diritto" è fatto valere in chiave pretensiva, allorché il ricorrente prospetti che la sua lesione costituisca l'effetto della mancata attivazione di poteri tecnico discrezionali spettanti all'autorità competente, precisando che, in tali circostanze, il diritto alla salute non si correla ad una mera obbligazione ma investe direttamente una potestà tecnico discrezionale dell'amministrazione sanitaria.

---

sebbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze. Questi, tuttavia, sono puntualmente i vizi rimessi allo scrutinio della giurisdizione amministrativa, individuabile anche in base al fondamentale criterio, appresso approfondito, della riconducibilità della lesione sofferta all'esercizio del potere autoritativo in astratto conferito all'autorità».

[48] Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, secondo cui «anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad es. in quella di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemperamento o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e la emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti».

[49] TAR Lombardia, 22 maggio 2008, n. 791, in *www.giustizia-amministrativa.it*

Se le considerazioni che precedono dimostrano la fondatezza delle critiche addotte nei confronti della tesi sostenuta da chi ammette l'indegradabilità del contenuto negativo del diritto alla salute, non vi è dubbio che gli stessi argomenti potrebbero essere spesi per confutare gli sviluppi di tale tesi (implicanti la possibilità di accogliere l'affievolimento di tale diritto visto nella sua dimensione pretensiva [50]): anche in questo caso, sul piano teorico appare infatti scorretto prospettare ipotesi di affievolimento e di successivo riacquisto di tutta la sua pienezza (eventualità, quest'ultima, che dovrebbe ricorrere nei casi di particolare gravità) del diritto qui esaminato e ciò specie se si considera che, come noto, l'interesse legittimo costituisce una situazione giuridica soggettiva pariordinata e al tempo stesso differenziata dal diritto soggettivo, la quale, come di recente confermato da Consiglio di Stato [51], può originariamente nascere in capo al proprio titolare anche a prescindere dalla preventiva sussistenza di quest'ultimo.

*6. Il diritto alla salute come interesse costituzionalmente rilevante e le sue forme di tutela*

Sebbene di recente siano state confutate da significative decisioni degli organi giurisdizionali, le soluzioni relative al riparto di giurisdizione che si fondano sulla rivisitata teoria della (*in*)*degradabilità* del fondamentale diritto alla salute allo stato attuale risultano adottate dalla giurisprudenza prevalente e costituiscono, pertanto, vere e proprie proposizioni enunciative di principi da cui i giudici faticano a prendere le distanze [52].

Ciò nonostante, considerato che, come è emerso negli spunti che precedono, una pluralità di argomenti potrebbero essere addotti a confutazione della premessa metodologica da cui muove il richiamato filone giurisprudenziale [53], esigenze di sistema impongono di verificare se, adottando un *iter* argomentativo più conforme ai *principi* del nostro ordinamento, sia possibile prospettare una differente ricostruzione della vicenda qui esaminata che tenga conto, da un lato, delle critiche che sono state mosse alla teoria della *(in)degradabilità*, dall'altro, dell'argomento *princeps* che è stato addotto da autorevole dottrina a giustificazione dell'atteggiamento assunto su questo punto dalla giurisprudenza maggioritaria: quello dell'effettività di tutela

---

[50] Identificata nella pretesa ad ottenere un determinato trattamento sanitario a carico del S.S.N.

[51] Cons. St., Ad. Plen. n. 12/2007.

[52] Di recente, cfr. Cass., sez. un., 24 gennaio 2008, n. 1563; Id., 24 aprile 2008, n. 10692.

[53] Secondo cui, ogni qual volta venga in rilievo una questione che interessa il diritto alla salute, il *discrimen* tra giudice ordinario e giudice amministrativo dovrebbe essere costruito ricorrendo alla criticata teoria della degradazione delle situazioni giuridiche soggettive.

e delle sue ripercussioni in ordine al criterio di riparto delle giurisdizioni costruito sull'assunto secondo cui nel nostro ordinamento vi sarebbero taluni diritti c.d. "*resistenti a tutta oltranza*".

A tal proposito, occorre principiare ricordando che, nel moderno Stato costituzionale, la distinzione hobbesiana tra *jus* e *lex* costituisce «un principio giuridico operativo dal quale derivano conseguenze capitali»: volendo essere più precisi, posto che i diritti non si possono identificare nelle sole situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli dalle *leges*, ma qualora riconosciuti in specifiche disposizioni dalla Carta costituzionale, individuerebbero in realtà una «dotazione giudica propria dei loro titolari indipendente dalla legge» [(54)], considerato che il diritto attuale costituisce un sistema complesso che è composto da *regole* (riconducibili principalmente alle disposizioni legislative) e *principi* (identificabili nelle norme costituzionali sui *diritti* e sulla *giustizia*), muovendo dall'assunto secondo cui la Costituzione repubblicana impone una ricomposizione armonica delle prime ai secondi, attribuendo a ciascuna componente la posizione che le spetta, non vi è dubbio che in un sistema a costituzione rigida qual'è il nostro, da un lato, i *principi* svolgono un ruolo «costitutivo dell'ordinamento giudico», dall'altro le *regole*, subordinate a questi ultimi, «non hanno alcuna forza costitutiva al di fuori di loro» [(55)].

Sviluppando tale ragionamento e considerando che le norme costituzionali sui *diritti* e quelle sulla *giustizia* costituiscono differenti *species* riconducibili al comune *genus* dei *principi*, riteniamo che non sia possibile ricostruire l'effettiva natura del diritto alla salute se non coordinando il *valore* espresso dall'art. 32 Cost., tanto, con gli artt. 2 e 3 Cost. (disposizioni che identificano superiori principi di *giustizia* sostanziale dai quali è difficile prendere le distanze), quanto, con gli artt. 24, 103 e 113 Cost. (espressione di valori di giustizia "individuale" che identificano principi supremi del nostro ordinamento, assicurando a ciascun individuo tutto e proprio tutto ciò che il diritto - inteso in senso lato - gli garantisce).

Ciò premesso, è evidente come la soluzione del problema che ci siamo posti nell'intento di abbandonare l'equivoco riconducibile alla teoria della *(in)degradabilità* del diritto alla salute necessiti di una complessa indagine, nella quale le esigenze di giustizia *sostanziale* devono essere coordinate con quelle di carattere prettamente *processuale*, ritenute tradizionalmente sufficienti a giustificare la costruzione dei diritti c.d. *incomprimibili*.

La difficoltà di sostenere che la forma di protezione garantita al fondamentale interesse protetto dall'articolo 32 Cost. debba essere in via assoluta identificato in un superiore diritto soggettivo *indegradabile* che non potrebbe mai dialogare con il potere della pubblica amministrazione e che, di conseguenza, dovrebbe essere tutelato esclusivamente dinnanzi

---

[(54)] Così si esprime ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 69.

[(55)] Ancora, ZAGREBELSKY, *cit*., 148.

all'autorità giurisdizionale ordinaria, potrebbe essere dimostrata portando ad esempio due significative vicende sulle quali i giudici nazionali sono stati più volte chiamati a pronunciarsi: il caso dell' "emergenza rifiuti" che affligge negli ultimi tempi la Campania e quello delle prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale.

Nello specifico, è evidente che, qualora si ammettesse la tesi secondo cui il diritto alla salute ed il diritto alla salubrità dell'ambiente siano in via assoluta incompatibili con il potere amministrativo (eventualmente esercitato dal Commissario straordinario di Governo nell'esercizio di potestà che gli siano attribuite dalla legge), allora qualsiasi interessato, azionando il fondamentale interesse di cui all'art. 32 Cost., potrebbe impedire l'installazione di nuove discariche per lo smaltimento dei rifiuti che giacciono per strada ottenendo i provvedimenti all'uopo necessari dal giudice ordinario. In questo modo però, se l'interesse di un singolo soggetto (o di pochi individui) potrebbe prevalere in via assoluta sull'interesse pubblico a risolvere l'emergenza in atto, dall'aggravamento della quale potrebbero conseguire maggiori pregiudizi per gli interessi (secondari) di quanti, in questi giorni, si trovano a convivere con le tonnellate di spazzatura ammassate sulle strade, analizzando in termini di *costi / benefici* i risvolti che da una simile soluzione potrebbero discendere, non vi è dubbio del fatto che, così facendo, l'esigenza di tutelare in via assoluta il diritto alla salute "di pochi" risulterebbe verosimilmente idoneo a cagionare gravi pregiudizi per la salute "di molti", di modo che l'affermazione dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla costruzione dei diritti c.d. *incomprimibili* finirebbe per far prevalere una inaccettabile prospettazione parziale, individualistica (*rectius*, egoistica) ed idonea, in quanto tale, a minare il *giusto* assetto della pluralità di interessi [56] che deve essere necessariamente assicurato nella società in cui viviamo [57].

---

[56] Per simili osservazioni, cfr. VIOLA, *L'emergenza rifiuti approda avanti al giudice amministrativo, tra effetto n.i.m.b.y. e analisi economica del diritto,* in *www.giustamm.it*

[57] Come rileva VIOLA, *cit.*, che fonda la sua critica alla teoria dei diritti incomprimibili prediligendo una ricostruzione in termini di analisi economica del diritto (prospettiva che non concepisce il diritto come un insieme di precetti accompagnati da una sanzione, ma lo considera come un insieme di incentivi rivolti ai consociati composto da un insieme di precetti giuridici che introducono in tal modo una serie di prezzi impliciti per i comportamenti degli individui), è evidente come la costruzione giurisprudenziale qui avversata «non costituisca certo un fattore di stabilizzazione delle decisioni amministrative in materia di localizzazione delle opere di pubblica utilità» in quanto questi "superdiritti incomprimibili (potrebbero diventare) «una sorta di "mine vaganti" capaci di far "saltare" in qualsiasi momento l'assetto degli interessi democraticamente definito secondo principi di legalità».

Ad avviso dell'Autore, la logica del di *n.i.m.b.y.* (*not in my back-yard*, letteralmente, "non nel mio cortile") pur potendo apparire valida nella prospettiva della

Diversamente, nel caso in cui si riconoscesse la possibilità di far dialogare l'interesse protetto dall'art. 32 Cost. con il potere amministrativo, allora sarebbe senza dubbio possibile conseguire il più alto effetto di far coesistere allo stesso tempo le esigenze di *giustizia* sostanziale (che identificano nella salute un fondamentale interesse della collettività) con quelle dei *diritti* (secondo cui la salute consisterebbe in un esclusivo diritto del singolo individuo), il tutto nel pieno rispetto di quello che costituisce uno pilastri su cui si erge la struttura del moderno Stato costituzionale: la logica dei *principi*, secondo cui questi non esauriscono «la loro efficacia in direzione delle regole giuridiche», ma «pretendono una presa di posizione conforme al proprio ethos di fronte a tutte le non precisate né preventivamente precisabili evenienze concrete della vita in cui può essere sollevata, per l'appunto, una questione del principio» [58].

Se l'esempio che precede dimostra l'ammissibilità della tesi favorevole al superamento della posizione secondo cui la dimensione "oppositiva" del diritto alla salute identificherebbe una situazione giuridica soggettiva riconducibile ad un diritto soggettivo in via assoluta *indegradabile*, in quanto insuscettibile di dialogare con il potere esercitato dalla pubblica amministrazione, il caso delle prestazioni erogabili per conto del Servizio Sanitario Nazionale dimostra l'opportunità di abbandonare una simile impostazione anche qualora venga in rilievo la componente "pretensiva" del diritto *de quo*.

Nello specifico, qualora si affermasse in via assoluta il principio secondo cui l'art. 32 Cost. sarebbe idoneo ad attribuire a ciascun individuo il diritto

---

soluzione per l'interesse del singolo, potrebbe evidenziare effetti profondamente disfunzionali per l'ordinamento o per gli stessi interessi tutelati in quanto, per i teorici dell'analisi economica del diritto, la costante di fondo da tenere presente nella valutazione degli effetti economici dei modelli giurisprudenziali deve «necessariamente essere costituita dalla necessaria considerazione degli effetti di previsione che derivano dall'adozione di una certa soluzione; nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, infatti, ogni volta che il giudice decide una controversia invia un "messaggio", non solo alle parti in causa, ma a tutta la collettività e, quindi, anche ad una molteplicità di soggetti che regoleranno il proprio comportamento sulla base dell'aspettativa di una determinata soluzione giurisprudenziale: "per i giuristi, ciò significa.., in concreto, abbandonare il terreno, familiare ed affidante del positivismo legislativo e dell'analisi dei singoli casi per approdare al convincimento che anche in un sistema romanista, non fondato sulla regola del precedente, l'esito di una decisione giudiziale non fa soltanto stato tra le parti di una controversia, ma invia altresì segnali importanti a tutti coloro che si trovano in situazioni simili a quella giudicata nella circostanza: quanto dire, dunque, che l'equità inefficiente del caso concreto rischia di innescare una spirale perversa di iniquità, spirale che una modellistica di taglio economico promette di comprendere e magari soffocare sul nascere o, quanto meno, di ricondurre a dimensioni accettabili"».

[58] Non si può omettere di richiamare ancora una volta le lucide espressioni con cui si esprime ZAGREBELSKY, *cit.*, 160.

(soggettivo) *indegradabile* ad ottenere qualsiasi trattamento a carico del Servizio Sanitario Nazionale, allora è evidente che le "limitate" disponibilità economiche che si verrebbero a confrontare con le numerose richieste di tutela avanzate dai singoli individui impedirebbero la piena realizzazione delle pretese dei molti richiedenti; così facendo, la logica della *giustizia* verrebbe ad essere piegata a quella dei *diritti*, pregiudicando le condizioni che invece assicurerebbero un giusto ordine tra le molteplici pretese dei singoli nelle quali si sostanziano i diritti individuali attribuiti a ciascuno dalla Carta costituzionale.

E così, muovendo da simili premesse, non pare possibile disconoscere la correttezza della posizione, in più occasioni fatta propria dalla Consulta, secondo cui, come ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, anche il diritto alla salute, considerato sotto il profilo del diritto ai trattamenti sanitari, non può non essere condizionato dal bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti. In questo modo non si realizzerebbe una subordinazione delle *regole* ai *principi*, né si finirebbe nuovamente per cadere nell'insanabile conflitto tra i *diritti* e la *giustizia*: qualora si consentisse al legislatore ordinario ed alla pubblica amministrazione di scegliere, nell'esercizio dei rispettivi poteri, con quali strumenti, tra i diversi a disposizione, assicurare un adeguato livello di tutela della salute degli individui, si finirebbe infatti per garantire un giusto equilibrio, sicuramente più coerente con la struttura del moderno Stato costituzionale. Tale bilanciamento non sarebbe tuttavia privo di limitazioni, ma dovrebbe tenere conto, sia dei limiti oggettivi che il legislatore e la pubblica amministrazione incontrano nella loro opera di attuazione in relazione alle risorse tecniche, organizzative e finanziarie disponibili in un determinato momento storico; sia del superiore principio che impone di proteggere l'ambito inviolabile della dignità umana, costituito dal *nucleo irrinunciabile* della salute dell'individuo.

Di conseguenza, nei casi di particolare gravità, qualora la salute possa essere tutelata unicamente con un determinato intervento che non sia altrimenti sostituibile, allora l'esigenza di assicurare il *nucleo essenziale* assumerebbe il valore di *principio* (*rectius*, vero e proprio *diritto*) fondamentale e non potrebbe non essere garantito dall'esercizio comunque necessario del potere: l'eventuale violazione di questo limite che fosse posta in essere da parte del Legislatore o dalla pubblica amministrazione sarebbe senza dubbio irragionevole e viziata da una palese illegittimità, di modo che la *regola* particolare (sia essa frutto di un atto legislativo - sia essa l'esito di una specifica disposizione di legge), venendo a confliggere con un *principio* costituzionale di rango superiore, non potrebbe non soccombere in favore

---

(59) In senso conforme, in più occasioni si è espressa la Corte costituzionale, secondo cui «questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a presta-

di quest'ultimo sotto i colpi, nel primo caso, della Corte costituzionale [59], nella seconda ipotesi, del giudice amministrativo, il quale sarebbe competente a decidere in sede di giurisdizione esclusiva (appartenendo la relativa controversia alla materia dei pubblici servizi).

Le notazioni che precedono dimostrano come la formula "*diritto alla salute*" non possa essere ricondotta, secondo la logica del *semel-semper*, ad un diritto soggettivo *incomprimibile*: in realtà, l'espressione "*diritto alla salute*" riassume una situazione giuridica di vasta portata che, muovendo da *principi* comuni, si articola in situazioni giuridiche soggettive differenti [60] in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana, tenendo conto dei rapporti giuridici cui in concreto inerisce [61].

Volendo essere più precisi, posto che il diritto alla salute potrebbe essere ripartito in due distinte componenti, l'una di natura "difensiva", l'altra di carattere "pretensivo", prendendo a riferimento la "*dimensione oppositiva*" si potrebbe sostenere che se, da un lato, l'art. 32 Cost. sembrerebbe assicurare alla salute una forma di tutela "*piena*", riconoscendo in favore di qualsiasi individuo la pretesa a che i terzi (soggetti pubblici o privati) si astengano da qualsiasi comportamento che possa arrecarne pregiudizio [62], dall'altro - come sembrano confermare la già citate pronunzie della Corte costituzionale n. 140/2007, dell'Adunanza Plenaria n. 12/2007, delle Sezioni Unite, n. 21187/2007 – la citata disposizione non escluderebbe la possibilità di operare un bilanciamento di tale interesse con valori di pari grado, proteggendo questo fondamentale "*bene della vita"* come *interesse legittimo oppositivo* e creando,

---

zioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa» (sentenze nn. 27 del 1975, 226 e 559 del 1987, 992 del 1988, 319 del 1989, 127 e 298 del 1990).

[60] «L'espressione diritto alla salute deve considerarsi formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni giuridiche assai differenziate tra loro e talvolta legate da un nesso tutt'altro che diretto» (così, Luciani, *Salute (dir. cost.)*, *Enc. giur.*, XXVII, 1991).

In senso conforme, cfr. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001, secondo cui «la tutela di questo valore si svolge in dimensioni differenti, in relazione a ciascuna delle quali assume una diversa coloritura» (1037).

[61] Corte Cost., 16 ottobre 1990, n. in *www.cortecostituzionale.it*

[62] In questo senso, l'art. 32 Cost. costituisce una norma sicuramente precettiva da cui nascono in capo ai singoli «diritti soggettivi perfetti aventi ad oggetto il bene giuridico salute, direttamente azionabili davanti all'autorità giudiziaria» (così, Luciani, *cit.*, 5).

di conseguenza, le condizioni per prospettare una ipotesi di *coesistenza* di situazioni giuridiche soggettive [63].

Ponendo invece l'attenzione alla "*dimensione pretensiva*", si potrebbe al tempo stesso rilevare che se, da una parte, l'art. 32 Cost. potrebbe identificare norma *programmatica* impositiva di un determinato fine da raggiungere ed il diritto ai trattamenti sanitari potrebbe essere visto come diritto *sociale* costituzionalmente *"condizionato"* dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi protetti nella Carta costituzionale, potendo essere legittimamente tutelato sia come *diritto soggettivo* che *sub specie* di *interesse legittimo pretensivo* (allorquando emerga come situazione soggettiva correlata ad un potere della pubblica amministrazione), dall'altro, considerato che il suo *nucleo essenziale* identifica un vero e proprio *diritto* imposto da un *principio* costituzionale di carattere "superiore" e finalizzato a proteggere un *valore* fondamentale insuscettibile di essere derogato da qualsiasi tipo di *regola* [64], l'articolo suindicato si potrebbe risolvere in una vera e propria norma *autoapplicativa* a garanzia di un superiore interesse dell'individuo che non può non essergli garantito, sia questo ricondotto alla figura del *diritto soggettivo*, sia esso inquadrato nella distinta situazione giuridica costituita dall'*interesse legittimo (pretensivo)* [65].

---

Il profilo della difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi, il diritto alla salute è un diritto *erga omnes,* immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti (v. sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987).

[63] In questo caso il medesimo interesse materiale (diritto alla salute) riceverebbe allo stesso tempo due differenti forme di protezione: come diritto soggettivo nei rapporti interprivati, come interesse legittimo oppositivo nei confronti del potere attribuito dal legislatore in favore della pubblica amministrazione pubblica amministrazione.

In altri termini, ammettendo la possibilità che una norma di organizzazione possa attribuire alla p.a. il potere di incidere negativamente sull'interesse materiale già protetto come diritto soggettivo in via immediata dall'art. 32 Cost., è evidente che al momento dell'inizio dello specifico procedimento tipizzato normativamente, al diritto soggettivo si verrebbe ad affiancare un interesse legittimo di natura oppositivo.

[64] Sia questa espressione del potere legislativo, sia questa il frutto dell'esercizio del potere esercitato dalla pubblica amministrazione

[65] *Ex plurimis*, cfr. Corte Cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di "un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto" [....] Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso».

Tanto premesso, se, in realtà, una pluralità di argomentazioni di carattere sostanziale potrebbero essere spese al fine di confutare la teoria dell'*indegradabilità*, la differente chiave di lettura che in questa sede si intende prospettare potrebbe risultare incompleta qualora fosse limitata alla trattazione che precede: in altri termini, dal momento che, secondo l'opinione diffusa fino ad un recente passato nella prevalente dottrina [66], la costruzione (di origine giurisprudenziale) dei diritti c.d. *incomprimibili*, pur presentando notevoli incongruenze di carattere sistematico, avrebbe potuto essere giustificata quale "*valvola di fuga*" idonea ad assicurare i necessari strumenti preordinati ad evitare eventuali pregiudizi ai *supremi principi* sanciti, da un lato, ai sensi dell'art. 32 Cost., dall'altro, *ex* artt. 24, 103 e 113 Cost. [67], attenendoci alle premesse metodologiche da cui siamo partiti occorre ora valutare se (ed in quali termini) il superamento della teoria dei diritti c.d. "*resistenti a tutta oltranza*" possa essere compatibile con il non meno importante valore di *giustizia* "individuale" che è costituito dal principio di *effettività* della tutela giurisdizionale.

Quest'ultimo aspetto costituisce lo snodo centrale del discorso qui affrontato e merita pertanto di essere approfondito in quanto, se è indiscutibile il fatto che il *proprium* insito nella tutela giurisdizionale sia costituito dal suo carattere individualistico [68], è altresì vero che il *giudizio* identifica il

---

Id., 17 luglio 2001, n. 252, *ivi*; Id., 20 novembre 2000, n. 509, *ivi*; Id., 16 luglio 1999, n. 309, *ivi*.

[66] In dottrina era infatti diffusa l'opinione secondo cui la violazione del diritto di cui all'art. 32 Cost. potesse essere sanzionata incisivamente solo dal giudice ordinario in quanto si riteneva che la tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo si traducesse sempre in una forma di protezione meno immediata ed efficace dal momento che, a differenza del giudice amministrativo (il cui giudizio è doppiamente limitato, tanto dal divieto di sostituzione delle valutazioni tecniche proprie a quelle espresse dalla pubblica amministrazione, quanto dall'impossibilità di condannare quest'ultima ad un *facere* specifico), il giudice ordinario avrebbe potuto sostituire il proprio giudizio a quello espresso dalla pubblica amministrazione e, valutando direttamente se all'attore spetti o meno il *bene della vita* oggetto di contesa, avrebbe potuto condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, tanto con provvedimenti di urgenza *ex* art. 700 c.p.c., quanto all'esito del giudizio di merito. In senso conforme, prima delle riforme sul processo amministrativo, cfr. Bartolini, *op. cit.*

[67] In senso conforme, cfr. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 242 ss. In proposito, l'Autore rileva che sebbene «la ricostruzione in termini di diritto soggettivo tout court della posizione del cittadino riguardo alla propria salute» abbia «portato con sé non pochi inconvenienti, primo fra tutti quello della indegradabilità della situazione soggettiva di riferimento…potrebbe qualificare il sindacato del giudice…come un sindacato di giurisdizione piena…nel senso cioè di privilegiare prioritariamente i richiamati principi di effettività della tutela offerta dall'ordinamento».

[68] Secondo il combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113 Cost. il diritto alla tutela giurisdizionale costituisce un diritto fondamentale costruito sulle situazioni

momento culminante dell'ordinamento in cui questo «*celebra il rito della sua giuridicità*» [69], garantendo l'equilibrio tra *diritti* e *giustizia* ed assicurando la supremazia dei *principi* sulle *regole* a questi eventualmente difformi [70].

E così, nella consapevolezza del fatto che, come evidenziato da autorevole dottrina [71], il riconoscimento dell'accesso alla giustizia sarebbe palesemente vanificato qualora l'interessato non potesse ottenere una forma di tutela adeguata dall'organo giurisdizionale adito «*qualunque sia la controparte e la natura della situazione giuridica soggettiva da preservare*» [72] e ciò a prescindere dal fatto che sia stato emanato un atto amministrativo [73], è necessario vedere ora in quale sede e con quali strumenti dovrebbe essere assicurata la tutela al diritto (per noi *non più incomprimibile)* qual è quello alla salute.

Su questo punto, va subito premesso che non sembra possibile ipotizzare una soluzione unitaria: se, da un punto di vista sostanziale, il diritto alla salute è dotato di una struttura poliforma, in un'ottica processuale sono quattro sono le combinazioni che si potrebbero presentare.

Nello specifico, qualora venga in rilievo la sua *dimensione oppositiva* e non sussista una norma di organizzazione che attribuisca alla pubblica amministrazione alcun potere "ablatorio" che sia idoneo a "pregiudicare" il diritto garantito *ex* art. 32 Cost. con l'emanazione di un apposito provvedimento, allora l'agire amministrativo identificherebbe una ipotesi di *difetto assoluto di attribuzione*; la lesione subita sarebbe conseguenza di un comportamento materiale non collegato con alcun potere esercitato (*rectius*, esercitabile) da parte della pubblica amministrazione; la giurisdizione sulle

---

giuridiche soggettive pariordinate di diritto soggettivo e di interesse legittimo, situazioni che identificando gradazioni diverse di situazioni di vantaggio di carattere sostanziale, devono essere salvaguardate con una pronuncia di merito in ordine allo specifico *bene della vita* oggetto della contesa a prescindere dal giudice competente a decidere nel caso concreto (sull'effettività di tutela, di recente, cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, ord. n. 77, in *www.cortecostituzionale.it).*

[69] Richiamandosi alle tesi di Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 218 ss. si esprime in questi termini, Orsi Battaglini, *cit.*, 49.

[70] Questi elementi identificano alcuni dei fondamentali presupposti su cui si fonda il moderno Stato costituzionale (separazione tra *iura* e *leges*; affermazione dei *principi* sulle *regole*; coesistenza ed equilibrio tra *diritti* e *giustizia*).

[71] Sul principio di effettività di tutela, per più approfondite argomentazioni, si veda Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 26 ss.

[72] «Il processo deve dare a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire», così Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 81.

[73] Figorilli, *cit.*, secondo cui «l'esistenza di un provvedimento non può…rappresentare un ostacolo alla tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ».

eventuali controversie non potrebbe che spettare al giudice ordinario, il quale potrebbe emanare una sentenza di condanna ad un *facere* specifico con cui inibire la prosecuzione dell'attività dell'amministrazione, ordinare l'eventuale ripristino dello *status quo ante* e disporre l'eventuale risarcimento del danno in favore del privato che sia stato pregiudicato.

Diversamente, nel caso in cui sussista una norma di organizzazione che attribuisca alla pubblica amministrazione il potere "*ablatorio*" capace di incidere negativamente sulla salute del privato, allora la giurisdizione sulle eventuali controversie inerenti alla legittimità del provvedimento emanato dovrebbe essere (tendenzialmente) devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ricorrendo, in questo caso, una situazione di *cattivo esercizio del potere*: come di recente affermato dalla Corte costituzionale non sussiste infatti alcun «principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti», essendo «il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica (dotato di) poteri idonei ad assicurare *piena* tutela…per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione» [(74)].

Ciò premesso, su questo aspetto si rendono tuttavia necessarie talune precisazioni, in quanto, nella circostanza esaminata, due sono le eventualità che si potrebbero presentare, a seconda che l'emanazione del provvedimento "lesivo" della salute del privato sia il frutto dell'esercizio di un potere attribuito da una norma che sia rispettosa, o meno, dei vincoli imposti al legislatore dalla Costituzione repubblicana.

Nel primo caso, il privato potrebbe far valere il suo *interesse legittimo oppositivo* ricorrendo davanti al giudice amministrativo al fine di ottenere: in sede cautelare, un provvedimento idoneo ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione definitiva [(75)]; al termine del giudizio "di merito", una sentenza di annullamento del provvedimento illegittimo [(76)] con cui l'autorità adita, garantendo una tutela *piena* della situazione giuridica azionata dal privato, potrebbe altresì disporre, come ribadito nella già citata sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale, le eventuali misure risarcitorie in forma

---

[(74)] Corte cost., aprile 2007, n. 140, *cit.* (nostro il corsivo).

[(75)] In presenza di un provvedimento "ablatorio", non vi è dubbio che la pretesa di tutela della situazione giuridica vantata dal privato potrebbe essere soddisfatta da ordinanza c.d. sospensiva, ossia da una misura cautelare che sia idonea ad incidere sull'efficacia giuridica dell'atto disponendone la mera sospensione.

[(76)] E' evidente che l'annullamento del provvedimento già di per sé sarebbe idoneo a tutelare la salute del privato, in quanto, il venire meno dell'atto impedirebbe all'amministrazione di porre in essere il comportamento materiale esecutivo dello stesso da cui discenderebbe il pregiudizio alla situazione giuridica soggettiva azionata dal ricorrente.

specifica o per equivalente (anche di carattere non patrimoniale [77]) che siano state eventualmente richieste [78]. In questo modo, a nostro avviso l'interesse (legittimo) del ricorrente sarebbe debitamente garantito, in quanto, da un lato il venir meno dell'atto impugnato impedirebbe all'amministrazione di porre in essere il comportamento materiale esecutivo del potere; dall'altro, l'effetto conformativo della sentenza amministrativa vincolerebbe il successivo operato dell'autorità competente, predeterminando i criteri cui questa si dovrebbe attenere nell'eventuale riesercizio del potere.

---

[77] Nei più recenti sviluppi giurisprudenziali, la tematica della responsabilità risarcitoria per fatto illecito ha conosciuto, proprio sul versante del danno non patrimoniale, una rivisitazione teorica e sistematica che ha ridisegnato il perimetro dei danni non patrimoniali suscettibili di risarcimento: superando la tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c. secondo cui l'unica previsione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 c.p., a partire dalle sentenze 8823/2003 e 8828/2003 della III sezione civile della Corte di Cassazione, alle quali si è uniformata la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale, il diritto vivente ha infatti sancito il principio secondo cui il danno non patrimoniale, pur in assenza di reato, vada sempre risarcito ove connesso alla lesione di diritti essenziali della persona sanciti dalla Carta Costituzionale.

Al risarcimento del danno patrimoniale, da sempre saldamente collocato nel paradigma dell'art. 2043 c.c., la giurisprudenza ha pertanto affiancato il risarcimento del danno non patrimoniale, il quale non è stato più restrittivamente applicato in via esclusiva ai richiamati casi del tradizionale danno morale soggettivo in virtù della tralaticia identificazione dell'unica ipotesi di danno non patrimoniale espressamente previsto dalla legge con il danno da reato *ex* art. 185 c.p., ma è stato esteso al fine di assicurare altresì la riparazione, oltre che in ogni altra ipotesi legale espressa di danno non patrimoniale risarcibile (si fanno, esemplificativamente, i casi dell'art. 89 c.p.c., dell'art. 2 l. n. 117/1988, dell'art. 29 l. n. 675/1996, dell'art. 44 d. lgs. n. 286/1998, dell'art. 2 l. n. 89/2001), anche a quelle lesioni che, incidendo su valori "della persona" che sono dotati di posizione preminente nell'assetto costituzionale – in cui i diritti inviolabili dell'uomo ed il divieto di discriminazioni irragionevoli assurgono a rango di principi fondanti, irrinunciabili ed immodificabili (artt. 2 e 3 Cost.) – non possono non costituire figure di danno risarcibile.

Il danno non patrimoniale inteso in senso lato, come categoria nella quale trovano collocazione giuridica sia il danno morale soggettivo (o danno da reato, concretantesi nel turbamento dell'animo della vittima), sia il danno biologico in senso stretto (o danno all'integrità fisica e psichica, coperto dalla garanzia dell'art. 32 Cost.), sia il c.d. danno esistenziale (o danno conseguente alla lesione di altri beni non patrimoniali di rango costituzionale), è risarcibile anche se cagionato dalla pubblica amministrazione (in questo senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005, n. 109, in *www.giustizia-amministrativa.it;* Id., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2015, *ivi*; TAR Puglia, Bari, sez. II, 15 ottobre 2005 n. 3888, *ivi*.; TAR Piemonte, sez. I, 15 giugno 2007, n. 2623, *ivi*; TAR Abruzzo, 23 marzo 2007, n. 339, ivi; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 3536/2008, *ivi*).

[78] In senso conforme, cfr. Carpentieri, *Ancora due righe sui diritti incomprimibili*, in *www.giustamm.it*

Nella diversa ipotesi in cui il provvedimento sia stato emanato sulla base di una norma attributiva del potere che presenti fondati profili di incostituzionalità (ad esempio perché lesiva del *nucleo essenziale* dell'interesse protetto in via incondizionata dall'art. 32 Cost.), la salute del privato potrebbe essere tutelata sostanzialmente negli stessi termini, ma con una pronunzia il cui contenuto sarebbe condizionato dal modo in cui si costruisce il fenomeno della trasmissione dell'antigiuridicità per sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma di attribuzione che sia stata, nelle more del giudizio, dichiarata illegittima con sentenza della Corte costituzionale (autorità, questa, cui spetterebbe la superiore funzione di garantire l'equilibrio tra le pretese vantate dai singoli e le esigenze di *giustizia*, attraverso un sindacato preordinato ad assicurare la corretta subordinazione delle *regole* [79] ai *principi*).

Più precisamente, il meccanismo di tutela potrebbe essere riassunto in questi termini: qualora si accogliesse la tesi secondo cui l'incostituzionalità della disposizione censurata non sarebbe idonea a far venir meno in via retroattiva l'esistenza del potere, allora l'interessato presentando un ricorso al competente tribunale amministrativo regionale (nel rispetto dell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni), potrebbe ottenere: in primo luogo, nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale dovesse superare il giudizio di non manifesta infondatezza da parte dell'autorità adita, la sospensione cautelare [80] dell'atto impugnato; all'esito del giudizio di "merito", qualora la questione sollevata nel corso del processo

---

[79] In questo caso, il giudizio posto in essere dalla Corte costituzionale si tradurrebbe in uno strumento funzionale ad assicurare la giuridicità dell'ordinamento in due giudizi distinti, ma strettamente collegati: nello specifico se, da un lato, la Consulta potrebbe operare un sindacato sulla compatibilità della *regola generale* (dettata con la legge) ai *principi* imposti dalla Carta costituzionale, dall'altro l'esito del giudizio di costituzionalità sulla norma di attribuzione determinerebbe la possibilità di verificare se la *regola* del caso concreto (dettata con l'emanazione del provvedimento amministrativo impugnato) sia rispettosa o meno dei superiori diritti attribuiti dalla Costituzione repubblicana ai singoli individui.

[80] Nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale prospettata dal ricorrente dovesse superare positivamente il giudizio di non manifesta infondatezza, allora potrebbe ritenersi soddisfatto il requisito del *fumus boni iuris*, in quanto la sospensione del giudizio e la successiva trasmissione degli atti alla Consulta sarebbe conseguenza della fondata presunzione di incostituzionalità della norma di attribuzione censurata (che per il giudice *a quo* non potrebbe essere interpretata con una lettura conforme a Costituzione) dalla quale, molto probabilmente, potrebbe derivare la successiva invalidità del provvedimento impugnato. Ciò premesso, se la *ratio* che sta alla base della tutela cautelare è quella di evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore, l'eventuale diniego di una c.d. sospensiva potrebbe essere considerato non solo irragionevole, ma anche contrario al principio di effettività di tutela che sta alla base del moderno Stato costituzionale.

amministrativo dovesse essere ritenuta fondata dal giudice delle leggi, una sentenza costitutiva di annullamento [81] del provvedimento impugnato con cui potrebbe essere altresì disposto l'eventuale risarcimento del danno (anche non patrimoniale) che sia stato eventualmente richiesto nell'atto introduttivo del relativo giudizio.

Diversamente, se si aderisse alla diversa e più convincente impostazione [82] secondo cui, in virtù della retroattività della pronuncia di incostituzionalità di una norma attributiva del potere, gli effetti della legge investita dalla sentenza verrebbero caducati *ex tunc* e, pertanto, il potere che in essa dovrebbe trovare fondamento è come se non fosse mai esistito, con conseguente nullità *ab origine* del provvedimento che sia stato emanato in base ad esso, ritenendo che in una simile circostanza si configuri una nullità *sui generis* [83] (originaria *quoad causam* ma sopravvenuta *quoad effectum*) integrante una fattispecie di *fictio juris* (posto che l'atto è esistito *medio tempore*, non solo quale fatto storico ma anche quale atto giuridico produttivo di effetti che tuttavia vengono meno in virtù della finzione caratteristica delle pronunce costitutive con effetto retroattivo [84]), allora si

---

[81] In senso conforme, in giurisprudenza *ex multis* cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8; Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 381; Id., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2575; Id., sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 546; TAR Calabria, Catanzaro, 26 giugno 2007, n. 1721. In dottrina, cfr. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1214 ss.; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 391 ss.; ESPOSITO, *«Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960, 330 ss.

Sul regime dell'atto amministrativo emanato in base ad una norma di attribuzione del potere incostituzionale, in termini generali, cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; CHIEPPA, *Atto amministrativo emanato in base ad una legge incostituzionale*, in *Temi di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 237 ss.

[82] Tale tesi è sostenuta con convincenti argomentazioni da BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 281 ss. secondo cui, mentre la pronuncia di incostituzionalità di una norma di attribuzione del potere determinerebbe una ipotesi di «*nullità sopravvenuta*», la pronuncia di incostituzionalità di una norma sull'esercizio del potere sarebbe idonea a configurare una ipotesi di «*annullabilità sopravvenuta*». In senso conforme, cfr. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 875 ss.

[83] Questa soluzione non è adottata dalla giurisprudenza amministrativa. Tra le poche sentenze favorevoli, si segnala TAR Lombardia, Brescia, 24 agosto 2004, n. 934, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[84] Su questo punto, si ritiene opportuno richiamare le interessanti notazioni di BARTOLINI, *cit*, secondo cui: «se, per un verso, non si può negare che il provvedimento sino al momento del venire in essere della causa sopravvenuta è valido e produttivo di effetti, per altro verso è innegabile che in forza della *fictio iuris*, derivante dalla retroazione, il provvedimento debba essere considerato come adottato in una situazio-

potrebbe ritenere che, se sul piano sostanziale la "*nullità sopravvenuta*" sarebbe idonea a determinare la degradazione degli effetti *medio tempore* prodotti dal provvedimento invalido in meri *risultati materiali*, sul piano processuale il *diritto soggettivo* alla salute potrebbe essere azionato dinnanzi al giudice ordinario o, qualora la questione ricada in una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come nel caso previsto ai sensi del recente decreto legge n. 90/2008), davanti a quest'ultima autorità [85]. In questo caso, l'esercizio dell'azione non sarebbe condizionato dalla necessità di rispettare il rigoroso termine decandenziale di sessanta giorni previsto in via generale dalla legge T.A.R. ed il giudice competente a decidere sulla specifica questione, oltre ad accertare la nullità dell'eventuale provvedimento amministrativo, potrebbe altresì condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico [86], inibendo all'amministrazione di dare esecuzione al provvedimento impugnato, tanto in sede cautelare, quanto con la pronunzia della sentenza definitiva.

Volgendo invece l'attenzione alla dimensione *pretensiva* del diritto alla salute, le ipotesi che si potrebbero verificare potrebbero essere due: da un lato, la pubblica amministrazione potrebbe essere titolare, sulla base di specifiche disposizioni di legge, del potere funzionale a soddisfare in via diretta la pretesa del richiedente (si pensi al caso dei trattamenti sanitari che devono essere erogati dal S.S.N. in quanto previsti nel nomenclatore regionale); dall'altro, potrebbero mancare specifiche previsioni che legittimino in via esplicita l'autorità amministrativa a soddisfare le pretese del privato (si pensi al caso delle cure indispensabili e non comprese tra quelle che il S.S.N. è tenuto ad erogare).

In entrambe le ipotesi, non vi è dubbio che la controversia rientrerebbe nella materia dei pubblici servizi che l'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 attribuisce

---

ne di carenza di potere…il provvedimento, anche se originariamente valido, viene a trovarsi in virtù della finzione retroattiva, in una situazione di contrasto con l'imperativo categorico sulla previa e necessaria attribuzione della potestà amministrativa. In questo quadro la nullità sopravvenuta *quoad causam* ed originaria *quoad effectum* comporta la degradazione degli effetti, *medio tempore* prodotti, in risultati» (284-285).

[85] Sebbene di recente il Legislatore abbia devoluto «tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti» alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo («estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati»), va rilevato che già in precedenza con la sentenza 28 dicembre 2007, n. 27187 le Sezioni Unite avevano osservato come tali questioni, attinendo all'uso o alla gestione del territorio, in realtà identifichino controversie comprese nella materia urbanistica o edilizia ed siano quindi regolate, sul piano della tutela giurisdizionale, dall'art. 34, comma 1 del d.lgs. n. 80/1998.

[86] In senso conforme, in dottrina CARINGELLA, *La tutela dei diritti soggettivi affidati alla giurisdizione esclusiva*, in *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 669.

alla giurisdizione *esclusiva* del giudice amministrativo: non correlandosi ad una mera obbligazione dell'amministrazione sanitaria, il diritto alla salute rileverebbe infatti come situazione giuridica soggettiva correlata ad un *potere* della pubblica amministrazione (nell'un caso, vincolato; nell'altro, di carattere tecnico discrezionale).

Ciò premesso, riflettendo sul fatto che, specie a seguito delle recenti riforme che hanno investito il sistema della giustizia amministrativa, il processo sembra aver subito una radicale trasformazione, avendo abbandonato l'originaria struttura di "giudizio sull'atto" per acquistare quella di vero e proprio "giudizio sul rapporto" [87], potrebbe sembrare fuori luogo far ricorso alla teoria dell'*indegradabilità* del diritto alla salute al fine di riconoscere le debite garanzie che spettano a tale fondamentale "interesse".

Come dimostrato da una recente ordinanza del T.A.R. Lombardia [88], anche quando il diritto alla salute si correla alla *potestà* della pubblica amministrazione (in altri termini, volendoci attenere alle categorie dogmatiche elaborate dalla tradizione, quando la salute è tutelata *sub specie* di *interesse legittimo pretensivo*), il giudice amministrativo non potrebbe limitarsi ad esercitare un astratto sindacato della legittimità dell'azione amministrativa, ma dovrebbe operare «*con specifico riferimento alla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio dal ricorrente ed alla sua fondatezza*» [89], fermo restando il limite inderogabile che viene individuato in quelle ipotesi in cui l'attività è connotata da margini di discrezionalità amministrativa c.d. *pura* (anziché solo tecnica). Diversamente opinando, si finirebbe infatti per vulnerare l'essenza del principio sancito dall'art. 24 Cost., in conformità del quale, come precisato dalla Corte costituzionale in una storica sentenza, agli interessi legittimi devono essere garantite «le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi, quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare» [90].

Di conseguenza, se da un lato, è ormai tramontata la tradizionale visione del processo amministrativo come "mero" processo di legittimità, dall'altro nella nuova lettura che considera la giurisdizione del giudice amministrativo come una forma di giurisdizione *piena* sembra ormai venuta meno la concezione del potere di annullamento inteso come "clausola generale" [91]:

---

[87] Per analoghe considerazioni, cfr. TAR Lombardia, 8 maggio 2008, n. 1370, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[88] TAR Lombardia, Milano, 22 maggio 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[89] Viene descritto in questi termini l'operato del giudice amministrativo nell'esercizio della sua attività di piena giurisdizione da Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, 327-328.

[90] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*

[91] Si esprime in questi termini Ferrara, *I sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento amministrativo: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 591 ss.

ne consegue che, fermo restando il limite insindacabile costituito dalla sfera esclusiva dell'azione amministrativa (l'ambito della discrezionalità amministrativa c.d. *pura*), non appare peregrino sostenere che le disposizioni sul processo amministrativo, qualora interpretate alla luce dei superiori *principi* derivanti dai dettami costituzionali, conferiscano al giudice del potere tutti gli strumenti idonei ad assicurare una tutela dell'interesse legittimo che sia davvero *effettiva*, potendo questo esercitare una approfondita cognizione da far confluire in una successiva e penetrante decisione, non più limitata al mero annullamento, ma aperta alle nuove – ed al tempo stesso incerte – frontiere della moderna struttura che caratterizza il processo amministrativo.

In altri termini, ferma restando la consapevolezza della necessità di evitare una ingerenza del giudice nella sfera esclusiva dell'amministrazione (quella afferente al merito amministrativo ed alle valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti, nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico) [92], nei diversi casi in cui l'esercizio del potere sia correlato ad *attività vincolata* o sia tutto al più connotato di *discrezionalità tecnica* [93], se da un lato, si potrebbe sostenere che il giudice amministrativo, al fine di verificare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata dal ricorrente, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) esercitare i suoi poteri cognitori operando un sindacato «diretto, pieno e sostitutivo» sugli accertamenti e sulle valutazioni preventivamente operate dalla amministrazione resistente, dall'altro, nel decidere sul ricorso si potrebbero prospettare tre differenti ipotesi, tutte (però) indirizzate verso la medesima direzione: quella di assicurare al ricorrente tutto quello e proprio tutto quello ch'egli ha diritto di conseguire.

Più precisamente, in primo luogo, si potrebbe sostenere che, pur in assenza di una specifica disposizione che preveda una azione costruita sul modello della *Verpflichtungsklage* tedesca, dal principio di *effettività* di tutela discenderebbe come logico corollario quello di «*atipicità delle forme di tutela*», di modo che (non solo sembrerebbe ammissibile la possibilità di esperire dinnanzi al giudice amministrativo azioni dichiarative di doveri, ossia *azioni di accertamento*, ma anche) si potrebbe ipotizzare, almeno nei casi in cui non residui in capo all'amministrazione alcun margine di discrezionalità (c.d. *pura*) [94], la possibilità di ottenere la condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico attraverso l'esercizio di una vera e propria *azione di adempimento*.

---

[92] Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[93] Che «è altra cosa dal merito amministrativo e ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere, deve far ricorso ed applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta», così Police, *cit.*, (433-434)

[94] Il rinvio è d'obbligo a Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

Diversamente, qualora questa tesi non si ritenesse convincente, allora la piena soddisfazione della pretesa sostanziale potrebbe essere conseguita costruendo l'*azione di adempimento* sull'istituto della *reintegrazione in forma specifica* che, in questo caso, collocato al di fuori del paradigma risarcitorio [95], identificherebbe uno strumento aggiuntivo alla tutela di annullamento attraverso cui ottenere la condanna dell'amministrazione al compimento di determinate attività.

Da ultimo, nell'eventualità in cui si dovesse dissentire anche con questa ulteriore soluzione, rimarrebbe aperta la strada più "tradizionale" che, se associata ai pregnanti poteri di cognizione e di decisione propri della giurisdizione *piena*, potrebbe assicurare al ricorrente adeguati spazi di tutela. Nello specifico, al fine di assicurare l'effettiva soddisfazione alle pretese sostanziali fatte valere in giudizio, in questo caso la pronuncia del giudice amministrativo non ordinerebbe all'amministrazione un *facere* specifico, ma "si limiterebbe" ad avere ad oggetto l'accertamento del rapporto sostanziale che intercorre tra il ricorrente e l'Amministrazione, di modo che, oltre ad annullare l'atto impugnato, potrebbe vincolare la futura azione dell'amministrazione in virtù dell'evidente effetto conformativo che discenderebbe dall'accertamento in essa contenuto [96]. In tale circostanza, si potrebbe a nostro avviso parlare anche di «*sentenza costitutiva di annullamento e*

---

[95] In questo senso, cfr. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000. *Contra*, tra i tanti, cfr. CHIEPPA, *La reintegrazione in forma specifica nel diritto amministrativo: tutela risarcitoria o azione di adempimento?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3 ss.; TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003; GUIDARELLI, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 644.

[96] Sul contenuto della sentenza del giudice amministrativo nelle ipotesi di giurisdizione *piena*, cfr. POLICE, *op. cit.*, secondo cui: «nella giurisdizione piena, in altri termini, la lesione delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo determinate da ipotesi di provvedimenti illegittimi della pubblica Amministrazione, non trova esclusivamente una tutela di annullamento del provvedimento, né si esercita attraverso una vera e propria azione costitutiva (o di accertamento costitutivo)…Nelle ipotesi di giurisdizione piena, la pronuncia del giudice sarà una sentenza…che avrà come suo presupposto l'accertamento del rapporto sostanziale intercorrente tra il cittadine e l'Amministrazione e, come sua finalità precipua, quella di assicurare soddisfazione alle pretese sostanziali del ricorrente (ove esse risultino fondate all'esito del giudizio)…l'annullamento potrà costituire il contenuto (o parte del contenuto) di tale sentenza di condanna, ma non sarà l'unico…In primo luogo, infatti, la sentenza di condanna sarà caratterizzata dall'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, vincolando a tale accertamento l'azione futura dell'amministrazione» (accertamento costitutivo). In secondo luogo, il giudice vincolerà lo stesso operato futuro dell'amministrazione» (173-174).

*di condanna all'emanazione dell'atto amministrativo*» [97], volendo con ciò intendere che, qualora la decisione pronunciata dal giudice amministrativo affrontasse tutti i profili della vicenda controversa, in pratica sarebbe riconosciuto il diritto del ricorrente a conseguire il *bene della vita* (diritto che, in caso di eventuali resistenze dell'amministrazione, potrebbe trovare piena soddisfazione in sede di giudizio di ottemperanza).

Tenendo a mente le premesse che precedono, vediamo quali conseguenze discenderebbero dall'applicazione di tali considerazioni al caso in esame.

Nel caso in cui l'amministrazione sanitaria fosse titolare, sulla base di specifiche disposizioni di Legge (magari specificate con appositi atti programmatici adottati dalla pubblica amministrazione [98]), del potere funzionale a soddisfare in via diretta la pretesa del richiedente [99], allora la potestà esercitata sarebbe *in toto* vincolata [100]: ne consegue che, qualora la richiesta del privato dovesse essere rigettata dalla competente autorità, allora quest'ultimo potrebbe tutelare il suo "diritto" alla salute [101] ricorrendo davanti al giudice amministrativo, al fine di ottenere, in sede cautelare, un'ordinanza propulsiva che disponga provvisoriamente in suo favore l'erogazione della prestazione da parte del servizio sanitario; all'esito del "giudizio di merito", una sentenza che, avendo come presupposto l'accertamento del rapporto sostanziale tra il privato e l'Amministrazione, oltre a disporre l'annullamento dell'atto impugnato, a seconda della tesi che si decidesse di adottare, potrebbe:

*a)* condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, ordinando ad esempio l'erogazione del trattamento sanitario richiesto;

*b)* determinare nella motivazione i principi cui quest'ultima si dovrebbe attenere nella successiva riedizione del potere (che sarebbe ulteriormente vincolato), a garanzia del pieno soddisfacimento dell'interesse materiale protetto dall'art. 32 della Carta costituzionale.

Diversamente, in assenza di specifiche disposizioni che legittimino in via esplicita l'autorità amministrativa a soddisfare la pretesa dell'interessato volta ad ottenere determinate cure sanitarie, in questo caso il "diritto" dedotto dal ricorrente investirebbe la potestà tecnico discrezionale della pubblica amministrazione la quale, al fine di contemperare la pretesa

---

[97] L'espressione è ripresa da Follieri, *La tipologia delle azioni proponibili, in Giustizia amministrativa*, Scoca (*a cura di*), Torino, 2006, 172.

[98] Si pensi al 'Nomenclatore tariffario regionale' che prevede l'ambito delle prestazioni sanitarie erogabili da parte del Servizio Sanitario.

[99] Si pensi al caso dei trattamenti sanitari che devono essere erogati dal S.S.N. in quanto previsti nel Nomenclatore regionale.

[100] Ad esempio, a fronte delle richieste di trattamenti sanitari l'amministrazione sanitaria dovrebbe solamente accertare se la prestazione richiesta sia o meno compresa tra quelle previste dal Nomenclatore tariffario e, in quanto tali, erogabili gratuitamente dall'amministrazione sanitaria.

eventualmente da questo vantata con l'esigenza di garantire l'equilibrio del sistema sanitario nazionale [102], dovrebbe verificare, ricorrendo all'ausilio delle specifiche regole della scienza del settore, la sussistenza di tre condizioni: che la prestazione richiesta sia effettivamente necessaria per tutelare il contenuto essenziale del diritto alla salute (inteso nella sua massima declinazione del diritto alla sopravvivenza in vita); che l'efficacia del trattamento richiesto sia comprovato da attendibili studi del settore; che non siano prospettabili alternative terapeutiche eventualmente disponibili nel nomenclatore tariffario.

In questo caso, nell'eventualità che l'istanza del privato non dovesse essere accolta dall'autorità interpellata, allora quest'ultimo si vedrebbe ancora una volta costretto a presentare un ricorso davanti al giudice amministrativo, il quale, disponendo di tutti gli strumenti necessari per salvaguardare la situazione giuridica soggettiva azionata, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) esercitare un sindacato *intrinseco* di tipo "*forte, pieno ed effettivo"* sulle valutazioni tecniche [103] poste in essere dalla amministrazione sanitaria, coniugando in questo modo il principio di *effettività* di tutela giurisdizionale con la specificità della controversia sottoposta al suo esame [104]; in tale circostanza, l'autorità giurisdizionale adita, da un lato, sarebbe tenuta ad emanare le misure che assicurino interinalmente gli effetti del ricorso (ordinando all'amministrazione di garantire il trattamento sanitario richiesto dal ricorrente); dall'altro, all'esito del giudizio, oltre ad annullare il provvedimento negativo impugnato, a seconda che si ammetta o meno l'esperibilità di una generale azione di adempimento, potrebbe:

*a)* condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico, ordinando ad esempio l'erogazione del trattamento sanitario;

*b)* determinare nella motivazione i principi cui quest'ultima si dovrebbe attenere nella successiva riedizione del potere (che in questo caso diventerebbe vincolato), assicurando così il pieno soddisfacimento dell'interesse materiale protetto dall'art. 32 della Carta costituzionale.

---

[101] Protetto, in questo caso, nelle forme dell'*interesse legittimo pretensivo.*

[102] E' evidente che, nel caso in cui ogni tipo di prestazione sia erogabile da parte del S.S.N., allora la possibilità di soddisfare la pretesa di ciascun individuo finirebbe per prevalere sulle ragioni di giustizia sostanziale preordinate a garantire il diritto alla salute di tutti, determinando, di conseguenza, la rapida implosione del sistema da cui discenderebbero conseguenze ancora più gravi per l'intera collettività.

[103] Per il superamento dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche poste in essere dal giudice amministrativo, cfr. Cons. St., 20 febbraio 2008, n. 597, in *www.giustizia-amministrativa.it*

[104] Nel caso di specie, preordinata a garantire una adeguata tutela al *nucleo essenziale* della salute del privato: *principio* protetto in via assoluta dalla Costituzione ed insuscettibile di essere derogato da qualsiasi regola disciplinante il caso di specie, sia essa posta con legge che con atto amministrativo.

Sulla scorta di tali considerazioni si potrebbe quindi osservare che, se da un lato «a nulla serve l'accertamento dell'illegittimità del comportamento dell'amministrazione perché si possa parlare…di una sentenza che realizza la tutela giurisdizionale dell'interesse protetto» [105], dall'altro una lettura sostanzialistica delle norme sul processo amministrativo che lo sincronizzi con le coordinate costituzionali in punto di *effettività* di tutela (specie nei casi in cui venga in rilievo la necessità di tutelare i diritti attribuiti ai singoli da superiori principi della Carta costituzionale), permetterebbe al giudice amministrativo uno scrutinio, non più limitato alla mera declaratoria dell'illegittimità dell'atto impugnato, ma esteso alla *piena* cognizione del rapporto e, quindi, all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale vantata dal ricorrente [106].

La differente chiave di lettura qui proposta, oltre a presentarsi più conforme ai *principi* di carattere sostanziale, appare quindi egualmente idonea a garantire le primarie esigenze di *effettività* di tutela che, come in più occasioni confermato dalla giurisprudenza, devono essere assicurate con particolare attenzione in tutti quei casi in cui venga in rilievo la necessità di assicurare una forma di protezione al "*nucleo essenziale*" del fondamentale interesse attribuito in capo a ciascun individuo ai sensi dell'art. 32 Cost. In altri termini, qualora si accogliesse il diverso approccio metodologico qui adottato, diversamente da quanto sostenuto dal filone giurisprudenziale cui ha aderito il Collegio umbro nella sentenza annotata, non sembra necessario ritenere che il diritto alla salute sia suscettibile di affievolimento per poi riespandersi in presenza di situazioni di particolare gravità o urgenza che esigono una tutela *piena* del suo "*nucleo esenziale*": i dati offerti dal sistema

---

[105] Così, GIANNINI – PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 255.

In senso conforme, cfr. FIGORILLI, *op. cit.* Nel delineare quello che dovrebbe essere «il nuovo corso della giustizia amministrativa», nel già citato contributi l'Autore rileva che ormai «pare scontato, d'altronde, che la tutela dell'interesse legittimo non possa essere interamente ricondotta alla sola azione di annullamento, dal momento che la demolizione di certi provvedimenti, come nell'ipotesi di atti a contenuto negativo od anche silenziosi, non assicura una utilità diretta per il titolare della situazione soggettiva» (395).

[106] Sull'oggetto del processo amministrativo, cfr. POLICE, *op. cit.*, secondo cui: «come si è avuto modo di sottolineare, infatti, la decisione del giudice amministrativo di piena giurisdizione non si limita ad accertare l'illegittimità di un atto o l'illiceità di una condotta, ma si stende anche all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente…Ne consegue che – nell'ambito della piena giurisdizione – l'oggetto del processo, sia che venga ricondotto alla pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente, sia che venga ravvisato nelle situazioni giuridiche soggettive della cui lesione il ricorrente si duole, sarà sempre e comunque coincidente con l'accertamento giudiziale del rapporto sostanziale intercorrente fra la pubblica Amministrazione ed il ricorrente» (501).

vigente permetterebbero infatti di superare la teoria dell'*indegradabilità*, rispettando al contempo l'esigenza di offrire una adeguata garanzia alle situazioni giuridiche soggettive di cui il privato sia titolare.

Ne consegue che, sebbene in passato la dottrina in più occasioni abbia fatto ricorso alla teoria dell'*indegradabilità* del diritto *alla salute* proprio al fine di massimizzare il principio di effettività della tutela che deve essere garantita in favore di tale *bene della vita*, non sarebbe peregrino sostenere che il sistema di giustizia amministrativa presenti tutti gli strumenti idonei ad assicurare meccanismi di tutela assimilabili in termini di *effettività* a quelli che potrebbe garantire il giudice ordinario.

A distanza di più di venti anni, appaiono ancora attuali le riflessioni con cui Mario Nigro, a conclusione di un noto saggio, aveva individuato le principali lacune che si celavano nel sistema della giustizia amministrativa, pregiudicando le fondamentali esigenze di effettività di tutela.

Vale la pena richiamarle: «in sintesi…le situazioni di interesse legittimo possono…assicurare la tutela cui giustamente si aspira. Esse non hanno nulla che le condanni a garantire una protezione di serie B. Strutturalmente e funzionalmente l'interesse legittimo non determina inidoneità o incapacità istituzionali.

A patto però che i giudice amministrativo si liberi totalmente dal complesso della necessaria considerazione delle ragioni dell'interesse pubblico considerato in astratto e in generale (il che significa delle ragioni della potestà amministrativa); acquisti consapevolezza del nuovo modo di essere, dialettico e partecipato, della potestà amministrativa; e riesca a creare nel processo quell'equilibrio fra "pretese" del ricorrente (o in genere delle parti private) e "pretese" dell'amministrazione che costituisce la rappresentazione e la proiezione processuale del rapporto amministrativo esistente sul terreno nazionale» [107].

Le più recenti prese di posizione della giurisprudenza sembrano dimostrare come il problema possa essere superato.

In attesa delle future decisioni, non rimane che auspicare che si prosegua in questa direzione.

GIORGIO VERCILLO

---

[107] NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 470 ss. (nello specifico, 482).

T.A.R. UMBRIA – 24 ottobre 2007, n. 796 – *Pres.* LIGNANI – *Rel.* LIGNANI – XY S.r.l. (avv.ti Coccia e Marucci) c. Comune di Magione (avv. Ruffo).

**Edilizia ed Urbanistica – Monetizzazione standard urbanistici – Discrezionalità – Determinazione dell'importo – Accettazione della proposta.** (art. 16 del t.u. n. 380/2001).

*L'importo della monetizzazione non è determinato discrezionalmente dal Comune, ma non è altro che il controvalore oggettivo di quelle opere che il costruttore si è impegnato ad eseguire e a cedere, e che invece saranno realizzate a cura e a spese del Comune. È dunque ragionevole che detto importo venga determinato con riferimento alle condizioni oggettive di mercato nel momento in cui l'amministrazione comunale accetta la proposta di monetizzazione.*

FATTO E DIRITTO - 1. L'art. 61, comma 7, della legge regionale 24 marzo 2000, n. 27 dispone fra l'altro quanto segue: " I comuni (…) possono prevedere la facoltà che la cessione delle aree pubbliche per standard sia sostituita, a richiesta del proponente l'intervento o del concessionario, da adeguati servizi ed infrastrutture (…). I comuni possono prevedere (…) i casi in cui, a richiesta del proponente l'intervento o del concessionario, le aree pubbliche per standard possono essere monetizzate in alternativa alla loro sistemazione o cessione gratuita, stabilendone il valore e disciplinando le modalità di pagamento a carico dei proprietari".

Nel caso in esame, la società ricorrente XY s.r.l. ha chiesto di avvalersi della possibilità di "monetizzare" (ossia di sostituire la cessione con il pagamento in denaro) le aree a standard che era tenuta a cedere in relazione al proprio intervento edilizio in Comune di Magione, assentito nel 2001.Tale richiesta è stata presentata nel maggio 2004. La giunta comunale si è pronunciata- nel senso dell'accoglimento- nel febbraio 2007, applicando a questo punto le nuove (e maggiori) tariffe che essa stessa aveva approvato il 31 agosto 2005. L'applicazione delle nuove tariffe comporta, per la società istante, un onere di € 168.490, mentre con le tariffe previdenti esso sarebbe stato di € 79.170.

È seguito il ricorso della società interessata, cui resiste il Comune.

2. La controversia riguarda unicamente l'individuazione del regime tariffario da applicare per la "monetizzazione" chiesta dalla società interessata e accordata dal Comune, mentre le parti concordano su tutti gli altri aspetti del rapporto (normativa applicabile, opportunità per il Comune di accordare la monetizzazione, calcolo delle superfici da "monetizzare" e relativa destinazione, etc.).

Secondo la ricorrente si dovevano applicare le tariffe vigenti al momento della domanda (maggio 2004) e non quelle vigenti al momento della determinazione del Comune (febbraio 2007). Peraltro, la delibera del 3l agosto 2005 che le ha modificate contiene una clausola esplicita per affermare l'applicabilità anche nelle pratiche pendenti. Il ricorso investe la legittimità anche di questa clausola.

3. Conviene affermare, innanzi tutto, la tempestività del ricorso nella parte in cui investe la delibera del 31 agosto 2005. Quest'ultima, infatti, rientra fra quegli atti generali, applicabili ad un numero indeterminato di fattispecie senza limiti di tempo, che sono impugnabili unitamente agli atti che ne facciano applicazione nei singoli casi concreti, vale a dire nel momento in cui producono i loro effetti lesivi nei confronti di un soggetto individuato.

4. Il primo motivo di ricorso concerne la delibera dell'agosto 2005 con riferimento ad un supposto vizio di incompetenza.

Secondo la ricorrente, la determinazione delle tariffe di "monetizzazione" degli standard sarebbe uno degli atti "fondamentali" riservati alla competenza del consiglio comunale dall'art. 42 del t.u. n. 267/2000.

E' tuttavia facile da osservare che nel sistema del t.u. le competenze del consiglio comunale sono tipiche e tassative, mentre la competenza generale e residuale spetta alla giunta. E in effetti l'art. 42 elenca dettagliatamente gli atti riservati alla competenza del consiglio.

E' vero che in alcuni casi quelle indicate dall'art. 42 sono in realtà categorie relativamente ampie ed elastiche; può essere questo il caso della lettera b) ("programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, programmi triennali e elenco annuale dei lavori pubblici, bilanci annuali e pluriennali e relative variazioni, rendiconto, piani territoriali ed urbanistici, programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione, eventuali deroghe ad essi, pareri da rendere per dette materie").

Ma, per quanto latamente si vogliano interpretare le suddette disposizioni, non si vede come possa rientravi l'oggetto della deliberazione n. 148 del 31 agosto 2005.

La ricorrente cita la decisione del T.A.R. Brescia n. 749/2005, ma tale richiamo non è pertinente, giacchè quel Collegio non ha affatto detto che i provvedimenti in materia di " monetizzazione" sono riservati al consiglio. Ha affermato, invece, che se il consiglio comunale lo ritiene opportuno può legittimamente ingerirsi nella materia con direttive di massima e linee di indirizzo, e con ciò ha confermato implicitamente che la competenza provvedimentale ordinaria spetta ad altri organi.

Non può essere neppure invocati l'art. 16 del t.u. n. 380/2001, giacchè questo riserva al consiglio comunale le determinazioni relative all'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondari, e ad

avviso del Collegio non può essere assimilato a questi ultimi il tasso di "monetizzazione", ossia di conversione in moneta degli oneri di urbanizzazione già definiti sotto forma di cessione reale ed assunti a proprio carico dal costruttore.

Conviene infatti sottolineare che anche nella presente vicenda gli oneri a carico della ditta ricorrente sono stati già qualificati e definiti al momento del rilascio del titolo edilizio (in termini di tanti mq di parcheggio pubblico e tanti mq di verde pubblico) e da essa accettati con la stipulazione di un atto d'obbligo.

In questo contesto l'atto del 31 agosto 2005 - come risulta anche dal suo tenore - ha avuto una funzione essenzialmente ricognitiva, nel senso che con esso la giunta ha inteso accertare, sulla base di dati oggettivi (prezzo di mercato delle aree; costi correnti dei lavori di sistemazione) il controvalore a metro quadrato delle aree destinate a parcheggio pubblico e a verde pubblico.

Non vi è stato dunque esercizio di discrezionalità se non di una relativa discrezionalità tecnica, laddove le determinazioni di cui all'art. 16 del t.u. n. 380/2001 comportano rilevanti profili di discrezionalità propriamente detta.

Il motivo va dunque respinto.

5. La considerazioni svolte da ultimo sono utili anche per meglio inquadrare le ulteriori argomentazioni, con le quali la ricorrente sostiene l'illegittimità della pretesa del Comune di applicare "retroattivamente" le nuove tariffe deliberate nell'agosto 2005.

Anche sotto questo profilo, infatti, la ricorrente cerca di estendere alla materia della "monetizzazione" principi elaborati dalla giurisprudenza con riguardo alla diversa problematica degli oneri di urbanizzazione propriamente detti.

Quest'ultimi, infatti, sono somme di danaro dovute ex lege in correlazione con il rilascio di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) e la loro determinazione procede da complesse valutazioni che implicano, come già detto, anche profili di vera e propria discrezionalità. Essi debbono essere pagati al momento del rilascio del titolo (t.u. n. 380/2001, art. 16, comma 2) salva la possibilità di rateizzazione; il ritardato pagamento comporta l'applicazione di rilevanti maggiorazioni a titolo di sanzione (ivi, art. 42) nonché, in caso di ulteriore ritardo, gli interessi legali sull'importo totale (Cons. stato, sez. V., 18 dicembre 2003, n. 8345).

Risponde quindi alla logica del sistema che gli oneri in questione siano calcolati sulla base delle tariffe vigenti al momento del sorgere dell'obbligazione (rilascio del permesso di costruire) e non quello del pagamento.

6. La fattispecie della "monetizzazione" è assai diversa.

In questo caso, l'obbligazione sorge al momento del rilascio del titolo edilizio e per effetto di esso non è un'obbligazione pecuniaria, bensì un obbligo di fare: e precisamente di realizzare determinate opere su terreno del costruttore e poi di cederle gratuitamente al Comune. I contenuti di tale obbligazione sono specificati – come è avvenuto anche nella specieda un atto d'obbligo stipulato dal costruttore.

È vero che quest'ultimo ha ancora la possibilità di "monetizzare", ossia convertire in obbligazione pecuniaria il suo obbligo di fare. Non si tratta però dell'esercizio di un diritto, né di un'opzione unilaterale. L'interessato può proporre la monetizzazione, ma accettare o meno la proposta rientra nella discrezione del Comune. Ne consegue che se il Comune non decide di accettare la proposta , e sino a che non lo decide, il costruttore resta vincolato a tutti gli effetti all'obbligo di fare da lui sottoscritto.

E, come già si è detto, l'importo della monetizzazione non è determinato discrezionalmente dal Comune, ma non è altro che il controvalore oggettivo di quelle opere che il costruttore si è impegnato ad eseguire e a cedere, e che invece saranno realizzate a cura e a spese del Comune.

È dunque ragionevole che detto importo venga determinato con riferimento alle condizioni oggettive del mercato nel momento in cui l'amministrazione comunale accetta la proposta di monetizzazione.

Infine qualora la monetizzaizone si riveli, all'atto pratico, troppo onerosa per il costruttore, quest'ultimo potrà sempre ritirare la proposta ed optare per eseguire direttamente le opere, secondo la convenzione originaria.

La ricorrente mette in evidenza che il Comune ha tardato quasi tre anni prima di pronunciarsi sulla richiesta di monetizzazione. Ma si potrebbe replicare che a sua volta l'impresa, dopo aver sottoscritto l'atto d'obbligo concernente le opere assunte a proprio carico, aveva atteso circa tre anni (durante i quali era oggettivamente inadempiente) prima di avanzare la domanda di monetizzazione; tuttavia quelle condizioni di fatto che poi l'hanno indotta a ritenere preferibile la monetizzazione erano esistenti e riconoscibili sin dall'inizio.

E del resto, a quanto pare non ha adottato alcuna iniziativa per sollecitare il Comune a pronunciarsi con maggiore tempestività.

8. In conclusione il ricorso va respinto, ma si ravvisano giusti motivi per compensare le spese.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria rigetta il ricorso. Spese compensate.

Ordina che la seguente decisione venga eseguita dall'autorità amministrativa.

(1) La sentenza in epigrafe affronta il tema degli *standards* urbanistici, con particolare riferimento all'istituto della "monetizzazione" degli stessi *ex* art. 61, c.7, della Legge Regione Umbria del 24 marzo 2000, n. 27.

La norma richiamata stabilisce che *i comuni…possono prevedere la facoltà che la cessione delle aree pubbliche per standard sia sostituita, a richiesta del proponente l'intervento o del concessionario, da adeguati servizi ed infrastrutture*" oppure che, previo provvedimento motivato da parte dell'amministrazione comunale, "*le aree pubbliche per standard possano essere monetizzate in alternativa alla loro sistemazione e cessione gratuita, stabilendone il valore e disciplinando le modalità di pagamento a carico dei proprietari* ".

In via generale è opportuno premettere che esistono due tipologie di *standards* (Falco, *Gli standards urbanistici*, Roma, 1978, 57 ss). La prima è data dagli *standards* c.d. speciali o ad efficacia differita, i quali trovano fondamento nell'art. 17, c. 8, l. n. 765/67, norma finalizzata ad uniformare le operazioni di pianificazione urbanistica attraverso la definizione di limiti e rapporti tra spazi ed insediamenti, densità edilizie, altezze degli edifici e distanze tra fabbricati. Tali rapporti e limiti inderogabili sono stati di seguito definiti, in relazione alle "*zone territoriali omogenee*", con il d.m. 2 aprile 1968. Altra categoria è data, invece, dagli *standards* c.d. generali o ad efficacia immediata, con i quali si introduce una disciplina essenziale dell'attività di trasformazione urbanistico-edilizia nei Comuni sprovvisti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione. In altri termini, la *ratio* sottesa alla disciplina degli *standards* urbanistici è rinvenibile nell'intenzione del legislatore di stabilire quantità minime di aree da destinare a servizi sociali ed urbani.

In questo contesto è intervenuto anche il legislatore regionale (in Umbria con la richiamata legge n. 27/2000) il quale, nell'ambito della propria potestà legislativa concorrente in materia, ha tentato di integrare le lacune presenti nella normativa nazionale. La legge regionale richiamata introduce la possibilità di accordare al privato interessato all'opera di trasformazione edilizia la possibilità di monetizzare gli *standards* in luogo della sistemazione e cessione gratuita delle aree ad essi destinate. Invero, tale meccanismo non è sfuggito al giudizio poco edificante di parte della dottrina, la quale ha definito tale istituto come uno strumento, *ex pluribus*, capace di vanificare la tecnica degli *standards* legali (Assini-Mantini, in *Manuale di diritto urbanistico*, 1997, 325). Secondo tale tesi, quindi, la monetizzazione degli *standards* consentirebbe al privato di eludere la prestazione concreta su di lui gravante a seguito del rilascio del titolo abilitativo richiesto, sostituendola con la corresponsione di una somma di denaro destinata alla realizzazione di tali servizi da parte del Comune. Per completezza, va aggiunto che il successivo c. 8 dell'art. 61 l. reg. 27/2000 dispone che il Comune utilizza le somme ricavate dalla monetizzazione esclusivamente per la realizzazione delle previsioni dettate dal Piano Comunale dei Servizi. Ciò induce a ritenere che tale introito costituisca una entrata con destinazione vincolata senza

possibilità di svincolo per finalità diverse, la quale costituisce un'eccezione al principio di unicità del bilancio che ispira il sistema di contabilità degli enti locali. Pertanto, come recentemente affermato dalla Corte dei Conti Umbra in sede consultiva (Corte dei Conti Umbria, sez. controllo, parere delibera n. 4/2007, in www.corteconti.it), il vincolo di destinazione di cui sopra rappresenta un limite concreto all'attività di gestione di bilancio da parte dell'ente locale.

Nel caso in esame, la ricorrente lamenta un presunto vizio di incompetenza poiché la delibera di autorizzazione a monetizzare le aree destinate a *standards* è stata emanata dalla giunta Comunale e non dal Consiglio. In realtà, come correttamente affermato dall'organo giudicante, tale tesi non può essere accolta. Infatti è del tutto chiaro il sistema di ripartizione di competenze tra il Consiglio Comunale e la Giunta operata dal Testo Unico Enti Locali. L'art. 42 del D.lgs. n. 267/2000 stabilisce, appunto, che l'organo consiliare è competente solamente nei casi espressamente indicati dalla stessa norma e, specificatamente, in materia di governo del territorio ad esso compete l'adozione e l'approvazione dei piani territoriali ed urbanistici. Di converso, alla Giunta è attribuita una competenza generale e residuale in tutte le altre materia che non sono di spettanza di altri organi. Orbene, dall'art. 42 del TUEL si evince che il Consiglio Comunale esercita funzioni di programmazione urbanistica, ma non anche funzioni gestorie al riguardo. A ben vedere, poi, sia la determinazione delle tariffe di monetizzazione, sia l'autorizzazione a monetizzare aree destinate a *standards* non sono atti che incidono sugli strumenti di programmazione e di attuazione urbanistica.

La ricorrente evoca impropriamente una giurisprudenza (TAR Lombardia, sez. Brescia, 13 luglio 2005, n. 749, in *Ed. ed Urb*., 2006, 170) la quale, a suo dire, afferma la competenza del Consiglio Comunale in materia di monetizzazione delle aree a servizi. In realtà una attenta disamina della pronuncia stessa conduce l'interprete a ritenere che il Consiglio, nell'esercizio della sua potestà pianificatoria *ex* art. 42 d.lgs. n.267/2000, può adottare legittimamente delle direttive e delle linee guida tese ad ispirare l'attività dell'organo esecutivo, al quale, tuttavia, compete sia la definizione delle tariffe, sia l'autorizzazione a monetizzare le aree destinate a servizi.

Nel caso in esame, ciò che di più ha interessato il Tribunale Amministrativo Umbro è la natura della suddetta monetizzazione, e, come diretta conseguenza, l'individuazione della disciplina concretamente applicabile. In proposito, appare condivisibile appieno l'*iter* argomentativo seguito dal giudice amministrativo. Infatti, il ricorrente ha impropriamente richiamato i principi giurisprudenziali elaborati in tema di oneri di urbanizzazione. Questi ultimi, difatti, consistono in una mera obbligazione pecuniaria che sorge allorquando il Comune rilascia al privato il titolo abilitativo richiesto per l'intervento edilizio.

Ne consegue che, poiché l'obbligazione sorge al momento dell'emanazione dell'atto autorizzatorio, il privato deve corrispondere al Comune gli oneri

concessori quantificati secondo i criteri vigenti al momento del rilascio del titolo abilitativo e non dell'effettivo pagamento.

La monetizzazione degli *standards* consiste, al contrario, in un fenomeno strutturalmente diverso. Infatti, nonostante anche tale obbligazione sorga al momento del rilascio del permesso di costruire da parte del comune di competenza, essa consiste in una obbligazione di fare che ha come contenuto la sistemazione e la cessione gratuita al Comune delle aree destinate a servizi. Orbene, l'art. 61, c. 7, della legge umbra n. 27/2000 ammette la possibilità che le aree destinate a *standards* siano monetizzate in alternativa alla loro sistemazione e cessione gratuita al Comune. La monetizzazione può avvenire sempre previa richiesta del privato e a seguito di atto motivato del Comune.

Come correttamente ricostruisce il Collegio giudicante, il Comune qualora decida di accettare la richiesta di monetizzazione dovrà applicare le tariffe che egli stesso avrà, in precedenza, determinato sulla base di criteri ed elementi puramente tecnici. Ecco, dunque, che appare corretta l'interpretazione secondo la cui la delibera di approvazione delle tariffe di monetizzazione è un atto vincolato, o tutt'al più espressione di una relativa discrezionalità tecnica, poichè il controvalore al metro quadro delle aree destinate a servizi è determinato sulla base di criteri oggettivi quali, ad esempio, il prezzo di mercato delle aree e i costi correnti dei lavori di sistemazione.

L'atto di accettazione della proposta, invece, è un atto discrezionale, con la conseguenza che il Comune deve ricostruire congruamente in motivazione l'interesse pubblico che spinge l'amministrazione ad aderire alla proposta del privato. Nel caso di specie, il Comune di Magione ha accettato la richiesta di monetizzazione ed ha applicato le tariffe vigenti al momento dell'accettazione stessa. Anche sotto questo profilo appare del tutto corretta l'interpretazione fatta propria dal Tribunale Amministrativo Umbro. In particolare, muovendo dal dato letterale della norma umbra in esame, appare del tutto evidente che la monetizzazione costituisce, per la pubblica amministrazione, una facoltà e non un obbligo.

Da ciò deriva che il Comune è libero di accettare o meno la proposta del richiedente. Dunque, per trasformare l'originaria obbligazione di fare in semplice obbligazione pecuniaria, è sempre necessaria l'accettazione dell'ente interessato, il quale, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali sopra richiamati, dovrà valutare se tale monetizzazione sia conforme alla piena la realizzazione dell'interesse pubblico che consiste, nel caso di specie, nel dotare determinate aree di servizi urbani.

L'accettazione da parte del Comune produce l'effetto, quindi, di consentire al privato di estinguere l'obbligazione mediante una prestazione diversa (pagamento di una somma di denaro) rispetto alla prestazione originaria secondo lo schema civilistico della *datio in solutum ex* art. 1197, c. 1. Sulla revoca della proposta da parte del privato è appena il caso di precisare che essa sarà possibile fintanto che l'amministrazione comunale non accetti la prestazione diversa offerta dal proponente. La monetizzazione, consisten-

do in una prestazione in luogo dell'adempimento, ha natura di contratto solutorio che si perfeziona, secondo quanto disposto dall'art. 1326, c.1, nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Ne deriva che a tale rapporto sarà applicabile la disciplina vigente nello stesso momento dell'accettazione, anche in ordine alle tariffe da applicare per convertire l'obbligazione di fare in obbligazione pecuniaria. Ecco dunque che l'*iter* argomentativo del giudice amministrativo umbro, che ha legittimato l'applicazione delle maggiori tariffe determinate dopo la presentazione della richiesta da parte del privato interessato, appare del tutto condivisibile.

La decisione dell'organo giudicante, infatti, si fonda sul principio generale del *tempus regit actum,* ricavabile dall'art. 11. disp. prel. c.c. Tale principio ha portata generale e, di riflesso, trova applicazione anche nell'ambito del diritto amministrativo con la conseguenza che qualora durante il corso di un procedimento amministrativo sopravvenga una nuova disciplina, diversa da quella vigente al momento dell'avvio del procedimento stesso o di una sua fase precedente, l'amministrazione sarà obbligata ad applicare la normativa in vigore al momento dell'emanazione del provvedimento definitivo (Lumetti, *Tempus regit actum: disciplina applicabile e provvedimento amministrativo,* in *Giust. amm.,* 2004, 354).

Ciò malgrado, si rileva un problema di fondo che merita di essere approfondito. In particolare, l'amministrazione comunale si è pronunciata sulla richiesta del privato circa un anno e mezzo dopo la presentazione dell'istanza stessa. Nel frattempo, lo stesso Comune interessato ha provveduto a rideterminare (in aumento) il controvalore delle aree destinate a servizi. A tale proposito, la difesa del ricorrente non ha prestato affatto attenzione al principio di legittimo affidamento del destinatario, mentre il richiamo a tale principio avrebbe potuto avere, senz'altro, qualche pregio. Infatti, in termini generali, possiamo affermare che il sindacato giurisdizionale che investe l'*agere* della pubblica amministrazione non può risolversi solo in un ottica di mera legittimità (c.d. giudizio sull'atto), ma deve estendersi anche al comportamento assunto dalla p.a. (c.d. giudizio sul rapporto) durante tutto l'*iter* procedimentale.

Tale comportamento deve essere ispirato al principio, anch'esso di origine civilistica, della buona fede (Sciarrillo, *L'azione amministrativa fra Buona Fede della P.a. e tutela dell'affidamento del privato*, in *Amm. e Cont. Dello Stato e degli Enti Pubb.*, 2006, f. 6, 375-440). Muovendo da tale presupposto in dottrina è stato autorevolmente sostenuto che il principio dell'affidamento si manifesta come una proiezione della buona fede in senso oggettivo (Merusi, *Buona Fede ed affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "tenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001, 10). In tale ottica, appare condivisibile l'idea secondo cui il privato ha una pretesa, giuridicamente rilevante, a che l'amministrazione si comporti in modo leale, e che garantisca quel rapporto di fiducia che deve intercorrere con gli amministrati, soggetti ad

essa, di regola, equiordinati (BASSANI, *L'azione amministrativa, commento alla legge 7 agosto 1990, n.241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35,* Milano, 205, 66 ss.). Nel caso di specie, è accaduto che la società ricorrente ha presentato istanza di monetizzazione facendo affidamento sull'applicazione delle tariffe vigenti al momento della richiesta.

Da questa prospettiva appare del tutto ingiustificato il ritardo con cui il Comune di Magione si è pronunciato su tale istanza. Sul punto è d'obbligo richiamare l'art. 2 della l. 241/90, norma che ha, senza dubbio, determinato un effetto ad assoluto vantaggio dell'amministrato: il contenimento dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione entro un termine ragionevole, contrastando, all' uopo, ogni situazione di incertezza temporale (LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo certezza, dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. Amm.*, 2003, 317). Anzi, in merito al termine del procedimento, in dottrina è stato rilevato che la disciplina ad esso relativa presuppone il principio dell'affidamento da ricondurre alla necessaria certezza della tutela delle aspettative connaturate allo stato di diritto, in linea con gli orientamenti consolidati della Corte Costituzionale e della giurisprudenza comunitaria ((MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, relazione al 48° Convegno di studi amministrativi sulla tematica " Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa", Varenna, 19- 21 settembre 2002, Milano, 2003, 29 ss.).

Pertanto, tornando al caso oggetto di studio, appare del tutto lineare il fatto che il comportamento assunto dalla p.a. ha compromesso la certezza dei tempi procedimentali, ledendo, di conseguenza, il principio del legittimo affidamento del destinatario del provvedimento. Da questo punto di vista, da un lato, la delibera con cui il Comune ha accettato di convertire l'obbligo di sistemare e cedere le aree destinate a servizi in capo alla ricorrente nell'obbligo di corrispondere una somma di denaro (in considerazione anche del principio d'inesauribilità del potere amministrativo) è pur sempre un atto legittimo. Così come, correttamente, il provvedimento con cui il Comune di Magione ha accettato la monetizzazione ha fatto riferimento alla disciplina al momento applicabile (principio del *tempus regit actum*). D'altro lato, però, rimane evidente la lesione del principio di legittimo affidamento del destinatario.

Al riguardo, è appena il caso di rilevare che, al momento, il nostro ordinamento non prevede adeguate forma di tutela per equivalente a favore del cittadino che ha riposto affidamento su un provvedimento dell'amministrazione emanato dopo un irragionevole lasso di tempo dalla presentazione dell'istanza. E' interessante rilevare, tuttavia, che il legislatore potrebbe muovere qualche passo in questa direzione. Infatti, nel disegno di legge presentato dall'attuale Ministro della Funzione Pubblica Brunetta, prossimamente in discussione alla Camera, è previsto che, in caso di inosservanza dolosa o colposa del termine per la conclusione del procedimento, le pubbliche

amministrazioni sono tenute ad un indennizzo del danno cagionato, indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto. Inoltre, qualora il disegno di legge presentato entrasse in vigore, sarebbe possibile per il cittadino chiedere anche il risarcimento integrale del danno subito, salvo l'onere di provare l'entità e la quantificazione. Tale norma avrebbe, a parere di chi scrive, un' impatto estremamente positivo, in quanto la tutela specifica prestata, che può assumere addirittura contenuti risarcitori qualora il privato riesca a provare l'entità e la concretezza del danno, garantirebbe effettività al principio di certezza del termine introdotto, ormai nel lontano 1990, con la legge sul procedimento amministrativo.

Nel caso concreto, però, anche il comportamento della ricorrente non è esente da censure. Infatti, secondo un orientamento giurisprudenziale (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 10-11-2005, n. 4943, in *Edil. e Urb.,* 2005, 118) i ritardi dell'amministrazione non possono incidere sull'applicabilità dei principio secondo cui *tempus regit actum*. Tutto ciò perché l'inerzia della pubblica amministrazione, nel pieno rispetto del principio di leale collaborazione tra le parti, può essere, quanto meno, contrastata dall'interessato. Nel caso di specie, come bene evidenzia la motivazione della sentenza in commento, il ricorrente ha omesso di assumere qualsiasi iniziativa a contrasto dell'inerzia della pubblica amministrazione e, pertanto, non ha tenuto un comportamento diligente ed ispirato al principio della buona fede.

Infatti, il privato, anziché attendere il pronunciamento dell'amministrazione in merito alla richiesta da lui avanzata (al fine, probabilmente, di ricavarne l' "effetto indiretto" di procrastinare l'adempimento della prestazione a suo carico) ben doveva attivarsi al fine di ottenere un tempestivo pronunciamento dell'amministrazione *domina* al riguardo. In conclusione, è opportuno rilevare che il principio di buona fede è, per sua stessa funzione, un canone comportamentale che deve ispirare ogni parte del rapporto preso in considerazione, con la conseguenza che la ritardata adozione di un provvedimento amministrativo può determinare un *vulnus* al legittimo affidamento del destinatario, sempre che quest'ultimo si sia adoperato, secondo correttezza e buona fede, a contrastare, con ogni mezzo messo a disposizione dall'ordinamento, l'inerzia della p.a. agente.

ANDREA PENSI

CORTE DEI CONTI REG. UMBRIA – Sezione Giurisdizionale – 4 ottobre 2007, n° 228/E.L/07 – *Pres.* PRINCIPATO – *Est.* RONDONI – Procura Regionale c. T. F. (Avv. M. Mariani)

**Corte dei Conti – Giurisdizione – Responsabilità amministrativa – Medico di base – Rapporto di servizio – Fattispecie – Sussistenza**
**Corte dei Conti – Responsabilità amministrativa – Danno all'immagine della P.A. – Danno a formazione progressiva – Prescrizione – Quantificazione**

*Sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività del medico di base, il quale svolge il suo lavoro non come libero professionista, ma in relazione ad un rapporto di servizio con la A.S.L. in quanto pubblico dipendente che in posizione apicale rappresenta l'amministrazione sul territorio* (1).

*Stante la descritta peculiarità del danno all'immagine, che si configura come un danno di durata e, quanto al clamor, come danno a possibile formazione progressiva, il Collegio ritiene doveroso affermare che la prescrizione inizia a decorrere subito, dal verificarsi della condotta lesiva, mentre il diritto risarcitorio continua ad alimentarsi e rinnovarsi nel tempo in relazione al persistere degli effetti lesivi della condotta, suscitato dal clamor, sì che la prescrizione trova corrispondentemente, in questo continuo rinnovarsi del danno, nuovi termini di decorrenza, successivi al primo* (2).

*(Omissis)*. Con atto di citazione notificato il 16 gennaio 2007, la Procura regionale della Corte dei conti per l'Umbria ha citato in giudizio innanzi a questa Sezione il dott. F. T. per avere - in qualità di medico di base - arrecato un danno all'immagine dell'Amministrazione sanitaria, avendo causato o almeno concausato il decesso della signora P. R., avvenuto per una trombosi venosa profonda della vena brachiale del primo tratto della vena ascellare destra che, a sua volta, era stata provocata dalla somministrazione di un farmaco, il "Ferlixit", da questi prescritto ed assunto per via endovenosa.

Riferisce la citazione che l'accusa a seguito della pubblicazione di numerosi articoli di stampa sulle diverse testate giornalistiche a diffusione regionale aventi ad oggetto l'avvenuto decesso di una giovane donna di 23 anni e la conseguente condanna penale per omicidio colposo del proprio medico curante, apriva regolare istruttoria dalla quale emergeva che il decesso della signora P.R., pur essendo avvenuto nell'abitazione privata, è stato l'epilogo di una patologia affrontata nei giorni precedenti presso l'ospedale di Foligno nel quale la P. si è recata per accertamenti

medici su disturbi conseguenti all'assunzione dei farmaci prescritti dal medico di base per un lamentato stato di affaticamento. In particolare la paziente, in data 26 febbraio 1998, riceveva la prescrizione dal dott. F., di assumere 2 confezioni di "Ferlixit fiale IM, EV" (per uso intramuscolo ed endovena) per una "astenia ipotensiva con lipotimia recidivante". Alla successiva visita del 12 marzo 1998 il dott. C., che sostituiva il convenuto, prescriveva un antibiotico per via orale e l'effettuazione di un elettrocardiogramma che risultava nella norma. Il giorno seguente il dott. C. somministrava il "Plasil" ed il "Voltaren" e prescriveva una consulenza chirurgica urgente per sospetta flebite all'avanbraccio destro. La conseguente visita effettuata presso il pronto soccorso dell'ospedale di Foligno, portava alla diagnosi di una "flebite superficiale in seguito a terapia per via venosa: si consiglia terapia antibiotica ed anticoagulante", per la quale veniva prescritta la terapia di "clavulin, calcieparina e tachipirina al bisogno".

Ricondotta a casa il mattino seguente, il 14 marzo 1998, veniva rinvenuta cadavere ed il seguente esame autoptico evidenziava che il decesso è stato causato da insufficienza cardio respiratoria, secondaria ad embolie polmonari multiple ed anche subentranti, il tutto secondario alla trombosi venosa profonda della vena brachiale e del primo tratto della vena ascellare destra. Risulta in atti che agli eredi è stata liquidata la somma di 300.000.000 di lire da parte delle Assicurazioni Generali spa, in relazione alla polizza stipulata dalla ASL per la copertura della responsabilità civile.

Risulta inoltre che il convenuto per i fatti penalmente accertati ha direttamente risarcito le parti civili, in conformità alla scrittura privata del 5 novembre 2004, con un ulteriore somma di 40.000 €. Il procedimento penale conseguentemente avviato dalla Procura della Repubblica si concludeva con una condanna penale del F. alla pena di mesi 6 di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali ed al risarcimento dei danni morali in favore delle parti civili, da liquidarsi in separata sede, assegnando una provvisionale immediatamente esecutiva, nonché alla rifusione di tutte le spese di costituzione e difesa. In data 17 dicembre 2004 la Corte d'Appello di Perugia emetteva sentenza n. 958/04 del 12 gennaio 2005 di conferma di quella di prime cure. In data 13 luglio 2005 la Corte di Cassazione con sentenza n. 1239, annullava l'impugnata sentenza con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze, ritenendo che la motivazione della sentenza di appello, effettuata per relationem, pur se legittima rinviava tout court alle argomentazioni del primo giudice senza procedere al vaglio di quanto ulteriormente devoluto, con specifiche ed articolate argomentazioni, dalla difesa dell'imputato.

E' in atti estratto della sentenza della Corte d'Appello di Firenze che dichiara la prescrizione del reato, il testo integrale è stato depositato

dal difensore all'odierna udienza. In relazione alla descritta condotta del convenuto l'accusa chiede che lo stesso sia condannato a risarcire la somma di € 30.000,00, per il danno arrecato all'immagine dell'amministrazione sanitaria. La Procura regionale ha notificato l'invito a fornire deduzioni previsto dall'art. 5, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 19, in data 23 maggio 2006.

Nel termine indicato il convenuto ha presentato deduzioni senza chiedere di essere sentito personalmente. Nelle deduzioni depositate in data 15 giugno 2006 il F. ha richiamato la sentenza della Corte di Cassazione che ha annullato la precedente e rinviato alla Corte d'Appello di Firenze per un nuovo esame e ha fatto presente che il reato è stato dichiarato prescritto ai sensi dell'articolo 157 c.p., in quanto il fatto risale al 14 marzo 1998. Con Provvedimento del 30 novembre 2006, (ritualmente notificato all'interessato), il Presidente della Sez. Giurisd. Reg. dell'Umbria della Corte dei Conti ha fissato al giorno 20 marzo 2007 l'Udienza per la discussione del giudizio in questione. L'udienza fissata per il 20 marzo 2007 è stata poi rinviata d'ufficio al 19 giugno 2007. In data 25 maggio 2007 il convenuto ha depositato una memoria di costituzione e risposta e la procura all'avvocato M. M., apposta a margine della comparsa di risposta.

Il difensore ha eccepito preliminarmente l'intervenuta prescrizione dell'azione di responsabilità ed ha sottolineato che - è vero che ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 20 del 1994 il diritto al risarcimento del danno si prescrive in 5 anni decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso - ma nella specie va tenuto conto delle oscillazioni giurisprudenziali circa l'individuazione del dies a quo. Non sempre infatti si è ritenuto di identificare quest'ultimo con la data del rinvio a giudizio, che, nel caso, è avvenuto il 1 agosto 2001. Altra giurisprudenza afferma invece che per il danno all'immagine la decorrenza vada ancorata al momento del clamor, avvenuto con i primi articoli di stampa, dal 1998 con la pubblicazione della notizia degli emessi avvisi di garanzia per il caso in esame. La difesa contesta inoltre la sussistenza della giurisdizione di questa Corte in relazione alla mancanza in capo al medico della qualifica di agente pubblico, avendo il F. svolto la sua attività professionale nell'ambito di un rapporto di diritto privato con la ASL.

La difesa conclude ritenendo che non sussista il danno all'immagine e che la somma richiesta sia sproporzionata; in subordine chiede una riduzione significativa dell'ammontare. Alla odierna pubblica udienza il Pubblico Ministero, con riguardo alla prescrizione, ha fatto presente che la Procura ha agito quando ha avuto la conoscenza del fatto e, quanto alla giurisdizione, ha osservato che in giurisprudenza non vi sono dubbi sulla qualifica di agente pubblico del medico di base convenzionato con la ASL, il quale è un pubblico dipendente per tutte le attività che svolge

per la ASL e ricopre una funzione apicale, in quanto rappresenta l'Amministrazione sul territorio. Il difensore, avvocato M. M. ha dichiarato di non condividere la tesi della Procura sulla prescrizione e quanto alla giurisdizione ha definito quella del medico attività libero professionale, lato sensu di certificazione ed ha evidenziato che i danni causati sono stati risarciti dalla compagnia di assicurazione.

(*Omissis*)**.** Il Collegio ritiene opportuno affermare preliminarmente la giurisdizione della Corte dei Conti nel presente giudizio. La difesa del convenuto, sostanzialmente fonda l'eccezione di giurisdizione sull'assunto che la materia attiene ad attività prive di connotati pubblicistici, in quanto il medico svolgeva una attività libero professionale, indipendente dal rapporto con l'Amministrazione Sanitaria. Il Collegio ritiene che l'eccezione formulata dalla difesa sia priva di pregio, in quanto è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività del medico di base, il quale svolge il suo lavoro non come libero professionista, ma in relazione ad un rapporto di servizio con la ASL in quanto pubblico dipendente che in posizione apicale rappresenta l'Amministrazione sul territorio. ( vedi Cass. n. 922 del 21 dicembre 1999; Cass. n. 9957 del 13 novembre 1996).

La Corte di Cassazione, in più occasioni, ha peraltro espresso chiaramente il proprio pensiero in ordine all'attuale dimensione concettuale del "rapporto di servizio" ed alle fonti dalle quali esso può derivare, precisando che, "quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, per rapporto di servizio si deve intendere una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata per il tratto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'Amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece (in vece, cioè, dell'Amministrazione medesima) un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto-, né quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, pubblica o privata" (v. tra le tante Cass. SS. UU. n°400/2000).

Per l'instaurarsi di un "rapporto di servizio" in senso "funzionale" occorre semplicemente l'"inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo" (v., in particolare, Cass. SS.UU. n°3899/2004). Ora è evidente che nella specie tale inserimento si sia senz'altro verificato, considerato che il dottor F. ha prescritto la cura alla P. non quale libero professionista ma quale medico di base, come tale legato da un rapporto di servizio con la ASL, in quanto paziente con lui convenzionata, per cui nessun dubbio può sussistere per il Collegio nell'affermare la giurisdizione della Corte dei Conti. (*Omissis*). Con riguardo all'eccezione di prescrizione dell'azione per il richiesto danno all'immagine formulata

dalla difesa in relazione al fatto che il dies a quo cui far riferimento non sarebbe quello della data del rinvio a giudizio (1 agosto 2001), ma, in accordo con una parte della giurisprudenza, quello del verificarsi del fatto (decesso della paziente), (anche in relazione alla sussistenza di un conseguente clamor iniziale, tenuto conto che le prime notizie diffuse dalla stampa risalgono al 1998), il Collegio ritiene opportuno fare alcune precisazioni. Non vi è dubbio che nella specie, infatti ai sensi dell'articolo 129 delle norme di attuazione del cpp, il Pubblico Ministero penale era tenuto a dare informazione alla ASL ed alla Procura Regionale della Corte dei Conti dell'avvenuto esercizio dell'azione penale nei confronti del sanitario. Agli atti di causa non vi è notizia del momento in cui l'Amministrazione ed il Pubblico Ministero sono venuti a conoscenza del danno per aver ricevuto detta comunicazione.

A parte la rilevanza di tale comunicazione è sufficiente che sia provabile aliunde che l'Amministrazione sia venuta a conoscenza del fatto dannoso. Quanto alla ricostruzione dei fatti addebitabili al convenuto, in questo caso, non si può invocare l'articolo 651 cpp, in quanto la sentenza penale della Corte d'appello di Firenze ha dichiarato il reato estinto per prescrizione, e quindi non si è formato alcun giudicato sulla materialità dei fatti. Questo Collegio pertanto è libero di ricostruire la vicenda allo stato degli atti. Quanto alla successione temporale degli eventi si evince dagli atti di causa che in data 26 febbraio 1998 il medico ha prescritto alla paziente il farmaco responsabile della patologia causativa del decesso, avvenuto in data 14 marzo 1998. Il 1 agosto del 2001 il convenuto è stato rinviato a giudizio, il 15 gennaio 2004 è stato condannato dal Tribunale di Perugia a mesi 6 di reclusione ed il 17 dicembre 2004 la decisione è stata confermata dalla della Corte d'appello di Perugia. L'invito a dedurre - quale primo atto interruttivo della prescrizione - è stato notificato al F. il 23 maggio 2006. Tanto premesso il Collegio ritiene che, contrariamente a quanto sostenuto da parte attrice, l'eccezione di prescrizione sia da dichiarare in parte fondata, in quanto sia la data della citazione, notificata il 16 gennaio 2007, che la data dell'invito a dedurre, notificato appunto il 23 maggio 2006 sono ben oltre il quinquennio rispetto al momento in cui il danno è venuto a configurarsi per la prima volta (1998, anno della morte della paziente e del clamor che ne è conseguito).

Al fine di individuare il dies a quo del termine prescrizionale assume preminente rilevanza, nella specie, il fatto che il danno all'immagine, pur realizzandosi contemporaneamente alla condotta lesiva, "non esaurisce subito i suoi effetti, che si protraggono nel tempo per un periodo variabile da caso a caso, in relazione anche alle dimensioni ed alla consistenza della lesione stessa, rinnovando ed alimentando di momento in momento il corrispondente diritto risarcitorio" (vedi di questa Sezione sent. n.

557/R/2000). Stante la descritta peculiarità del danno all'immagine, che si configura come un danno di durata e, quanto al clamor, come danno a possibile formazione progressiva, il Collegio ritiene doveroso affermare che la prescrizione inizia a decorrere subito, dal verificarsi della condotta lesiva, mentre il diritto risarcitorio continua ad alimentarsi e rinnovarsi nel tempo in relazione al persistere degli effetti lesivi della condotta, suscitato dal clamor, "sì che la prescrizione trova corrispondentemente, in questo continuo rinnovarsi del danno, nuovi termini di decorrenza, successivi al primo" (vedi. N. 557/R/2000 cit. e n. 177/2000 di questa Sezione).

Il protrarsi degli effetti lesivi, pone dunque la necessità di ben individuare l'atto interruttivo della prescrizione, così da distinguere ed isolare la parte del diritto risarcitoria eventualmente prescritta da quella che, invece, può ancora efficacemente essere fatta valere. Nella specie il Collegio ritiene si debba riconoscere sicuramente valenza interruttiva della prescrizione all'invito a dedurre, in quanto utilizzato dal PM anche come atto di messa in mora del convenuto. La prescrizione del danno all'immagine quale danno di durata va quindi verificata caso per caso e la valutazione di prognosi dell'eco spetta al Collegio in base ai parametri di consistenza e gravità. Ciò significa che più il danno è eclatante e più dura nel tempo in quanto il danno di durata si alimenta in relazione alla risonanza del fatto dannoso nel tempo. Da un lato c'è la gravità del fatto, dall'altro c'è l'alimentazione del danno dovuta a fatti successivi, come il processo o la condanna penale.

Il danno si inizia a formare al momento del fatto, quando il fatto è pubblico, successivamente è il clamor che lo mantiene in vita. Nella specie il convenuto – come evidenziato in fatto – ha riparato il danno materiale, e l'eclatanza dei fatti ha seguito il processo.

(*Omissis*). Per quanto concerne la quantificazione del danno va tenuto conto del concorso della vittima, che nel momento in cui il farmacista ha chiamato il medico per far presente che il medicinale poteva essere somministrato non intramuscolo/endovena, ma per via orale/endovena e quindi prima di iniziarne l'assunzione per via endovenosa, era stata dallo stesso consigliata ad assumere il medicinale per via orale, ma ha ritenuto comunque di farselo iniettare per via endovenosa. Il contributo della vittima al verificarsi dell'evento dannoso, pur non essendo stato ritenuto rilevante, ai fini della valutazione del danno all'immagine incide in senso riduttivo. Il danno all'immagine nasce da una condotta dolosa, ma la stessa vittima ha dato una certa collaborazione che incide sul piano del risarcimento. In mancanza delle prove con riguardo alle spese per il ripristino dell'immagine lesa il Collegio ritiene di quantificare ex articolo 1226 cc il danno in €6000,00 (seimila/00) Per quantificare il danno avvicinandosi il più possibile alla "spesa necessaria al ripristino

del bene giuridico leso", si fa ricorso a criteri individuati dalla giurisprudenza sotto tre profili: uno oggettivo, uno soggettivo, uno sociale. Circa il criterio oggettivo, va considerato che agli atti risulta palese il comportamento illecito tenuto dal citato convenuto, il quale ha prescritto la somministrazione del farmaco pur conoscendone l'altissimo livello di pericolosità.

Circa il criterio soggettivo, va tenuto presente che il convenuto stesso in quanto medico, svolge per l'Amministrazione sanitaria una funzione apicale altamente rappresentativa. Circa, infine, il criterio sociale, va tenuto conto della negativa ripercussione suscitata nell'opinione pubblica, considerato che i fatti hanno inciso sulla tutela del bene salute ed hanno avuto una risonanza notevole nella stampa, non soltanto locale. Il Collegio pertanto in considerazione del concorso della vittima, che – come detto – prima di iniziarne l'assunzione del farmaco per via endovenosa, era stata dal medico consigliata ad assumere il medicinale per via orale, considera equo (ai sensi dell'art. 1226 c.c.) determinare in € 6.000,00 (seimila/00) la somma da porre a carico del predetto convenuto per il risarcimento del "danno all'immagine ed al prestigio" subito dall'Amministrazione sanitaria. (*Omissis*).

**(1–2) Responsabilità amministrativa del medico di base: errata prescrizione e danno all'immagine**

1. Con la sentenza n. 228/E.L./07 la Sezione giurisdizionale dell'Umbria ha condannato un medico di base al risarcimento del danno arrecato all'immagine della pubblica amministrazione derivante, secondo l'impostazione della procura, dal *clamor* suscitato dalla morte di una assistita causata dall'errata prescrizione di un medicinale altamente pericoloso.

Al riguardo occorre innanzi tutto rilevare che in seguito alla morte della paziente, avvenuta nel 1998, il medico era stato sottoposto a procedimento penale per tale fatto, ed era stato condannato in primo e secondo grado di merito, nel 2005. In seguito, la sentenza della Corte di Appello di Perugia era stata cassata, con rinvio alla Corte di Appello di Firenze. In tale sede, infine, nel maggio 2006, il medico era stato prosciolto in quanto il reato si era nel frattempo prescritto.

La descritta successione delle vicende processuali, peraltro, è piuttosto comune, dato che una medesima condotta può essere giuridicamente rilevante dal punto di vista e della responsabilità amministrativo – contabile e di quella penale, e consente di effettuare, in primo luogo, talune considerazioni in merito al rapporto tra i relativi giudizi.

Questa relazione è regolata dalle medesime norme disciplinanti quella tra il giudizio penale e quello civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento dei danni derivanti dal reato, che sono poste dagli artt. 75,

651 e 652 c.p.p. Esse si ispirano, in via generale, al c.d. principio di separatezza dei giudizi, che tuttavia non è inteso, nel nostro ordinamento in senso assoluto, in quanto le citate norme da un lato lo sviluppano ma, dall'altro ne costituiscono eccezione [1].

Ciò significa, in particolare, che, in linea tendenziale, non si riconosce preminenza ad un procedimento sugli altri. Per questo motivo, la pendenza di quello penale non comporta l'impossibilità di instaurare quello per responsabilità amministrativa, né la sua instaurazione produce l'obbligo di sospendere il processo contabile, ma entrambi possono svolgersi contemporaneamente.

Quanto all'efficacia extrapenale della sentenza, si rileva che il codice di procedura penale, agli artt. 651 e 652, come anticipato, pone delle eccezioni al medesimo principio di separatezza, prevedendo ipotesi tipiche nella quali tale pronuncia fa stato nei giudizi civile e amministrativo per la restituzione ed il risarcimento.

In particolare, la sentenza di condanna emessa a seguito di dibattimento, fa stato nei predetti giudizi limitatamente alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale e alla sua commissione da parte del condannato. Questa regola è ritenuta applicabile in modo unanime anche al processo contabile di responsabilità, con la precisazione che nessun vincolo è prodotto rispetto alla derivazione da tale fatto del danno erariale, non essendo questo profilo oggetto dell'accertamento penale.

Rispetto alla sentenza di assoluzione, l'art. 652 c.p.p. prevede l'efficacia di tale pronuncia, emessa a seguito di dibattimento, limitatamente all'accertamento che il fatto non sussiste, o che l'imputato non lo ha commesso, o che ha compiuto il fatto nell'esercizio di una facoltà legittima o nell'adempimento di un dovere, e solamente rispetto al danneggiato che si sia costituito parte civile o sia stato posto nella possibilità di farlo [2].

Contrariamente a quanto evidenziato per la sentenza di condanna, non è pacifica in dottrina e giurisprudenza l'applicazione dell'art. 652 c.p.p. dinanzi alla Corte dei conti, dato che l'azione di responsabilità non è esercitata dall'amministrazione danneggiata ma è di esclusiva spettanza del P.M. contabile [3].

---

[1] Per un'analisi generale delle citate norme, con particolare riferimento all'efficacia della sentenza penale negli altri procedimenti, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, 529 ss.; Conso Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, 922 ss.

[2] In merito Tonnarelli, *La rilevanza del cosiddetto patteggiamento nel giudizio di responsabilità contabile*, in *Giur. Mer.*, 2002, 2, 632 ss.; Siscaro, *Giurisdizione contabile e giurisdizione penale: aree di criticità e tentativi di dialogo*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 6, 374 ss.

[3] Per una disamina di questo profilo vedi Pisana, *I rapporti fra la giurisdizione contabile e la giurisdizione penale e civile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 5, 215 ss.

Ipotesi non disciplinata esplicitamente è quella della sentenza di proscioglimento per estinzione del reato che, pertanto, è regolato dal principio generale di separatezza.

Questa pronuncia, che dichiara estinto il reato per prescrizione, sancisce solo il venir meno della potestà punitiva dello Stato, ma non compie un accertamento sul verificarsi del fatto, sulla sua illiceità né sulla sua commissione da parte dell'imputato. Da ciò deriva che nessun vincolo può derivarne per gli altri giudici chiamati a decidere in relazione allo stesso fatto storico e alle possibili conseguenti responsabilità, civile o amministrativa.

In tale sede, pertanto, potrà essere utilizzato il materiale già raccolto nel processo penale quale strumento ausiliario dell'attività di investigazione, istruzione e decisione, ma l'organo giudicante sarà totalmente libero nella propria attività di valutazione, anche del medesimo materiale, e di decisione.

Nel caso in commento si è verificata proprio la descritta ipotesi poiché, come accennato, il medico è stato prosciolto in sede penale per prescrizione. La sezione giurisdizionale dell'Umbria, quindi, rispetto ai fatti di cui in narrativa, ha potuto compiere le proprie considerazioni senza dover rispettare nessun vincolo esterno ed ha stabilito di condannare il medico per danno erariale..

La pronuncia offre, inoltre, lo spunto per analizzare brevemente i principali elementi costitutivi [(4)] della responsabilità amministrativo – contabile, per come si sono configurati nel caso di specie, e, quindi, in correlazione con la specifica ipotesi di responsabilità da danno all'immagine della P.A.. Assumono, in questa sede, particolare rilevanza il rapporto di servizio del medico di base, il danno all'immagine e la sua quantificazione, nonché la prescrizione dell'azione contabile [(5)].

---

[(4)] Per una disamina esauriente della responsabilità amministrativo – contabile vedi, quanto alla sua discussa natura, MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta,* in *Dir. Amm.,* 2006, 1 ss.; con particolare riferimento agli elementi costitutivi SANTORO, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, Rimini, 2004, 725 ss. e SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 61 ss.; in merito alla giurisdizione della Corte dei Conti e alla sua evoluzione nel tempo, SORACE, *La responsabilità amministrativa dinanzi all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. Amm.*, 2006, 249 ss.

[(5)] Per un'analisi approfondita della tematica del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione vedi CORTESE, *La responsabilità per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione,* Padova, 2004, 29 ss.; DIDONNA, *Il danno all'immagine e al prestigio della pubblica amministrazione,* Cacucci Editore, 2003, 33 ss.; F. M. LONGAVITA, M. LONGAVITA, *Il danno all'immagine della P.A. come danno esistenziale,* Rimini, 2006, 35 ss.; sentenza Corte Conti 23 aprile 2003 n. 10 sez. riun., in *www. corteconti.it.*

2. Il primo profilo affrontato dalla sentenza è il rapporto di servizio, intercorrente tra una pubblica amministrazione ed una persona fisica, su cui, come noto, si fonda la giurisdizione del magistrato contabile.

Esso assume un triplice significato: anzitutto costituisce l'anello di congiunzione tra il soggetto di cui si afferma la responsabilità e la P.A. danneggiata; è inoltre il contenitore degli obblighi incombenti al "funzionario" nei confronti dell'apparato cui appartiene, che trovano la loro giustificazione proprio nella posizione del medesimo; configura, infine, il presupposto del potere cognitivo e decisionale [(6)] della Corte dei conti.

Sul punto la sezione dell'Umbria richiama le tendenze ormai consolidate secondo cui tale relazione non esiste solo in caso di formale rapporto d'impiego, ma altresì in tutte le ipotesi in cui un soggetto, a qualsiasi titolo, in virtù di una convenzione o per un obbligo *ex lege*, partecipa allo svolgimento della funzione pubblica, al perseguimento dei fini della P.A., e così entra nell'ambito del medesimo apparato. In tutti questi casi il citato soggetto risponderà del compimento di violazioni degli obblighi di servizio, risultanti o meno da un formale contratto, e dei conseguenti danni.

Nella fattispecie di cui si tratta, il Collegio ha riconosciuto esistente il rapporto di servizio tra un medico convenzionato e la A.S.L. con le predette conseguenze quanto a giurisdizione e responsabilità [(7)].

Sul punto è necessario effettuare talune precisazioni.

La decisione *de qua* richiama precedente giurisprudenza [(8)] per motivare l'esistenza della propria giurisdizione nei confronti, come detto, di un medico di base, che, in questo caso, ha erroneamente prescritto un farmaco altamente pericoloso, cagionando la morte della propria assistita.

---

[(6)] Per una lettura problematica del rapporto di servizio vedi VENTRICINI, *Servizi amministrativi e responsabilità del pubblico funzionario*, in *Giust. civ.*, 2007, 283 ss.

[(7)] Il Collegio ha affermato: "È ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività del medico di base, il quale svolge il suo lavoro non come libero professionista, ma in relazione ad un rapporto di servizio con la A.S.L. in quanto pubblico dipendente che in posizione apicale rappresenta l'amministrazione sul territorio."

[(8)] Il Collegio fa riferimento, in linea generale sul rapporto di servizio, alla sentenza Cass., sez. un., n. 400/2000, in *dvd Juris Data*, nella quale i giudici di legittimità, con riferimento alle cooperative di utilità sociale, hanno affermato: "La Corte osserva che, quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei Conti e giudice ordinario, per rapporto di servizio si deve intendere una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata per il tratto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi nè la natura giuridica dell'atto di investitura, provvedimento, convenzione o contratto, nè quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, privata o pubblica"; nonché alla sentenza Cass., sez. un., n. 3899/2004, in *dvd Juris Data*, che, riferita in particolare ad una società di ge-

Ora, dall'analisi dei citati precedenti risulta che, fino ad oggi, nei confronti dei medici convenzionati, si è affermata la giurisdizione del magistrato contabile solo per quelle attività che, consistendo in accertamenti e prescrizioni, coinvolgevano il soggetto *de quo* in attività tipicamente amministrativo – burocratiche e non in attività libero – professionale; più in particolare, le condanne sono intervenute nei confronti di soggetti che, per l'aver effettuato prescrizioni eccessive o false, hanno cagionato un danno erariale all'amministrazione sanitaria di riferimento [9].

---

stione di mercati, stabilisce: " un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione".

In punto di rapporto di servizio con il medico di base la Sez. Umbria richiama la sentenza Cass., sez. un., n. 9957/1996, in *dvd Juris Data,* nella quale si legge: "Queste Sezioni Unite hanno già affermato in casi analoghi che tra il medico di base e l'Amministrazione pubblica si costituisce convenzionalmente un rapporto di servizio con riguardo alle attività che si inseriscono nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'unità sanitaria locale, tra le quali rientrano quelle di natura non professionale, perché consistenti in certificazioni (compilazione di prescrizioni farmaceutiche e cartelle cliniche), nell'identificazione di assistiti e nell'accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie ecc..; e che, qualora dall'espletamento di tali attività derivi un danno alla Amministrazione, questa deve promuovere davanti alla Corte dei Conti e non all'Autorità Giudiziaria Ordinaria l'azione per il ristoro del pregiudizio che assuma d'avere subito, in quanto la responsabilità del sanitario dipende non dall'esercizio della sua professione medica, bensì dal comportamento illegittimo colposo o doloso posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio (conf. sent. n. 6442 del 1985)."; nonché la sentenza Cass., sez. un., n. 922/1999, in *dvd Juris Data,* la quale statuisce: "Ora, nella presente controversia, la Procura Regionale della Corte dei Conti ha contestato all'attuale ricorrente, quali fatti produttivi del danno erariale, una serie di comportamenti (impegnative inusuali, incongrue ed incomplete; prescrizioni eccessive; fatturazioni multiple e gonfiate) che non configurano esercizio di attività professionale (nel qual caso si rimarrebbe nell'ambito privatistico), trattandosi in sostanza di attività di certificazione (diagnosi, prescrizioni, fatturazioni) di natura tipicamente amministrativa, che le stesse U.S.L. avrebbero potuto svolgere direttamente invece di devolverla ai medici convenzionati. Un'attività, insomma, che si inserisce nell'ambito dell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale delle U.S.L. e che, in quanto tale, qualifica come di servizio il rapporto in forza del quale il medico convenzionato la esercita."

Si rileva che dall'analisi della riportata sentenza del Supremo Collegio e dell'orientamento della sezione dell'Umbria, nel cui alveo si colloca anche la pronuncia di cui trattasi, emerge l'esistenza di una discrepanza di posizioni tra i due organi giudicanti.

[9] Vedi sul punto Santoro, *op. cit.*, 948 e, *ex multis*, Corte dei Conti, reg. Campania, sez. giur., 13 aprile 2006, n. 131; Corte dei Conti reg. Veneto, sez. giur., 26 luglio 2005, n. 1029; Corte dei Conti reg. Liguria, sez. giur., 19 maggio 2005, n. 705, tutte in *www.corteconti.it.*

Nella fattispecie di cui si parla la vicenda appare più complessa in quanto, se, da un lato, è presente un'attività di prescrizione medica, dall'altro la condotta contestata non coincide con tale attività. In altre parole, non è la prescrizione ad essere contestata come comportamento illecito, ma al contrario, essa costituisce solamente la modalità storica mediante la quale il medico ha compiuto un errore concernente la diagnosi e la cura dei pazienti e, quindi, l'attività propriamente professionale, errore dal quale è derivata la morte della paziente.

Pertanto, si ripete, nella vicenda in narrativa, la sezione dell'Umbria ha condannato il medico per un illecito non attinente ad attività di tipo burocratico, bensì all'esercizio della professione medica più propriamente considerata. In altre parole, secondo il giudice contabile, il medico di base, legato all'amministrazione sanitaria da un rapporto di convenzione, persegue gli interessi e si inserisce nell'attività della medesima non solo con l'attività di prescrizione e di accertamento, ma anche e, forse, soprattutto, con quella più tipicamente medica. A tale riguardo sembra solo possibile, per il momento, rilevare la tendenza espansiva della giurisdizione contabile anche in questo settore, senza peraltro trascurare il fatto che un siffatto orientamento giurisprudenziale potrebbe essere foriero di conseguenze applicative forse non tutte collocabili all'interno dei ben noti confini della responsabilità amministrativa, non solo con riguardo all'identificazione del rapporto di servizio, ma anche, e forse soprattutto, in relazione all'identificazione della condotta antigiuridica.

3. Il Collegio affronta, quale seconda questione preliminare al giudizio sulla sussistenza della responsabilità amministrativo – contabile, quello della prescrizione [(10)].

Si rileva anzitutto che, con la riforma della responsabilità amministrativo – contabile, si è affermata la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno, e la decorrenza del termine dal momento in cui si è verificato il fatto dannoso o, in caso di doloso occultamento, dalla sua scoperta [(11)].

---

[(10)] La normativa in punto di prescrizione è posta dall'art 1, comma 2, L. n. 20/1994: "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta".

[(11)] In materia di prescrizione vedi VENTURINI, *La problematica del* dies a quo *prescrizionale nella responsabilità amministrativa in termini generali*, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2005, 2757 ss. e, del medesimo autore Nota a: Corte Conti reg. Lombardia, 24 Ottobre 2003, n. 1198 sez. giur., *Atti interruttivi della prescrizione nella responsabilità amministrativa: poteri della procura della Corte dei Conti e poteri dell'amministrazione danneggiata*, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2003, 3134 ss.

Come anticipato, nel caso di specie il procuratore contabile contesta esclusivamente il danno all'immagine, e da ciò deriva una particolare configurazione della prescrizione del conseguente diritto al risarcimento.

Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. n. 20/1994 tale termine decorre sempre a partire dall'effettivo verificarsi del fatto dannoso, e, quindi, dal momento in cui non solo è stata compiuta la condotta illecita ma si è anche realizzato il danno.

Ora, nel caso di danno all'immagine la verificazione del danno avviene in modo del tutto peculiare; infatti, non è sufficiente l'illecito compiuto da un soggetto legato alla P.A. da rapporto di servizio, ma è altresì necessario che tale condotta abbia avuto una risonanza tale da ledere l'immagine dell'amministrazione, ovvero la fiducia che i consociati hanno nei confronti della stessa.

Da ciò deriva che la determinazione del *dies a quo* del termine di prescrizione dipende proprio dal momento in cui si ritiene configurato il *clamor fori* da cui deriva il danno.

La giurisprudenza, in merito, ha distinto due macroipotesi: il caso in cui il danno all'immagine derivi da un illecito penale e quello in cui, al contrario, derivi da un illecito extrapenale, stabilendo che il *dies a quo* coincide, nel primo caso, con il rinvio a giudizio o la sentenza di condanna dell'affermato responsabile e, nel secondo, con la risonanza che il fatto abbia avuto tra i consociati, ad esempio a seguito della pubblicazione della notizia sulla stampa.

Nel caso di specie la sezione dell'Umbria, rifacendosi ad un proprio consolidato orientamento, ha dato una lettura diversa del fenomeno della prescrizione con particolare riferimento al danno all'immagine della P.A., a partire proprio dai peculiari caratteri del suddetto danno.

In particolare, il Collegio ha affermato che questo si configura come danno di durata a possibile formazione progressiva e, di conseguenza, "la prescrizione inizia a decorrere subito, dal verificarsi della condotta lesiva, mentre il diritto risarcitorio continua ad alimentarsi e rinnovarsi nel tempo in relazione al persistere degli effetti lesivi della condotta, suscitato dal *clamor*, sì che la prescrizione trova corrispondentemente, in questo continuo rinnovarsi del danno, nuovi termini di decorrenza, successivi al primo" [(12)].

---

[(12)] La sez. giur. dell'Umbria, già in una propria precedente pronuncia, la n. 498 del 19 ottobre 2002 aveva affermato sul punto: "Il danno all'immagine si inquadra, come ben osservato in aula dalla Procura, tra i "danni di durata"; tra i danni, cioè, che non esauriscono subito i loro effetti, ma che vedono gli effetti stessi della lesione protrarsi nel tempo "per un periodo variabile da caso a caso, in relazione anche alle dimensioni ed alla consistenza della lesione medesima, rinnovando ed alimentando di momento in momento il corrispondente diritto risarcitorio" (cfr. in proposito, di questa Sezione sent. n. 557-R/2000). D'altronde, nel caso, il *clamore* la divulgazione

Ora, l'impostazione di cui si tratta non appare del tutto convincente, da un lato, perché configura il danno come di durata e associa la decorrenza a un fatto, il continuo verificarsi del *clamor*, del tutto estraneo alla sfera soggettiva dell'affermato responsabile, dall'altro, perché lascia aperto il problema della compatibilità con la stessa funzione della prescrizione.

Tale istituto ha come scopo quello di limitare nel tempo la possibilità di far valere diritti; in particolare, nella materia di cui trattasi, di contestare responsabilità e, pertanto, deve ancorarsi a termini che offrano una qualche possibilità di certezza.

Al contrario, affermare che dal protrarsi del *clamor* deriva il generarsi di nuovi termini di decorrenza, e che, quindi, il danno può essere ripartito in più frazioni con diversa prescrizione, potrebbe condurre, per ipotesi, ad un *continuum* di *dies a quibus*, con la conseguenza che una parte del danno non si prescriverebbe mai, con evidente frustrazione della più elementari esigenze di tutela non solo formale, ma anche sostanziale, della persona sottoposta al giudizio.

4. Passando all'esame della condotta illecita causativa del danno, si rileva, in primo luogo, che essa è inscindibilmente connessa al rapporto di servizio. Affinché sussista la giurisdizione del magistrato contabile, infatti, è necessario che il danno sia derivato da una condotta antigiuridica tenuta nell'esercizio dell'attività propria del funzionario, attinente alle funzioni del medesimo e che consista, in particolare, nella violazione di un obbligo di servizio.

Particolari connotati acquisisce tale elemento nel caso di responsabilità amministrativa per danno all'immagine. Questo, infatti, non è cagionato in via diretta ed esclusiva dall'illecito del soggetto legato alla P.A., ma al contrario, si produce solamente a seguito del verificarsi del *clamor fori*, che danneggia l'immagine dell'amministrazione dinanzi ai cittadini.

La pronuncia in commento non esamina approfonditamente il problema della condotta illecita del medico di base, limitandosi a ricordare come questi abbia erroneamente prescritto un medicinale ad una paziente che è poi deceduta. Il Collegio, al contrario, evidenzia l'importanza del *clamor fori*, suscitato dalla pubblicazione di numerosi articoli sulla stampa e dal successivo compimento di un giudizio penale avente ad oggetto quella vicenda, *strepitus* dal quale ritiene sia derivato un danno all'immagine della P.A.

Sul punto è necessario effettuare talune precisazioni.

Anzitutto, si rileva che il medico di base è legato alla P.A. da una convenzione che ha ad oggetto l'esercizio della professione medica. Egli, pertanto, è chiamato ad adempiere una prestazione di mezzi, consistente nell'impegno a curare i malati, e non di risultato [13].

---

giornalistica della vicenda, alla quale pure va assegnato un certo ruolo nella emersione e dimensionamento del danno all'immagine (v. di questa sez. sent. n. 39/2002, paragrafo 6.4, nonché I^ Giu. Centr. d'Appello n°305-A/2001) si è avuto entro il predetto termine quinquennale di prescrizione...", in *www.corteconti.it.*

[13] Per una breve analisi delle problematiche attinenti la distinzione tra obbli-

Da ciò deriva che la morte di una paziente non costituisce, in via automatica, inadempimento del medico agli obblighi che gli derivano dalla convenzione, essendo, al contrario, necessario fornire la prova del mancato o gravemente negligente esercizio dell'attività medica.

Nel caso di specie il Collegio, come detto, non ha approfondito questa tematica, limitandosi ad affermare che tale fatto è derivato dall'errata prescrizione di un medicinale.

A ciò si aggiunga che la condotta di cui trattasi non rientra, evidentemente, tra le ipotesi da cui la giurisprudenza fa derivare, secondo orientamento ormai consolidato, la produzione del danno all'immagine. Queste consistono, infatti, nei reati di corruzione e concussione, di per sé gravemente e palesemente lesivi della fiducia che i cittadini nutrono nella P.A.

La condotta *de qua*, per le ragioni richiamate, non risulta così palesemente dannosa. Essa, inoltre, nella pronuncia in commento, rimane come sullo sfondo, ponendo, al contrario, i giudici contabili, la massima attenzione al verificarsi del *clamor fori*, evento che esula totalmente dal controllo del medico ed altresì necessario per la creazione della responsabilità in commento.

Conclusivamente, si ritiene opportuno rivolgere maggiore attenzione alla definizione delle condotte illecite idonee a produrre il tipo di danno di cui si discute: ciò allo scopo di non chiamare soggetti legati alla P.A. a rispondere per fatti che, invece, nel silenzio della stampa, rimarrebbero nel totale disinteresse.

Nel caso di specie, tale condotta illecita è stata addebitata al medico a titolo di dolo senza, peraltro, alcuna specifica considerazione sul punto da parte del Collegio. Tale problematica, tuttavia, appare di estremo interesse, posti anche i recenti mutamenti di opinione da parte di dottrina e giurisprudenza in materia. Si rileva, anzitutto, che nella nuova disciplina della responsabilità amministrativo – contabile, il soggetto legato da rapporto di servizio è chiamato a rispondere esclusivamente dei danni che abbia cagionato mediante una condotta che oltre che illecita sia anche dolosa o gravemente colposa.

Quanto alla determinazione del significato da attribuire all'elemento soggettivo nei giudizi dinanzi alla Corte dei conti, si evidenzia come, secondo dottrina e giurisprudenza consolidati, questo sia influenzato dalla natura che viene attribuita alla responsabilità amministrativo – contabile. A questa, come anticipato, in un primo momento era riconosciuto carattere prettamente risarcitorio e, quindi, civilistico, talora a titolo contrattuale, talaltra extracontrattuale. Successivamente e, in particolare, a seguito della novella legislativa del 1994, se ne è rilavato un carattere sanzionatorio, oltre che risarcitorio, arrivando a affermarne una configurabilità autonoma.

---

gazione di risultati e obbligazione di mezzi vedi GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 606 ss.

Da ciò deriva una diversa conformazione dell'elemento soggettivo, in special modo del dolo. Coloro, infatti, che affermano la natura civilistica della responsabilità di cui trattasi, discutono sulla tipologia contrattuale o extracontrattuale del dolo, con la conseguenza che nel primo caso la volontà dell'agente ha ad oggetto solamente la violazione dell'obbligo di servizio, e nel secondo, anche la produzione delle conseguenze dannose [14].

Al contrario, chi afferma la natura propria di questa responsabilità, con la compresenza di elementi ripristinatori e sanzionatori, riconduce il dolo alla concezione generale secondo la quale esso necessita della volontà da parte dell'agente non solo della condotta illecita ma altresì dei danni che ne deriveranno, chiedendone anche la prova specifica da parte della Procura Contabile [15].

Come anticipato, il Collegio si limita ad affermare che "il danno all'immagine nasce da una condotta dolosa", senza esprimersi rispetto alla configurazione dell'elemento soggettivo, né pretendere la prova specifica della sua sussistenza da parte della Procura Contabile.

La sezione dell'Umbria, nella pronuncia in commento, non dirime neppure il problema della natura della responsabilità amministrativo – contabile,

---

[14] Per un'analisi dell'elemento soggettivo vedi QUARANTA, *La responsabilità dei funzionari pubblici nei confronti della p.a. quale strumento di efficienza dell'agire amministrativo*, in *Resp. Civ. prev.*, 2002, 101 ss.; CASO, *Il dolo comune ed il dolo erariale* in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2004, 2988; TINELLO, *È sempre risarcibile il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, in *D&G*, 2004, 15,82 ss. e, del medesimo autore, *Sempre impalpabile la soglia tra colpa lieve e grave*, in D&G, 2004, 102 ss.; FRANCAVIGLIA – AGOSTINELLI, *Caratteri e connotazioni dell'elemento psicologico dell'illecito erariale in sede di giudizio di responsabilità amministrativo – contabile – il cosiddetto dolo erariale – la colpa grave*, in *www.diritto.it.*

[15] Vedi, in particolare, la sentenza Corte dei conti, sez. III, n. 510 del 2004 in *www.corteconti.it* nella quale il Collegio afferma: "La presenza del dolo, però è tutt'altro che irrilevante, facendo venir meno, infatti, una fondamentale norma attenuatrice della responsabilità, quella della esclusione della solidarietà passiva, con i correlati effetti specie in tema di atti interruttivi della prescrizione. Ed allora, se proprio si vuol fare ricorso ad una terminologia esemplificativa, si potrebbe anche parlare di dolo erariale, in cui cioè la consapevolezza e volontà dell'azione o dell'omissione "contra legem" ha riguardo alla violazione delle norme giuridiche che regolano l'esercizio della funzione amministrativa ed alle sue conseguenze dannose per le risorse finanziarie pubbliche. Da un lato, quindi, deve escludersi, la possibilità, al contrario di quanto ritiene invece parte appellante, di far riferimento ad un concetto di dolo civile nella fattispecie di responsabilità amministrativa oggi in giudizio. Dall'altro vi è la necessità, quando si voglia sostenere la natura dolosa della responsabilità amministrativa, di considerare che essa si pone come fattispecie eccezionale rispetto a quella gravemente colposa e che ad essa si collegano le ricordate particolarmente gravi conseguenze. Ne consegue la necessità di nettamente distinguere la responsabilità amministrativa dolosa da quella gravemente colposa e di chiaramente indicarne e provarne gli elementi ulteriori e diversi".

nel senso che non ne afferma né il carattere civilistico, né quello peculiare e misto sanzionatorio – risarcitorio.

Dalla pronuncia, pertanto, non si desumono elementi da cui rilevare una presa di posizione dei locali magistrati contabili rispetto alle descritte impostazioni riguardanti il c.d. dolo erariale.

5. Occorre infine effettuare alcune considerazioni in merito al danno all'immagine e alla sua quantificazione.

Anzitutto si rileva che l'immagine o reputazione, quale diritto dalla cui lesione derivava il diritto al risarcimento, è stato dapprima riconosciuto esclusivamente in capo alle persone fisiche, per essere poi esteso anche alle persone giuridiche. Solamente a partire dagli anni '90 la giurisprudenza contabile ha riconosciuto alla P.A. il diritto non solo ad agire in conformità al principio di buon andamento *ex* art 97 Cost., ma anche a ingenerare e mantenere nella collettività la convinzione che la propria attività è conforme al medesimo principio, riconducendo la lesione del medesimo diritto all'art. 2043, cod. civ.

Tuttavia, trattandosi di danni all'amministrazione cagionati non da soggetti estranei, bensì legati alla medesima da rapporto di servizio, la responsabilità imputata agli stessi è stata ricondotta, anche per questo tipo di danno, alla responsabilità amministrativo – contabile.

Da ciò è derivata una ricostruzione del medesimo modello di responsabilità avente gli elementi del *genus* di riferimento, con le peculiarità già viste, seppur sommariamente, nella trattazione fin qui svolta.

Nella pronuncia in commento, tuttavia, del danno all'immagine, l'unico invero ad essere stato contestato, non vengono analizzati i profili relativi alla sua natura, bensì esclusivamente quelli connessi alla sua quantificazione [16].

Quanto alla configurazione del danno, per opinione dominante, come danno esistenziale, esso sussiste per la mera lesione del diritto della P.A. alla propria reputazione.

Affinché possa sorgere il diritto al risarcimento, tuttavia, è necessario che la Procura contabile fornisca la prova, almeno indiziaria, delle sue dimensioni [17].

---

[16] In merito alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità per danno all'immagine vedi VISCA, Nota a Cassazione civile, 12 Novembre 2003, n. 17078 sez. Unite*, In tema di danno all'immagine dell'ente pubblico*, in *Giust. Civ.*, 2004, 2289 ss.; per un'analisi della ricostruzione dogmatica del danno all'immagine vedi CIRILLO, *Il danno all'immagine della Pubblica amministrazione: sua configurazione dommatica alla luce della più recente giurisprudenza,* in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2003, 2035 ss.

[17] Sulla natura del danno all'immagine la sez. giur. dell'Umbria nella sentenza n. 98 del 8 marzo 2001 ha affermato: "Ed, invero, nelle ipotesi in discorso di danno all'immagine ed al prestigio della P.A., trattandosi di interesse tutelato in via primaria e diretta dall'Ordinamento in quanto investe il diritto della personalità pubblica

In particolare, per stabilire l'entità del suddetto diritto è necessario stabilire quali spese l'amministrazione ha dovuto o dovrà compiere per ristabilire la propria reputazione dinanzi alla collettività.

Nel caso in cui il Procuratore contabile sia in grado di offrire elementi di prova solo sull'*an* del danno e non sul *quantum*, secondo giurisprudenza consolidata, il Collegio procederà ad una valutazione equitativa secondo tre criteri, rispettivamente definiti 'oggettivo', 'soggettivo' e 'sociale' [18].

Tali criteri hanno lo scopo di individuare le potenzialità lesive della condotta illecita nei confronti dell'immagine della P.A. e si riferiscono, quanto al criterio oggettivo, alla gravità della condotta; quanto al criterio soggettivo, alla posizione dell'autore dell'illecito nell'ambito della P.A. e,

---

in sè e per sè considerato, si può affermare (convenendo in ciò con la Procura Regionale) che tale tipo di danno - in ordine al quale la lesione si realizza e coincide con il grave comportamento illegittimo ed illecito in cui si sostanzia, per cui una volta che si accerta la lesione il danno è comunque presente - appartiene, non al genus del "danno conseguenza", ma al genus del "danno evento", la cui teoria, affermata per le persone fisiche, è stata, poi, estesa alle persone giuridiche, e, quindi, alle persone giuridiche pubbliche, valorizzando - quanto a queste ultime - le argomentazioni con le quali la Corte Costituzionale nella Sentenza n. 184/1986 ha aderito alla concezione del citato "danno evento" e rapportandolo - come già detto - all'art. 2043 c.c. in collegamento con l'art. 2 Cost., quale "danno ingiusto ad uno dei diritti fondamentali della persona giuridica pubblica, ovvero ad una delle più rilevanti formazioni sociali, nelle quali si svolge la personalità dell'uomo", in *www.corteconti.it*.

[18] La sez. giur. dell'Umbria, già in una propria precedente pronuncia, la n. 498 del 19 ottobre 2002 aveva affermato sul punto: "L'immagine ed il prestigio costituiscono dei beni essenziali per l'esistenza stessa della persona giuridica pubblica, ed in questo senso la loro lesione costituisce un danno esistenziale; danno che si perpetra in forza della semplice lesione dei predetti beni-valori e che pone, per ciò solo, un nocumento patrimoniale, rappresentato -da un lato- dalla vanificazione delle spese sostenute per il mantenimento e l'elevazione dell'immagine e del prestigio dell'ente pubblico e -dall'altro- dalle spese comunque occorrenti per il ripristino di tali beni-valori (cfr., al riguardo, la già citata sent. n. 557-R/2000 di questa Sezione). Il problema della prova dell'esistenza e della patrimonialità di un siffatto danno va, dunque, disancorato da quello della prova della specifica spesa sostenuta per ripristinare l'immagine, anche perché -si badi- l'immagine dell'ente pubblico, a differenza di quella dei privati, va necessariamente "ripristinata" e non semplicemente "riparata" (cfr. le richiamate sentenze delle SS.UU. della Cassazione), ed è noto che il "ripristino" è cosa diversa dalla "riparazione", non consentendo in nessun modo di stabilire esattamente i costi ed i tempi della sua realizzazione e dare, quindi, altrettanto esattamente prova degli uni e degli altri. Per tali ragioni, quindi, il problema della "determinazione della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso" (*ex* SS.UU. n. 5668/1997 e n. 744/1999 cit.) va risolto in via equitativa, *ex* art. 1226 cc., mentre l'esercizio del relativo potere di valutazione del danno è stato attribuito alla Corte dei conti nel chiaro, sebbene inespresso, presupposto che la Corte stessa è il "giudice naturale" dell'analisi e valutazione dei costi dell'attività amministrativa e, dunque, anche di quella occorrente per il ripristino dell'immagine pubblica (*ex* art. 25 Cost.)", in *www.corteconti.it.*

quindi, alla sua capacità rappresentativa nei confronti della collettività, poiché, quanto più un soggetto si trova in posizione c.d. apicale, tanto più il suo comportamento influenza l'opinione che i cittadini hanno dell'azione delle P.A. cui appartiene. A questi si aggiunge il c.d. criterio sociale, connesso alla risonanza che l'illecito ha avuto nell'opinione pubblica [19].

Anche nel caso di specie il Collegio, non avendo il Procuratore contabile fornito la prova della spese effettivamente compiute o da compiere per eliminare il *vulnus* all'immagine della P.A., ha compiuto la valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226, cod. civ. utilizzando, in particolare, i citati criteri. La sezione dell'Umbria, nella loro applicazione ha ritenuto la condotta di particolare gravità – criterio oggettivo, il medico soggetto che si trova in posizione apicale e, quindi, altamente rappresentativo – criterio soggettivo, la risonanza del fatto nell'opinione pubblica e il bene direttamente leso di particolare rilevanza, riguardando quest'ultimo il diritto alla salute – criterio soggettivo.

---

[19] Nella sentenza in commento si legge: "In mancanza delle prove con riguardo alle spese per il ripristino dell'immagine lesa il Collegio ritiene di quantificare *ex* art. 1226 C.C. il danno in € 6.000. Per quantificare il danno avvicinandosi il più possibile alla spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso, si fa ricorso a criteri individuati dalla giurisprudenza sotto tre profili: uno oggettivo, uno soggettivo, uno sociale. Circa il criterio oggettivo va considerato che agli atti risulta palese il comportamento illecito tenuto dal citato convenuto, il quale ha prescritto la somministrazione del farmaco pur conoscendone l'altissimo livello di pericolosità. Circa il criterio soggettivo, va tenuto presente che il convenuto stesso in quanto medico, svolge per l'Amministrazione sanitaria una funzione apicale altamente rappresentativa. Circa, infine, il criterio sociale, va tenuto conto della negativa ripercussione suscitata nell'opinione pubblica, considerato che i fatti hanno inciso sulla tutela del bene salute ed hanno avuto una risonanza notevole nella stampa, non soltanto locale".

La medesima sezione in una propria precedente pronuncia, la n. 498/2002, quanto al potere del giudice di liquidare il danno all'immagine in via equitativa aveva affermato: "Nel concreto esercizio di tale potere, e per l'individuazione delle dimensione del danno nel senso più aderente possibile alla "spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso", soccorreranno i vari criteri elaborati dalla giurisprudenza a tal proposito, pure richiamati in citazione da parte attrice.

Trattasi peraltro di criteri che, facendo riferimento a specifici elementi, "oggettivi, soggettivi e sociali" (cfr. in tal senso sent. n. 211/1995 di questa stessa Sezione), colgono -ognuno di essi- solo una parte del danno, la cui completa determinazione -nel senso sopra precisato- resta affidata all'applicazione congiunta e coordinata di tutti i cennati criteri. Così, per citarne alcuni, ai criteri "oggettivi" della gravità dell'illecito commesso -in relazione allo specifico bene tutelato ed alle modalità della sua realizzazione- e delle eventuali reiterazioni dell'illecito stesso, si affiancheranno quelli "soggettivi", relativi alla collocazione che il convenuto ha nell'organizzazione amministrativa ed alla sua capacità di rappresentare l'Amministrazione, e quelli " sociali", basati sulle capacità esponenziali dell'ente, sulle sue dimensioni territoriali, sulla rilevanza -interna o internazionale- delle funzioni al medesimo intestate, sull'ampiezza della diffusione e del risalto dato all'illecito, ecc."

Alcune perplessità restano, tuttavia, in merito al profilo del nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno, elemento necessario per la configurazione di ogni tipo di responsabilità e, nella fattispecie di cui trattasi, di difficilmente enucleabile.

Come già detto, seppur sommariamente, qui, come in altre ipotesi, il danno all'immagine appare cagionato più dalla risonanza che una condotta illecita ha nella collettività che dalla condotta in sé.

Il *clamor fori*, però, è una circostanza non controllabile dall'agente chiamato a rispondere per danno erariale, al quale è imputabile solo il proprio comportamento.

Rimane, quindi, aperto, il problema dell'individuazione del nesso di causalità tra il comportamento illecito, riferibile al funzionario pubblico e l'evento dannoso, profilo dal quale dipende la stessa possibilità di chiamare l'autore della condotta riprovata dall'ordinamento dei danni che da essi siano derivati.

BARBARA MINENTI

T.A.R. UMBRIA – 2 luglio 2007, n. 542 – *Pres*. LIGNANI – *Est*. UNGARI – M. e altri (avv. Barelli) c. Regione Umbria (avv. Manuali e Iannotti), Provincia di Perugia (avv. Minciaroni), Comune di Perugia (avv. Cartasegna), GE.SE.NU. s.p.a. (avv. Corbucci) e altri n.c.

**Ricorso giurisdizionale – Associazioni di protezione ambientale – Legittimazione ed interesse a ricorrere – Ordine di trattazione delle questioni – Infondatezza nel merito del ricorso – Esame delle eccezioni in rito – Omissione**

**Ambiente – Rifiuti – Gestione – Protocolli di intesa – Natura giuridica – Accordi integrativi o sostitutivi – Accordi di programma – Atti normativi – Limitazione del potere discrezionale – Sussiste**

*Risultando evidente l'infondatezza del ricorso nel merito, il Giudice può prescindere dall'esaminare le eccezioni pregiudiziali relative alla carenza di legittimazione ed interesse dei comitati ed associazioni ambientali ricorrenti* (1).

*I protocolli di intesa tra amministrazioni, privati ed enti esponenziali di interessi diffusi e collettivi previsti dal Piano regionale dei rifiuti non sono assimilabili né agli accordi previsti dall'art. 11 della legge 241/1990 né agli accordi e contratti di programma previsti dall'art. 178, comma 4 del d.lgs. 152/2006, poiché il consenso prestato dai privati non sostituisce l'esercizio della potestà autoritativa, bensì si atteggia come mera modalità di un procedimento volto alla posizione di norme. La stipula dei protocolli costituisce un limite all'esercizio successivo del potere autoritativo discrezionale, dovendo le amministrazioni coinvolte tenere conto della composizione degli interessi e delle esigenze con essi effettuata alla luce dei presupposti normativi e di fatto al momento rilevanti, motivando adeguatamente le modifiche delle valutazioni e decisioni amministrative a suo tempo adottate* (2).

*(Omissis)* 4.1. Le censure prospettate con il ricorso n. 137/2006 presuppongono, direttamente o indirettamente, che le Amministrazioni intimate non abbiano rispettato gli obblighi assunti con la sottoscrizione dei Protocolli d'intesa del 22 gennaio 1998.

Le parti resistenti hanno sollevato eccezioni pregiudiziali in ordine all'ammissibilità dell'azione, sotto il profilo della mancanza dell'interesse e della legittimazione dei ricorrenti (o, quanto meno, dei ricorrenti diversi dal Comitato sottoscrittore del Protocollo).

Si può prescindere dall'esaminare tali eccezioni, risultando evidente l'infondatezza del ricorso nel merito.

4.1.1. Ancorché non risulti decisiva, al fine di stabilire la natura del Protocollo di intesa in questione, la denominazione del documento corrisponde a quella che solitamente viene data ad accordi di massima o programmatici, volti a comporre un conflitto di natura politico-amministrativa, in ordine agli obbiettivi ed alle linee di azione di un'attività amministrativa che interessa collettività locali e/o formazioni sociali organizzate.

Più significativo risulta il fatto che lo strumento venga tipizzato nello stesso Secondo Piano regionale per la gestione dei rifiuti (pagg. 171-172), nell'ambito della Parte undicesima, dedicata alla "Partecipazione dei cittadini, educazione ambientale e formazione", tra gli "Istituti e strumenti di partecipazione e concertazione". Ivi si prevede che "Si intende per protocollo di intesa un accordo tra due o più soggetti istituzionali, tecnici, privati, sociali e collettivi, volto a stabilire obiettivi comuni e modalità di rapporti per praticarli", anche precisando che "per il conseguimento delle finalità del Piano Regionale, ci si potrà avvalere di accordi di programma e contratti di programma a carattere volontario tra soggetti pubblici e/o privati e/o sociali (art. 4 D.Lgs. 22/97)". Nel

Piano si fa menzione dei Protocolli di intesa all'epoca già sottoscritti nella regione Umbria, tra i quali quello relativo agli impianti di Pietramelina, affermando che "hanno assunto valenza rilevante di gestione del conflitto sociale" e precisando che "I Protocolli d'intesa hanno lo scopo di stabilire i comportamenti di ogni soggetto interessato (Comitati dei cittadini, Circoscrizioni comunali, Comune, Azienda di gestione dei servizi, Provincia e Regione) rispetto ai seguenti principali aspetti: 1) controllo della gestione degli impianti, anche in rapporto ai vincoli stabiliti dalle autorizzazioni; 2) accesso agli impianti per le verifiche; 3) valorizzazione ambientale delle aree interessate; 4) promozione dell'educazione e formazione ambientale; 5) informazione ai cittadini circa i parametri ambientali degli impianti (Monitoraggio)".

Com'è evidente, la previsione tipologica comprende (al n. 3) alcuni degli "impegni" dei quali i ricorrenti denunciano il mancato rispetto e chiedono, alla stregua di obblighi in senso giuridico, l'adempimento da parte dei soggetti cofirmatari del Protocollo del 1998: attuazione del monitoraggio ambientale, degli interventi compensativi nella zona in modo da favorirne lo sviluppo economico, del "Progetto Mussino".

Tali impegni hanno carattere strumentale rispetto alla gestione dei rifiuti, ed una valenza direttamente finalizzata ad attenuare il conflitto sociale, aumentando la conoscenza ed il controllo sulla gestione degli impianti da parte dei cittadini, oppure limitando (o compensando) l'impatto negativo che l'impianto determina nella zona.

Per essi, prima ancora del valore giuridico del protocollo (di cui si dirà in prosieguo), è la formulazione generica delle relative previsioni che impedisce di trarre dal Protocollo un parametro rispetto al quale verificare e sanzionare una eventuale carenza o difformità realizzativa.

Può aggiungersi che non risulta nemmeno sufficientemente dimostrato il mancato rispetto di detti impegni.

Infatti, del monitoraggio, era prevista la realizzazione sulla base del progetto predisposto dall'E.N.E.A. I ricorrenti ne lamentano l'incompleta attuazione, sotto il profilo dell'inadeguata collocazione della relativa centralina e, comunque, della possibilità di rilevare la presenza di un solo inquinante (l'ammoniaca).

Tuttavia, nel Protocollo e negli altri atti acquisiti al giudizio, non è dato riscontrare una puntuale prescrizione tecnica o operativa che sarebbe stata disattesa. Di più, la Provincia (cfr. relazione del dirigente del Servizio Gestione e Controllo Ambientale in data 20 marzo 2006, versata in atti con la memoria in data 3 aprile 2006) eccepisce che il progetto di monitoraggio è stato regolarmente realizzato, secondo le indicazioni dell'E.N.E.A.; e che la centralina sul torrente Mussino (che effettua analisi ogni due ore ed è dotata di un sistema di allarme che scatta quanto le concentrazioni superano la soglia prefissata, allertando

l'A.R.P.A., affinché provveda ad effettuare i necessari controlli di tutti i parametri rilevanti) è stata installata non in attuazione diretta, bensì ad integrazione di quanto previsto dal Protocollo, su iniziativa della Provincia stessa; che la scelta di monitorare la sola ammoniaca è avvenuta su indicazione dei tecnici del LESP ("in quanto parametro più indicativo di un eventuale sversamento di percolato dalla discarica"); e che l'ubicazione della centralina è avvenuta in uno dei siti suggeriti come idonei dal Comitato ricorrente, firmatario del Protocollo.

Tali argomentazioni sono rimaste senza replica.

Il Protocollo, inoltre, non indica quali siano gli "interventi di "compensazione sociale" da realizzare mediante il finanziamento di interventi volti allo sviluppo economico, sociale e culturale nell'ambito della zona …", ma rimette la loro individuazione, anno per anno, ad un accordo tra il Comune di Umbertide, il Consiglio di Quartiere di Pierantonio, il Comune di Perugia e la XIII Circoscrizione.

Anche dei progetti di valorizzazione relativi al torrente Mussino, si prevede soltanto la predisposizione ed attuazione da parte delle Comunità Montane e dai Comuni firmatari del Protocollo.

Perciò, anche se il Protocollo quantifica l'onere finanziario, in misura corrispondente al 70 % della T.A.R.S.U., sarebbe ben difficile trarre dal Protocollo la definizione di impegni coercibili. Va aggiunto che la difesa del Comune di Perugia ha prodotto documentazione sugli interventi "compensativi" realizzati nella zona limitrofa alla discarica.

4.1.2. Altri "obblighi" dei quali i ricorrenti lamentano la violazione, non sono che la riproduzione di parametri della gestione doverosi alla luce della normativa e delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione all'esercizio degli impianti.

Così è per l'impegno di smaltire in discarica soltanto determinate categorie di rifiuti, tra le quali non rientrano i frigoriferi ed i televisori (beni durevoli e di più complesso smaltimento) di cui sarebbe stata riscontrata la presenza; per quello di chiudere la discarica (più esattamente: cessare i conferimenti di rifiuti) una volta raggiunta la capienza prevista dai provvedimenti autorizzativi; nonché, più in generale, di gestire gli impianti in modo da garantire la difesa dell'ambiente e della salute umana.

Quanto al primo aspetto, le fotografie prodotte mostrano la presenza di una lavatrice, un televisore e due frigoriferi, probabilmente poco per dimostrare una violazione non occasionale delle regole sul conferimento. Senza contare che le fotografie non hanno data certa e che la possibilità di conferire in discarica tali beni durevoli è stata inibita soltanto per effetto del d.lgs. 36/2003 (attuativo della Direttiva 1999/31/CE).

Sulla capacità residua della discarica, negli atti di causa si leggono cifre molto diverse.

Per la discarica, giusta l'autorizzazione iniziale di cui al d.G.R. n. 4804 in data 19 luglio 1983, era prevista una durata stimata in 35 anni.

Il Protocollo indica una capacità complessiva (relativa al 2° stadio) di 1.700.000 mc, ed una capacità residua, alla data del 30 novembre 1996, di 850.000 mc. Dal progetto di adeguamento e completamento approvato con d.G.R. n. 596 in data 11 febbraio 1997, risulterebbe una capienza di 1.600.000 mc (che, sommati ai 600.000 mc del 1° stadio, fanno ammontare la capacità complessiva a 2.200.000 mc, vale a dire ad una volumetria maggiore rispetto ai 2.000.000 mc previsti dal progetto originario approvato con d.G.R. n. 6857 in data 22 settembre 1988); tale volumetria è stata confermata dal progetto di variante approvato con determinazione dirigenziale regionale n. 2804 in data 27 marzo 2002.

I ricorrenti sottolineano che, nella relazione istruttoria allegata alla determinazione n. 2804/2002, la capacità residua era indicata pari a circa 511.000 mc al 30 ottobre 2000, e stimata pari a circa 415.000 mc al 30 giugno 2001, sulla base di un "impegno volumetrico mensile di circa 12.000 mc"; mediante una proiezione di tale dato mensile, giungono alla conclusione che, sia prendendo come riferimento il dato del Protocollo, sia utilizzando quello delle citate autorizzazioni regionali, al 30 giugno 2004 la capacità residua della discarica fosse già esaurita.

Tali dati non sono univoci ed incontestati. Gli stessi ricorrenti sottolineano che nel Piano regionale rifiuti del 2002 si leggono due dati di capienza residua differenti, e ben lontani tra di loro: 343.000 mc (a pag. 94) e 800.000 mc (a pag. 397).

Di più, nella nota prot. 0156304 in data 11 ottobre 2004, l'Ufficio controlli del Servizio protezione, gestione e educazione ambientale della Provincia di Perugia (vale a dire, l'organo precipuamente preposto al controllo sulla gestione dell'impianto), si legge, oltre alla conferma dei dati relativi al passato contenuti nella predetta relazione istruttoria, che, mediante un sopralluogo (in data 8 settembre 2004) e sulla base del rilievo planoaltimetrico effettuato, nonché dei dati relativi ai conferimento del periodo novembre 2000-agosto 2004, è stata accertata una capienza residua attuale di 266.444 mc.

Tale ultimo accertamento non viene contestato dai ricorrenti.

Se si incrociano i dati della Provincia sulla capacità residua e sul conferimento mensile nel periodo suindicato (11.700 mc/mese), si giunge alla conclusione che la discarica, secondo il progetto autorizzato, dovrebbe aver esaurito la capacità residua intorno al mese di luglio 2006. Vale a dire, al momento dell'adozione dell'autorizzazione all'ampliamento, pure impugnata dai ricorrenti. Tale dato non è di molto difforme da quello che può evincersi dalla relazione del Servizio Gestione e Controllo Ambientale della Provincia di Perugia in data 20 marzo 2006 (versata in atti con la memoria in data 3 aprile 2006), nella quale si afferma, in

esito ad un ulteriore rilievo planoaltimetrico effettuato in data 11 gennaio 2006, che a quella data vi sarebbero stati ancora 78.000 mc residui, comprensivi dello strato di ricopertura finale.

Può quindi ritenersi che, al momento dell'adozione del secondo Protocollo di intesa e degli altri provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti nel ricorso n. 137/2006, con cui è stato deciso l'ampliamento della discarica, la sua capacità residua non fosse ancora esaurita.

Quanto al mantenimento di accettabili condizioni ambientali nella zona, i ricorrenti, sulla base della documentazione dell'ARPA Umbria che ha accertato, negli anni precedenti, "il ripetersi nel tempo di episodi di sversamento di percolato di discarica, seppure dovuto a cause più o meno accidentali" (cfr. relazione in data 31 gennaio 2005), oltre a lamentare la violazione di detto obbligo, ne fanno discendere l'esistenza di un danno ambientale.

Tuttavia, i fenomeni di inquinamento accertati (fino al 2004), al pari della presenza di rifiuti che non avrebbero dovuto essere conferiti nella discarica, non possono rilevare come violazioni di obblighi contrattuali. Il Protocollo d'intesa, per questi aspetti, non ha fatto altro che recepire, espressamente o mediante rinvio, i criteri di gestione stabiliti dalla legge o dai provvedimenti autorizzatori. In ogni caso, i ricorrenti non possono chiedere l'adempimento di tali impegni, per i motivi che verranno esposti in prosieguo in ordine alla natura del Protocollo.

Simili accadimenti potrebbero invece rilevare come prova di una violazione delle prescrizioni imposte all'esercizio degli impianti di Pietramelina, e dar luogo all'applicazione delle sanzioni amministrative (o penali) previste dalla legge a carico dei gestori degli impianti e di chi è chiamato istituzionalmente a vigilare sul loro operato.

Potrebbero altresì rilevare come prova di un eventuale danno ambientale.

Ma questi sono effetti che potrebbero prodursi nell'ambito di procedimenti amministrativi o giurisdizionali, comunque in una sede diversa dal presente giudizio, nel quale si controverte sulla fondatezza di un'azione che ha i caratteri, al contempo, di un'impugnazione di provvedimenti, di un'azione di adempimento e di un'azione di risarcimento del danno nei confronti delle amministrazioni interessate e del privato concessionario del pubblico servizio ambientale.

4.1.3. Caratteri ancora differenti mostrano, infine, gli "impegni" concernenti la ridefinizione dell'assetto organizzativo ed impiantistico della gestione dei rifiuti ed in particolare l'esclusione della localizzazione di nuovi impianti nella zona di Pietramelina, il non ampliamento (anzi, la chiusura, al raggiungimento della volumetria utilizzabile) della discarica di Pietramelina.

Essi hanno un contenuto (per lo meno, quanto alle opzioni che escludono) puntuale, ed incidono direttamente sugli strumenti per il

conseguimento degli obbiettivi del Piano regionale di gestione dei rifiuti, in attuazione di quanto stabilito dalla legge.

In questo caso, sono stati sì individuati tra amministrazioni territoriali ed esponenti della collettività locale "obiettivi comuni", ma la definizione delle "modalità di rapporti per praticarli" non si esaurisce, né poteva esaurirsi nell'ambito della dialettica tra i firmatari del Protocollo, dipendendo da fattori e volontà ben più complessi e non predeterminabili.

Occorre considerare che gli impegni della Regione a ridefinire l'assetto organizzativo ed impiantistico del piano regionale dei rifiuti, ad individuare nuovi siti di localizzazione degli impianti con esclusione della zona di Pietramelina, e a non ampliare la discarica, riguardano direttamente l'esercizio delle potestà di pianificazione e programmazione nel settore.

Ne sono consapevoli gli stessi ricorrenti, che indirizzano il primo dei profili di censura dedotti proprio verso l'omessa modifica dell'assetto recepito nel Secondo Piano regionale dei rifiuti. È quella, infatti, la sede nella quale, secondo la normativa, avrebbero dovuto essere assunte, in un quadro complessivo rivolto ad assicurare l'equilibrio della gestione dei rifiuti in ambito regionale e con riferimento ai singoli ambiti ottimali sub-regionali, le decisioni strategiche oggetto di "impegno" nel Protocollo.

Ma il Piano non è stato impugnato, né risulta che siano attivati gli strumenti di sollecitazione della Regione a provvedere ad un suo aggiornamento.

In realtà, l'unica decisione concreta contenuta nel Piano regionale rifiuti per Pietramelina, vale a dire l'adeguamento dell'impianto di compostaggio allo scopo di trattare la frazione umida proveniente dalla raccolta differenziata, appare in linea con gli obiettivi di sviluppo della raccolta differenziata previsti dal d.lgs. 22/1997, rientra tra gli "adempimenti previsti da nuove disposizioni legislative", fatti salvi dal Protocollo, ed era anche specificamente menzionato tra gli impegni assunti dalla GE.SE.N.U. (in tema di valorizzazione della qualità del compost "anche mediante la introduzione di nuove tecnologie nell'impianto di compostaggio"). Peraltro, la determinazione dirigenziale n. 2806 in data 27 marzo 2002, con cui è stato approvato detto progetto dell'adeguamento, non risulta essere stata impugnata.

All'omissione di dette impugnazioni, non può supplire la denuncia del mancato rispetto (e successivamente, della modifica non consensuale) del Protocollo di intesa, che quegli stessi impegni conteneva.

4.1.4. Ma l'argomento decisivo per escludere la fondatezza delle domande dei ricorrenti, ad avviso del Collegio, deriva dalla circostanza che il Protocollo, sottoscritto al fine di condividere la gestione trasparente degli impianti di smaltimento in questione, non è assimilabile alle fattispecie di accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti previsti dall'articolo 11 della legge 241/1990.

Ad esse sono riconducibili gli "accordi di programma" e i "contratti di programma" previsti dall'articolo 4, comma 4, del d.lgs. 22/1997, ed oggi dall'articolo 178, comma 4 (dove peraltro, a conferma del fatto che occorre avere riguardo al contenuto più che alle denominazioni, si accosta a dette tipologie la menzione dei "protocolli di intesa"), e dalle successive disposizioni del d.lgs. 152/2006 in materia di gestione dei rifiuti.

Invece, nel protocollo d'intesa della tipologia in esame (si ripete, la denominazione non è dirimente), il consenso prestato dai privati (nella specie, dal comitato di tutela territoriale odierno ricorrente) non si sostituisce all'esercizio della potestà autoritativa, né tanto meno la trasforma in attività contrattuale, ma si atteggia come mera modalità procedimentale.

Il consenso del privato non diviene cioè, come nel diverso caso degli accordi di programma o contratti di programma succitati, parte del sinallagma negoziale che si sostituisce alla decisione unilaterale nel determinare il contenuto dell'azione amministrativa.

Questo anche perché si è in presenza di un'attività normativa, che non è negoziabile, né può essere una volta per tutte sottoposta a limiti rigidi valevoli in futuro per un tempo indefinito, poiché ciò equivarrebbe a abdicare all'esercizio della funzione pubblica (cfr. in tal senso, con riferimento ad un protocollo d'intesa relativo alle installazioni di infrastrutture di comunicazione radiotelefonica, TAR Campania, Napoli, I, 18 novembre 2002, n. 7210).

Ed infatti, ai sensi dell'articolo 13 della legge 241/1990, le disposizioni del Capo III della legge, tra cui quelle dell'articolo 11 in tema di accordi sostitutivi di provvedimenti soggetti all'applicazione dei princìpi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione. Quest'ultima è la valenza sostanziale di "impegni" come quello di non ampliare la discarica e non localizzare nella zona ulteriori attività inquinanti.

Pertanto, deve ritenersi che il Protocollo d'intesa non sia configurabile come atto negoziale capace di costituire obbligazioni in capo alle parti che lo hanno sottoscritto.

Del resto, impedisce di configurare il "protocollo d'intesa" quale accordo sinallagmatico l'impossibilità di ravvisare una valida obbligazione a carico della parte privata, quale corrispettivo delle (presunte) obbligazioni poste a carico delle parti pubbliche. Ed invero, non si potrebbe configurare quale obbligazione giuridicamente valida un (supposto) impegno a mantenere la "pace sociale" e ad astenersi da manifestazioni di protesta. Se, infatti, ci si vuol riferire all'impegno ad astenersi da manifestazioni legittime, tale obbligazione sarebbe invalida perché

nessun cittadino può obbligarsi verso l'autorità pubblica a rinunciare all'esercizio dei diritti costituzionali di manifestazione del pensiero e di critica politica (si tratta di diritti indisponibili). Se, invece, ci si vuol riferire all'impegno ad astenersi da manifestazioni illegittime (es.: blocchi stradali, danneggiamenti etc.), è evidente che tale astensione è doverosa di per sé, e non già perché taluno vi si obblighi nel contesto di un negozio bilaterale (ove si ritenesse ammissibile e valido un negoziato di questo genere, ne conseguirebbe paradossalmente che in caso di violazione dell'accordo da parte delle autorità pubbliche i comportamenti illeciti sarebbero legittimati dal principio "inadimplenti inadimplendum", il che sarebbe manifestamente assurdo).

Queste considerazioni confermano che il protocollo d'intesa non può essere ricondotto alla previsione dell'art. 11, legge n. 241/1990.

4.2. Non per questo il Protocollo d'intesa deve essere relegato – come sostiene la difesa delle amministrazioni – nella sfera degli atti politici, al pari di una mera manifestazione di intenti a tenere determinati comportamenti, sanzionabile soltanto nell'ambito del circuito della responsabilità politica (sotto forma di perdita di consenso per il soggetto politico che non ha mantenuto gli impegni), con conseguente inammissibilità dell'impugnazione giurisdizionale.

Al contrario, il Protocollo d'intesa ha l'effetto di un'autolimitazione del potere autoritativo discrezionale delle amministrazioni, la cui riedizione in futuro deve tener conto della composizione degli interessi e delle esigenze con esso effettuata alla luce dei presupposti normativi e di fatto al momento rilevanti.

Ciò è confermato dal formale recepimento del Protocollo in atti deliberativi degli organi di indirizzo politico-amministrativo delle amministrazioni territoriali.

Tra i fattori del protocollo, un ruolo decisivo risulta aver avuto l'opportunità di coinvolgimento ed informazione della cittadinanza locale, la quale aveva "manifestato interesse circa le modalità di gestione degli impianti ed il rispetto delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione regionale, e ciò allo scopo di avere garanzie circa la difesa dell'ambiente e della salute umana", che si incontrava con "l'interesse delle Istituzioni locali e della stessa Società che gestisce gli impianti di fornire tutte le garanzie e i riscontri tecnico-gestionali, allo scopo di rendere trasparente l'esercizio degli impianti", nella logica tesa a realizzare "il principio secondo cui certe tipologie impiantistiche, anche se realizzate con criteri di "massima garanzia" producono un impatto socio-economico ed ambientale che abbisogna di compensazioni adeguate ed oggettive" (pagg. 4-5 del Protocollo).

Come strumento di autolimitazione, che impegna con riferimento ad una situazione determinata, non costituisce un limite immodificabile

ed insuperabile per le amministrazioni, che tuttavia vanno incontro all'onere di motivare adeguatamente, in relazione al quadro sopravvenuto, le modifiche delle valutazioni e decisioni amministrative a suo tempo adottate (a pena di eccesso di potere sotto i profili sintomatici individuati attraverso decenni di elaborazione della giurisprudenza amministrativa).

In un settore come quello della tutela dell'ambiente e del territorio, nel quale rileva una molteplicità di interessi in conflitto, e dove l'opportunità delle scelte discrezionali è fortemente condizionata dallo sviluppo delle attività economiche e degli insediamenti urbani, e dall'evoluzione scientifica e tecnologica, considerare simili autolimitazioni come definitive ed insuperabili equivarrebbe a mettere a repentaglio la stessa possibilità di perseguire l'interesse pubblico generale sotteso alla gestione dei problemi ambientali. Quello dei rifiuti, poi, è un settore nel quale tutti i soggetti sono necessariamente coinvolti, e la cui gestione non può ancora contare su assetti infrastrutturali pienamente definiti e su di una conseguente certezza e stabilità nel tempo dei risultati programmati, ma invece comporta frequentemente la necessità di far fronte ad emergenze e forti conflittualità sociali.

4.3. Così ricondotto il Protocollo alla sua reale valenza (strumentale), l'impegno sostanziale che da esso nasceva, vale a dire quello a rendere il più possibile trasparente la gestione degli impianti di Pietramelina, non può dirsi violato.

Risulta che nella fase di concertazione che ha preceduto la sottoscrizione del secondo protocollo d'intesa in data 6 maggio 2006, siano stati coinvolti tutti i sottoscrittori del precedente protocollo.

La decisione del Comitato odierno ricorrente di non sottoscrivere l'accordo non può determinarne l'invalidità, in quanto sulla volontà dei soggetti che rappresenta non può che prevalere, l'interesse pubblico generale a reperire soluzioni idonee allo smaltimento dei rifiuti per un bacino di competenza di oltre 230.000 abitanti.

Né può sostenersi che, qualora non sia sottoscritto da tutti i soggetti interessati, lo strumento del protocollo d'intesa perda la sua funzione partecipativa, e si verifichi quindi uno sviamento dalla causa tipica. Il consenso di tutti gli interessati è infatti un risultato certamente auspicabile, ma non necessario, qual è invece il coinvolgimento procedimentale finalizzato alla ricerca del consenso; non può essere quest'ultimo, infatti, a rappresentare il fine ultimo dell'azione amministrativa, e la sua fonte di legittimazione, che resta invece la ottimale ponderazione e cura degli interessi pubblici coinvolti.

(*Omissis*). 6. Quanto alle domande relative al risarcimento del "danno esistenziale (…) unitamente al danno patrimoniale" subito dai membri

del Comitato e dai residenti della zona per effetto della gestione della discarica e del suo ampliamento, le considerazioni esposte hanno evidenziato che manca il presupposto fondamentale della responsabilità risarcitoria, costituito:

- nell'ipotesi (riferibile al ricorso n. 137/2006) che la domanda sia stata proposta a titolo di responsabilità contrattuale, dall'esistenza di un obbligo inadempiuto;
- nell'ipotesi (riferibile al ricorso n. 349/2006) che la domanda sia stata proposta a titolo di responsabilità extracontrattuale, dall'adozione di un provvedimento (o di un comportamento) illegittimo.

In questa seconda ipotesi, la domanda risulterebbe comunque inammissibile. Infatti, se intesa come riferita al danno ambientale determinato dall'ampliamento della discarica, il risarcimento di tale danno (laddove provato), ai sensi degli articoli 311, comma 1 e 315, del d.lgs. 152/2006, non sarebbe ormai azionabile dai soggetti privati, quali i ricorrenti, ma unicamente dallo Stato (il d.lgs. 152/2006 ha infatti abrogato l'articolo 18, della legge 349/1986, nella parte in cui legittimava anche gli altri enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo, e l'articolo 9 del d.lgs. 267/2000, che legittimava le associazioni di protezione ambientale di cui all'articolo 13 della legge 349/1986 ad esercitare le azioni risarcitorie spettanti ai Comuni e alle Province – ad esse resta ormai soltanto la facoltà di intervenire nei giudizi per danno ambientale o di ricorrere in sede amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi, ai sensi del comma 5 del citato articolo 18, non abrogato).

Se invece riferibile alla lesione dei diritti soggettivi alla salute o alla proprietà dei beni (dei soggetti residenti), sarebbe sì azionabile dai soggetti privati (i residenti, riuniti nel comitato), ma dinanzi al giudice ordinario (in sede civile, ai sensi dell'articolo 313, comma 7, del d.lgs. 152/2006; ovvero mediante la costituzione di parte civile in sede penale).

7. Nella memoria conclusiva, i ricorrenti citano, a conferma della fondatezza delle proprie censure, i dati sulla gestione dei rifiuti del 2004 e 2005, certificati con la deliberazione della G.R. n. 1886 in data 8 novembre 2006, che confermerebbero la mancanza di una situazione di emergenza.

Al contrario, a parte la considerazione che in detto periodo i rifiuti sono sì diminuiti nel Comune di Perugia ma sono complessivamente aumentati nell'ATO 2, è stato già evidenziato come l' "emergenza rifiuti", invocata a supporto della decisione di ampliare la discarica, non fosse intesa come un dato attuale, bensì come un effetto paventato, frutto di previsioni che, allo stato dei dati e delle argomentazioni acquisiti al giudizio, si sottraggono alle censure di illogicità o travisamento.

Il Collegio, peraltro, non può certo escludere che su detta decisione abbiano influito significativamente valutazioni di carattere economico (sembra assodato che i costi unitari dello smaltimento a Pietramelina sono inferiori a quelli delle altre discariche umbre), rese particolarmente incisive dalle difficoltà di bilancio del Comune di Perugia.

Quello che conta in questa sede, però, è che, *rebus sic stantibus*, a fondamento della decisione, vi fossero anche delle valide ragioni attinenti all'interesse ambientale.

Piuttosto, occorre sottolineare come sia condivisibile quanto sostengono i ricorrenti con l'ultimo profilo di censura ricordato al punto 1.4.8., e cioè che la decisione di ampliamento avrebbe dovuto essere assunta nell'ambito di una revisione del piano regionale.

Ciò, tuttavia, più che per un preciso vincolo desumibile dalla normativa, in base a considerazioni di opportunità e fattibilità amministrativa (che non possono condurre a ritenere viziati gli atti impugnati in questa sede). Le decisioni strategiche in materia di rifiuti, come quelle sulla localizzazione degli impianti di smaltimento, aventi una indubbia rilevanza politica e sociale (prima ancora che tecnica), non possono che essere assunte nella programmazione regionale; soltanto con riferimento ad una dimensione territoriale sufficientemente ampia, attraverso i tempi, le verifiche e la partecipazione garantiti dai procedimenti di definizione del piano regionale per la gestione dei rifiuti e dei suoi aggiornamenti periodici, si può pensare di individuare la soluzione ottimale.

È nella definizione ed attuazione della programmazione regionale che devono confluire proposte, disponibilità, critiche e denunce, come quelle registrate nella presente controversia e nelle vicende pregresse, in una composizione politica ed amministrativa di tutti gli interessi coinvolti, basata su dati di fatto e previsioni realistiche. Altrimenti, diventa quasi inevitabile che, in mancanza di alternative praticabili nel breve periodo, l'ampliamento e la prosecuzione delle attività esistenti, per quanto problematici, rappresentino l'unica risposta possibile con gli strumenti ordinari (vale a dire, senza dover ricorrere all'attivazione di poteri commissariali *extra ordinem*, come avviene stabilmente da molti anni in alcune regioni italiane) ad un problema ineludibile come quello dello smaltimento dei rifiuti. E che, di fronte a decisioni di tal genere, le impugnazioni più qualificate, finiscano per avere lo stesso peso concreto delle prese di posizione originate dalla c.d. sindrome *nimby*.

8. In conclusione, i ricorsi devono essere respinti.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio. (*Omissis*)

**(1-4) Natura giuridica e tutela giurisdizionale delle intese tra amministrazioni, privati ed enti di fatto in materia di gestione dei rifiuti.**

1. *La vicenda*

Con due distinti ricorsi, riuniti d'ufficio per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, un privato cittadino ed alcune associazioni, stabilmente od occasionalmente preposte alla tutela ambientale, chiedevano al Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria l'accertamento della violazione (e la conseguente condanna all'adempimento) di un Protocollo d'Intesa stipulato nel 1998 tra i ricorrenti e alcune amministrazioni pubbliche avente ad oggetto la gestione della discarica di Pietramelina, nel territorio del Comune di Perugia. Gli stessi ricorrenti, chiedevano, inoltre, l'annullamento di una serie di provvedimenti amministrativi emessi a vario titolo dalle P.A. competenti (il Comune di Perugia, la Provincia, la Regione ecc.), tra i quali un nuovo Protocollo d'Intesa stipulato nel 2006 con l'esclusione di uno dei comitati ricorrenti, nonché il risarcimento di tutti i danni subiti per effetto dei comportamenti lamentati e degli atti gravati.

Il Protocollo originario prevedeva – tra gli altri – l'impegno delle P.A. contraenti, ciascuna secondo le proprie attribuzioni, a non ampliare la discarica, individuando, in sede di adozione del Secondo Piano regionale per la gestione dei rifiuti i siti per la realizzazione di nuovi impianti; a realizzare progetti di monitoraggio ambientale; a ridurre i conferimenti nella discarica in questione; a realizzare interventi compensativi sul territorio; ad attuare un progetto di valorizzazione ambientale dell'area.

Al contrario, secondo i ricorrenti, al protocollo non venne data attuazione e nel Secondo Piano regionale per la gestione dei rifiuti fu proposto l'adeguamento della discarica nonostante avesse superato ormai da tempo i limiti massimi di capacità; inoltre, gli interventi compensativi e il progetto di valorizzazione ambientale dell'area erano rimasti lettera morta e che erano stati riscontrati sia il conferimento in discarica di materiali non consentiti sia lo sversamento di materiali inquinanti.

Nel corso del 2006, le parti dell'intesa del 1998, escluso uno dei comitati ricorrenti, con la stipula del secondo Protocollo di Intesa, stabilivano modalità e tempi di un ampliamento della discarica e l'adozione dei provvedimenti amministrativi conseguenti.

In sintesi, l'operato delle amministrazioni intimate veniva contestato sotto due profili: da una parte, assumendo l'inadempimento degli impegni assunti dalle stesse con il primo Protocollo di intesa; per altro verso, con l'affermazione che l'ampliamento e il nuovo assetto della discarica fossero stati decisi attraverso provvedimenti adottati in violazione della normativa di legge nazionale e comunitaria sotto diversi profili (tutela dei SIC, direttiva comunitaria c.d. habitat, violazione dei PUT e del PTCP, valutazione d'incidenza priva di motivazione rinforzata prescritta dall'art. 208 d.lgs. n. 152/2006 ecc.).

Il Tribunale, esaminati gli atti di causa, previa acquisizione di alcuni documenti, respingeva i ricorsi disponendo la compensazione delle spese, sulla base di una corposa motivazione.

Le censure della prima tipologia venivano respinte in base ad un percorso argomentativo – oggetto di riflessione nei paragrafi seguenti – che escludeva che i citati Protocolli avessero natura di accordo amministrativo e, di conseguenza, che da essi scaturissero obblighi coercibili per i paciscenti. I motivi di ricorso del secondo tipo, invece, venivano giudicati non fondati per considerazioni di fatto o di valutazioni attinenti alla successione di norme nel tempo (inapplicabilità della disciplina VAS).

## 2. *L'ordine di trattazione delle questioni*

Non sarà sfuggito all'attento lettore di una pronuncia così "densa" di questioni di diritto sostanziale l'*incipit* con cui il Tribunale ha ritenuto opportuno, "…risultando evidente l'infondatezza del ricorso nel merito" omettere la disamina delle eccezioni di rito sollevate dalle amministrazioni resistenti in ordine alla carenza di interesse ed alla legittimazione dei ricorrenti.

Il carattere lapidario dell'affermazione indurrebbe a supporre l'applicazione meccanica di una norma o di un principio generale chiaro nella sua enunciazione e soprattutto ben oliato nel suo funzionamento. Al contrario, in carenza di una norma atta a regolare il comportamento del giudice nel caso concreto, si osserva il fiorire di prassi [1] non uniformi.

Il rispetto di un ordine di trattazione delle questioni [2] è reso necessario da ragioni di ordine logico rappresentate nella necessaria compresenza dei

---

[1] Come osserva Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 8 ss. Sul tema si veda anche Andreani, *Sentenza amministrativa*, in *Enc. Giur*., Roma, 1992; Benvenuti, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.,* Milano, 1987; Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994; Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990; Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enc. dir*., Milano, 1989.

[2] Il tema è affrontato il più delle volte in via incidentale nelle trattazioni che si occupano del tema, analogo ma completamente diverso, dell'assorbimento dei motivi del ricorso. Si tratta di quella prassi giurisprudenziale che prevede che il giudice "scelga" una tra le varie censure proposte pronunciando l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ritenendo superfluo proseguire l'esame di ulteriori motivi. Molte sono le riflessioni critiche in proposito. In particolare, la giurisprudenza (da ultimo con la recentissima pronuncia del Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, in *Guida al diritto* n. 8 del 2008) ha evidenziato che il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale impone al giudicante di esaminare i motivi di ricorso sino a che il ricorrente non consegua la massima utilità possibile, tenendo conto anche della possibilità di una tutela risarcitoria in aggiunta a quella tradizionale demolitoria. Patroni Griffi, *La Sentenza amministrativa*, cit., 10 ss. mette in evidenza che in taluni casi l'assorbimento non è possibile, mentre in altri attenua l'effetto conformativo tipico della sentenza amministrativa. Per un esame approfondito

presupposti processuali, che costituiscono la base del potere decisionale del Giudice e delle condizioni dell'azione, in assenza delle quali viene meno la stessa decidibilità in astratto [3] della domanda oggetto del ricorso giurisdizionale. Tuttavia, se non è in discussione l'impossibilità di decidere nel merito un ricorso in assenza del potere di giudicare [4], orientamenti contrastanti si registrano laddove sia necessario verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, quali la legittimazione e l'interesse a ricorrere.

In particolare, appare prevalente l'indirizzo giurisprudenziale – al quale è ascrivibile pienamente anche la pronuncia in commento – che reputa opportuno, nel caso il ricorso appaia infondato, "by-passare" l'esame delle questioni pregiudiziali per dedicarsi subito alla trattazione del merito. Ciò avviene essenzialmente per due ragioni, talvolta compresenti nella medesima fattispecie: in alcuni casi il Giudice ravvisa la necessità di decidere il ricorso con un pronunciamento nel merito adducendo ragioni "di interesse pubblico" che suggerirebbero di lumeggiare una questione controversa, avallando o sanzionando l'operato delle amministrazioni pubbliche *pro futuro* [5]. In altri casi, invece, una lettura tra le righe evidenzia una semplice esigenza di economia processuale che consiglia al giudice di procedere diritto al rigetto del ricorso piuttosto che dilungarsi sulla decidibilità della questione, specie in presenza di una pluralità di litiganti alcuni dei quali molto probabilmente provvisti di tutti requisiti atti ad intraprendere un giudizio.

Orbene, la prevalente esigenza di "interesse pubblico" ad una pronuncia nel merito del ricorso corrisponde ad una visione tradizionale di un processo

---

dei problemi posti dall'assorbimenti si rinvia alla monografia di CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975, *passim*.

[3] La bibliografia sul tema è sconfinata; in questa sede ci si limita all'imprescindibile riferimento alla magistrale lezione di CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi*, I, Bologna, 1904. Una chiara spiegazione manualistica del tema è offerta da MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2008.

[4] La carenza di giurisdizione o di competenza (nei limiti in cui ne è consentita la rilevabilità) preclude la decisione di merito e consente al Giudice solo l'emanazione di una pronuncia sul processo. È discusso, in carenza di una pluralità di presupposti processuali, quale sia l'ordine corretto di esame delle relative eccezioni. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, ricorda che, se appare logico iniziare dalla verifica della sussistenza della giurisdizione, è altrettanto coerentemente sostenibile che sarebbe opportuno cominciare dalla valutazione della ricevibilità del ricorso, dacché in mancanza, sarebbe precluso quel sommario esame che è *condicio sine qua non* per valutare la fondatezza di qualunque altra eccezione.

[5] Un richiamo espresso all'interesse pubblico come motivo di esame diretto del merito è contenuto, *ex pluribus*, in Cons. St., 10 giugno 2005, n. 3068, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2005, 871 ss., in materia di tutela della concorrenza in un caso particolare di forniture militari; Cons. St., 2 maggio 2002, n. 2333, in *www.giustizia-amministrativa.it* (fattispecie di contenzioso elettorale). In entrambe le sentenze si dichiara l'intento di derogare al rispetto dell'ordine logico di trattazione delle questioni per la rilevanza degli interessi pubblici e privati coinvolti.

amministrativo improntato ad un modello inquisitorio, mentre il processo amministrativo è un processo di parti che differisce dal processo civile per l'oggetto ma non per la struttura "di parti" e per il metodo "dispositivo"che lo caratterizzano [6].

Peraltro, sebbene il processo amministrativo non disponga di una norma coniata allo scopo, appare corretta l'opinione di chi sostiene l'applicabilità analogica delle disposizioni e i principi che governano il processo civile [7] che prevedono il potere/dovere di affrontare il merito del ricorso soltanto dopo avere verificato la sussistenza dei presupposti del processo oltre alle condizioni dell'azione, in assenza delle quali, è bene non dimenticarlo, non è ravvisabile neppure l'accoglibilità della domanda in via ipotetica. La decisione di un ricorso proposto da soggetti che chiedono una tutela di interessi dei quali difetta la titolarità e l'azionabilità già sul piano assertivo suscita perplessità in quanto è ascrivibile ad una visione del processo strumentale non all'attuazione della tutela richiesta, bensì alla posizione di un precetto che orienti il comportamento delle parti, ma soprattutto delle amministrazioni, al di là e *a prescindere* dalle domande, all'esterno più che all'interno del processo.

Quanto all'esigenza di celerità, essa appare – in considerazione dell'odierna sensibilità verso la ragionevole durata del processo come bene di rilievo costituzionale – apprezzabile, ma non per questo convincente. Alle argomentazioni sopra esposte, si potrebbe agevolmente aggiungere, sul filo del paradosso, che vi sarebbe un consistente *interesse pubblico* a stabilire dei punti fermi in tema di legittimazione ad agire di associazioni e comitati locali in materia ambientale, anche al fine di deflazionare il contenzioso ambientale tramite opportuna *actio finium regundorum* [8].

---

[6] Scoca, in *Giustizia amministrativa*, AA.VV., Torino, 2003, distingue tra un processo di diritto oggettivo, come il processo penale, tendenzialmente rivolto all'applicazione della legge nel caso concreto e un processo di diritto soggettivo, l'archetipo del quale è ravvisabile nel processo civile, costruito intorno alla tutela degli interessi dei soggetti che controvertono, ossia funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Il modello processuale confacente alla tutela delle situazioni soggettive è proprio quello del processo di parti, cioè quello in cui le parti e non il giudice hanno l'onere di compiere gli atti di impulso necessari per portarlo a conclusione. Il processo di parti comporta il metodo dispositivo che consente, tra l'altro, alle parti di proporre a loro piacimento le prospettazioni, di allegare i fatti e le prove di cui hanno necessità. Il processo amministrativo, salve alcune deviazioni (il c.d. metodo acquisitivo) appartiene senz'altro alla seconda categoria.

[7] In favore dell'esistenza di un ordine logico di trattazione delle questioni che impone al Giudice di affrontare prima le eccezioni in rito e poi il merito del ricorso (qualificata come pregiudizialità processuale) si esprime Cavallo, *Processo amministrativo*, cit., 75 ss., il quale argomenta, tra l'altro, dalla pacifica applicabilità al processo amministrativo dell'art. 276 c.p.c.

[8] La giurisprudenza amministrativa è divisa sul punto in due orientamenti; secondo il primo (*ex pluribus*, Cons. St., sez. V, 17 luglio 2004, n. 5136, in *Riv. giur.*

La fattispecie in commento si ascrive non senza incertezze alla categoria di pronunce fondate sull'esigenza di speditezza da ultimo descritta. Ciò nondimeno, l'intenzione di enunciare di alcuni importanti principi di diritto sulla natura giuridica dei protocolli di Intesa e di richiamare le amministrazioni sulle linee guida della gestione di rifiuti fanno pensare che, anche in questo caso, il Tribunale, nel decidere di passare all'esame del merito omettendo la verifica delle condizioni dell'azione, abbia tenuto in particolare considerazione l'interesse pubblico ad una pronuncia sulle questioni di merito, vista la novità delle stesse, ma soprattutto l'importanza e lo spettro degli interessi coinvolti.

3. *La natura giuridica delle intese. La tesi del Tribunale*

La questione decisiva e maggiormente interessante affrontata nella sentenza in commento riguarda la natura giuridica delle intese stipulate tra le amministrazioni competenti alla gestione dei rifiuti e le associazioni ambientaliste ricorrenti che lamentano l'inadempimento delle stesse.

Le doglianze vengono divise in due tipologie e il rigetto della pretesa assume simmetriche differenti motivazioni.

Da una parte, escluso in premessa il carattere vincolante di impegni generici o strumentali, il Tribunale precisa che gli episodi di grave inquinamento ambientale o di smaltimento di rifiuti in quantità/qualità non consentite non possano rilevare come violazione di obblighi contrattuali, bensì come presupposto per l'applicazione di sanzioni amministrative o penali o come prova di un danno ambientale giacché i precetti comporta-

---

*edil.*, 2005, I, 308; Cons. St., sez. VI, 18 luglio 1995, n. 754, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1110 ss.), in assenza di una norma configurativa di un'azione popolare, la legittimazione ad impugnare provvedimenti amministrativi lesivi dell'ambiente spetta solo ed esclusivamente alle associazioni di protezione ambientale di rilievo nazionale o extraregionale individuate con decreto del Ministro dell'ambiente ai sensi del comb. disp. degli artt. 13 e 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente e degli artt. 309 e 310 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale". Di contro, un secondo orientamento (si rinvia, tra le altre a Cons. St., sez. V, 23 aprile 2007, n. 1830, in *Foro amm.- Cons. Stato,* 2007, 1223; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151, in *Foro amm.- Cons. Stato,* 2006, 1147 ss.) afferma che il giudice amministrativo può riconoscere caso per caso la legittimazione ad impugnare atti amministrativi a tutela dell'ambiente ad associazioni locali non ricomprese nell'elenco ministeriale purché perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità ed operino in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso, in quanto la normativa sopra citata ha creato un ulteriore criterio di legittimazione che si è aggiunto e non sostituito a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. interessi diffusi in materia ambientale.

mentali asseritamente violati costituiscono mero recepimento di identici precetti di fonte normativa. Dall'altra parte, il Tribunale nega la rilevanza giuridica degli inadempimenti residui [9], optando per una qualificazione delle intese come meri strumenti usati dalle P.A. competenti in materia al fine di assicurare la partecipazione e la trasparenza dell'attività di gestione dei rifiuti, anche al fine di contenere il conflitto sociale latente su tali questioni. In particolare, il Giudice umbro esclude che le intese citate possano costituire accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti ai sensi dell'art. 11 della legge 8 agosto 1990, n. 241 o accordi di programma ai sensi dell'art. 4, quarto comma, del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi) [10]. Infatti, nella fattispecie il consenso prestato dai privati "…*non si sostituisce all'esercizio della potestà autoritativa né tanto meno la trasforma in attività contrattuale, ma si atteggia come mera modalità procedimentale*." Ciò accade, prosegue il Tribunale, perché si è in presenza di un'attività normativa, in quanto tale non negoziabile (anche ai sensi dell'art. 13 della legge n. 241/90) né cristallizzabile in un accordo, dovendo essere adeguata al mutare delle situazioni, pena l'inaccettabile abdicazione da una funzione pubblica. Ulteriore conferma della natura non negoziale e quindi dell'impossibilità che dal Protocollo nascano obbligazioni in capo ai contraenti sarebbe l'impossibilità di configurare una valida obbligazione a carico della parte privata, dovendosi esse identificare o in obblighi di astenersi da manifestazioni illegittime, attività che sono di per sé doverose e che non possono formare oggetto di alcun impegno contrattuale o obblighi di *non facere* confliggenti con i diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione.

La stipula delle intese e la loro attuazione, tuttavia, non costituisce esercizio di discrezionalità politica [11] insindacabile in sede giurisdizionale, come ipotizzato dalle P.A. resistenti, ma piuttosto pone un'autolimitazione della discrezionalità amministrativa da espletarsi in un momento seguente considerando adeguatamente la composizione degli interessi e delle esigenze con esse effettuata alla luce dei presupposti normativi e di fatto al momento rilevanti. Ne consegue, dunque, un sindacato *ab externo* sulla riedizione dell'esercizio del potere laddove le amministrazioni, pur sovrane di regolare diversamente il destino di un'area, trascurino irragionevolmente di considerare l'assetto di interessi cristallizzato nell'intesa. Ciò, nel caso di specie, non è avvenuto, anche se il Tribunale ha significativamente rite-

---

[9] Ci si riferisce soprattutto all'impegno di non ampliare la discarica di Pietramelina e non localizzare nella zona ulteriori attività inquinanti.

[10] Oggi sostituito dall'art. 178, quarto comma del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. codice dell'ambiente, ma applicabile *ratione temporis*.

[11] Sulla nozione di atto politico si rinvia a Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 2 ss.; Cugurra, *Considerazioni sull'attuale sistema degli atti pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1972, 48 ss.; Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961.

nuto opportuno ammonire le P.A. resistenti a seguire in futuro una strada diversa, adottando nell'ambito regionale di adozione del Piano dei rifiuti ogni decisione di localizzazione e/o ampliamento delle discariche anche in deroga a quanto in precedenza stabilito.

Orbene, il percorso argomentativo seguito porta il Tribunale a concludere, anche sulla scorta di precedenti giurisprudenziali espressamente richiamati, nel senso che i protocolli d'intesa [12] si limitano a disegnare le linee portanti per il successivo esercizio del potere (e dunque per il sindacato giurisdizionale sullo stesso), ma non sono suscettibili di produrre diritti e obblighi azionabili [13].

Invero, da un'analisi della giurisprudenza in materia emerge che la casistica (escludendo le figure affini diffuse in ambito giuslavoristico) spazia dall'atto con cui un ente locale negozia con i soggetti privati interessati la normativa di secondo grado attinente il rilascio di titoli abilitativi edilizi [14], a convenzioni stipulate tra enti pubblici per la gestione in collaborazione di funzioni amministrative [15]. Ne consegue, pertanto, che la galassia dei c.d.

---

[12] Sul tema, Pizzuti, *Protocolli d'intesa fra enti locali*, in *Nuova rass.,* 2005, 56 ss.

[13] TAR Campania, sez. I, 18 novembre 2002, in *T.A.R.,* 2003, I, 383 ss. I passaggi argomentativi fondamentali coincidono con quelli della sentenza in commento: "… Deve dunque escludersi *ab initio*, il riferimento all'articolo 11 della legge sul procedimento n. 241 del 1990, posto che gli accordi ivi contemplati sono relativi a singoli provvedimenti. Nel caso in esame, invece, si ha a che fare, come si è veduto, con un'attività generale astratta, a valenza sostanzialmente normativa…(*omissis*)…il consenso si atteggia, dunque, come mera modalità procedimentale di partecipazione del privato alla formazione dell'atto amministrativo, ma non si sostituisce, quale modulo contrattuale, all'esercizio della potestà autoritativa. Ne consegue che non può ipotizzarsi, in un caso quale quello in esame, una pretesa creditoria tutelabile in capo ai gestori privati (destinatari dei futuri atti autorizzatori) in relazione a un preteso effetto obbligatorio bilaterale del protocollo d'intesa, posto che il consenso da essi prestato si riconnette ad un'attività propriamente normativa non negoziabile della P.A." È evidente che la fattispecie affrontata dal giudice campano concerne un atto di natura normativa, o perlomeno prodromico alla normazione di secondo grado, in quanto tale non esauribile in sede negoziale. Si trattava, infatti, di un protocollo d'intesa stipulato dal Comune di Napoli con gli imprenditori del settore per regolare – in carenza di una legge di settore – il rilascio delle autorizzazioni alle installazioni delle stazioni radio base che, in sede di "ratifica" era stato successivamente modificato in alcune parti con deliberazione del Consiglio comunale.

[14] Come nel caso citato alla nota che precede.

[15] Cass., sez. un., ord. 13 luglio 2006, n. 15893, in *Foro amm.,* 2006, 3010 ss. La fattispecie è quella di un'intesa stipulata tra alcuni Comuni della Lombardia per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti e la realizzazione di alcune opere accessorie è stata qualificata dal S.C. come *species* del genus degli accordi organizzativi descritto dall'art. 15 della legge n. 241/90 in quanto si tratta del ricorso ad un modulo convenzionale per l'esercizio di funzioni proprie degli enti stipulanti in vista del conseguimento di un risultato comune.

Protocolli di intesa, non essendo codificata nel diritto positivo e non potendo essere ricondotta ad un inequivoco denominatore comune costituisce un *fenomeno* piuttosto che un *istituto* giuridico e che, di volta in volta, sarà necessario, superato lo schermo del *nomen juris*, verificare se il contenitore del Protocollo di intesa sia stato utilizzato per l'esercizio di un'attività di indirizzo politico, per la produzione di atti prodromici alla normazione di secondo livello o per la gestione di funzioni amministrative comuni. Tale operazione logica appare necessaria al fine di evitare di ascrivere fattispecie accomunate solo da un'etichetta in un indistinta miscellanea di atti di *soft-law* di incerta definizione.

Ciò premesso, non appare implausibile una qualificazione diversa dell'esito interpretativo prospettato dal Tribunale, ipotizzando una suggestiva analogia delle intese in questione con le c.d. scelte di base [16], veri e propri provvedimenti impregnati di notevole coefficiente di discrezionalità amministrativa con cui si pongono i parametri di riferimento per la successiva cura concreta del pubblico interesse alla luce degli altri interessi già considerati.

La teorica delle c.d. scelte di base trova di certo il proprio terreno d'elezione nel diritto pubblico dell'economia e la sua più compiuta esemplificazione nella regolamentazione delle pubbliche sovvenzioni (art. 12 della l. n. 241/1990), ma è una costruzione di ampio respiro che denota la moderna tendenza della P.A. [17] alla formazione graduale e trasparente delle decisioni amministrative. Sulla possibilità di inquadrare le intese in discussione come "scelte di base", presupposto dell'adozione di una sequenza di atti gestori di competenza delle varie amministrazioni coinvolte, piuttosto che come atti amministrativi generali o atti normativi, va osservato che "*…pur non mancando atti di predeterminazione riconducibili al novero degli atti amministrativi generali, la loro maggior parte non assume i caratteri della generalità dal momento che non contempla una pluralità di destinatari, indeterminati o indeterminabili, ma si indirizza esclusivamente ad orientare l'azione futura dello stesso soggetto che li pone (o di altro soggetto ben determinato)…* [18] ". Manca anche il carattere dell'astrattezza perché i criteri e i parametri fissati con le scelte di base "*…introducono indicazioni concrete cioè poste, in tesi, in ordine ad un caso esistente (la emanazione di ulteriori determinati atti) e non ad un caso possibile. Manca, ancora, a queste deliberazioni quel carattere di relativa stabilità cui la Corte Costituzionale ha, in passate occasioni, riconosciuto carattere distintivo degli atti normativi.* [19]" Manca, infine, un comando

---

[16] Si fa riferimento alla nota teoria di Police, *La Predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, *passim*.

[17] O meglio *delle* P.A., considerato il policentrismo decisorio che caratterizza anche la materia ambientale.

[18] Police, *La Predeterminazione*, cit., 213 ss.

[19] Police, *op. loc. ult. cit.* Considerazioni sostanzialmente analoghe vengono proposte dall'autore a sostegno della differenziazione delle c.d. scelte di base dagli

giuridico imposto da un soggetto "legislatore" all'altro. La distinzione più netta, tuttavia, deriva dal fatto che gli atti normativi pongono un limite esterno alla discrezionalità amministrativa, mentre le scelte di base sono espressione della stessa discrezionalità, "…*forme di un suo anticipato esercizio o vincoli di coerenza interna all'esercizio futuro della residua scelta discrezionale*… [20]".

L'accoglimento della descritta impostazione determinerebbe, dunque, la possibilità di un sindacato giurisdizionale ulteriore rispetto a quello esterno fondato sull'eccesso di potere. Le scelte di base, infatti, pongono limiti *interni* ed *espliciti* all'esercizio del potere che la P.A. è tenuta a rispettare [21].

## 4. *Spunti per una ricostruzione alternativa*

Appare opportuno, alla luce delle argomentazioni del Tribunale sin qui esaminate, tentare una ricostruzione dell'istituto in commento alternativa a quella proposta nella sentenza.

Il Tribunale ha escluso *ab origine* l'ascrivibilità delle intese alla categoria degli accordi amministrativi e di programma previsti dalla legge n. 241/90 e dalla normativa speciale [22].

In particolare, dal carattere *normativo* della funzione gestoria di cui le stesse intese sono strumento discenderebbe l'inapplicabilità di tutte le norme del capo III della legge n. 241/90.

Richiamate in premessa le perplessità espresse nel paragrafo precedente su tale qualificazione, si osserva che, da una parte, l'appartenenza di un atto amministrativo alla categoria di atto "generale" [23] non esclude la partecipazione amministrativa, ma ne demanda l'attuazione a forme e modalità peculiari stabilite dalle normative di settore, come accade in materia di pianificazione urbanistica e anche nella materia ambientale oggetto della pronuncia. Dall'altra parte, in tesi, non sarebbe in ogni caso esclusa l'applicazione dell'art. 15 della legge n. 241/1990 che facoltizza le amministrazioni a concludere sempre accordi organizzativi per disciplinare in collaborazione attività di interesse comune.

---

atti di pianificazione e programmazione che costituiscono pur sempre un limite esterno alla discrezionalità poiché espressione di un potere esercitato su un piano diverso da quello attribuito per

[20] Police, *op. cit.*, 216 ss.

[21] Per questo Police, *op. cit.*, qualifica violazione di legge il vizio sussistente in caso di difformità dell'atto dalle decisioni c.d. parziali che lo precedono.

[22] Ci si riferisce ovviamente al già citato art. 4 del d.lgs. n. 22/1997, attualmente sostituito dall'art. 178 del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.

[23] In sentenza è ricordato che i paciscenti avevano stabilito che "…si intende per Protocollo d'intesa un accordo tra due o più soggetti istituzionali, tecnici, privati, sociali e collettivi, volto a stabilire obiettivi comuni e modalità di rapporti per praticarli". Tale definizione appare già di per sé lontanissima dal carattere di generalità astrattezza che contraddistingue la funzione normativa.

Invero, alcune considerazioni inducono a rilanciare la configurabilità delle intese stipulate come accordi di programma [24] (o contratti *ex* art. 4 del d.lgs. n. 22/1997) cui è applicabile la disciplina del codice civile "in quanto compatibile" [25].

In primo luogo, tale ricostruzione non è in alcun modo inficiata dalla partecipazione dei privati alle intese, consentita espressamente dalla norma speciale e ormai ammessa anche dalla dottrina in tema di accordi organizzativi [26]. Inoltre, non coglie nel segno l'osservazione secondo cui non sarebbe configurabile un accordo in assenza di obbligazioni poste a carico di una delle parti. Invero, non incontra obiezioni di principio ed è già piuttosto consolidato proprio nel settore dei c.d. accordi volontari ambientali, il ricorso allo schema del contratto con obbligazioni del solo proponente, previsto dall'art. 1333 c.c. [27].

In secondo luogo, la funzione svolta dalle intese in oggetto non appare limitabile, come affermato dal Tribunale, a garantire partecipazione, trasparenza e contenimento del conflitto sociale, bensì, piuttosto, è volta a dare ingresso e tenere in adeguata considerazione interessi individuali, collettivi e diffusi coinvolti nel momento in cui le amministrazioni devono

---

[24] Sugli accordi di programma esiste una sconfinata bibliografia; ci si limita a rinviare a AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni regionali*, Roma, 1988; Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, *passim*; Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, 543 ss.; Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003.

[25] Per effetto del combinato disposto degli artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990.

[26] In passato si riteneva che i privati non potessero partecipare alla stipula degli accordi di programma. Paradigmatica,al riguardo, è la posizione di Sticchi Damiani, *op. cit.*, 187 ss. Poi questa posizione è stata nei fatti superata grazie all'introduzione, con la legge 23 dicembre 1996, n. 662 dei patti territoriali e dei contratti d'area, figure appartenenti all'universo della programmazione negoziata sistematizzata da Contieri, *La programmazione negoziata, la consensualità per lo sviluppo, I principi*, Napoli 2000, *passim* e, in particolare 58 ss.

[27] Sull'argomento vedasi Caia, Lolli, *Gli strumenti volontari di gestione ambientale: certificazioni e accordi tra diritto amministrativo e diritto* privato, in *Ambiente e impresa* a cura di Aa.Vv., Rimini, 2004. "Si tratta in definitiva di forma di applicazione dei modelli di gestione dell'interesse pubblico…nei quali l'amministrazione non agisce autoritativamente, ma convenzionalmente, acquisendo il consenso degli amministrati…ovvero agisce valorizzando forme di autoregolamentazione, su base volontaria, dei soggetti privati (è il caso delle certificazioni ambientali). Lo schema dell'art. 1333 c.c. è usato negli accordi volontari in materia ambientale a parti invertite, nel senso che sono i privati ad assumere nei confronti delle P.A. obblighi di perfezionare determinati standards di tutela ambientale nelle attività produttive senza ricevere alcuna controprestazione, in maniera simile a quanto si verifica con gli atti d'obbligo previsti in materia urbanistica". Una interessante casistica di tali figure si può trovare in Amadei, Croci, Pesaro, *Nuovi strumenti di politica ambientale, Gli accordi volontari*, Milano, 1998.

fissare le linee essenziali della gestione dei rifiuti in un certo territorio; tutto ciò allo scopo di favorire il recupero e il riutilizzo di rifiuti, nonché il reimpiego delle materie prime, anche attraverso la conclusione di accordi in forma sperimentale, strumenti atipici che attestano la propensione del legislatore per la partecipazione dei privati alla funzione gestoria [28].

Orbene, appare proprio delinearsi la fattispecie dell'art. 4 del d.lgs. n. 22/1997 laddove prevedeva [29] che "*…le autorità competenti promuovono e stipulano accordi e contratti di programma con i soggetti economici interessati al fine di favorire il riutilizzo, il riciclaggio ed il recupero dei rifiuti, con particolare riferimento al reimpiego di materie prime e di prodotti ottenuti dalla raccolta differenziata con la possibilità di stabilire procedure semplificate ed il ricorso a strumenti economici*."

La fattispecie in esame appare, più in particolare, assimilabile alla galassia delle figure appartenenti alla c.d. programmazione negoziata [30] che un certo successo ha avuto nel recente passato nelle attività amministrative connesse allo sviluppo produttivo ed industriale, in sintonia con una generale tendenza alla moltiplicazione dell'utilizzo dei moduli consensuali [31].

---

[28] Il ricorso alla sperimentazione comporta l'utilizzazione di moduli atipici. La tipicità è un attributo caratteristico dei provvedimenti amministrativi, mentre l'atipicità è connotato peculiare dello strumento privatistico che è flessibile e si presta al perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli conseguibili tramite i provvedimenti.

[29] La versione attuale della norma in questione, nel testo dell'art. 178 del codice dell'ambiente risultante dalle modifiche apportate dal recentissimo d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 recita: "…Per conseguire le finalità e gli obiettivi della parte quarta del presente decreto, lo Stato, le regioni, le province autonome e gli enti locali esercitano i poteri e le funzioni di rispettiva competenza in materia di gestione dei rifiuti in conformità alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, adottando ogni opportuna azione ed avvalendosi, ove opportuno, mediante accordi, contratti di programma o protocolli d'intesa anche sperimentali, di soggetti pubblici o privati." Rispetto alla formulazione precedente non sembrano emergere differenze sostanziali, bensì un mero *restyling* formale ed un riferimento più esteso, attraverso l'impiego di una clausola "aperta", a forme di collaborazione con soggetti privati da coinvolgersi anche attraverso protocolli d'intesa sperimentali nella gestione dei rifiuti.

[30] Oltre ai fondamentali patti territoriali, contratti d'area e intese istituzionali, disciplinate dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, vanno menzionati, tra gli altri, gli accordi di programma quadro e i programmi di riqualificazione urbana (c.d. PRUSST). Per un'analisi approfondita di queste figure si rinvia a Gracili, Mele, *Gli accordi amministrativi e gli accordi di programmazione negoziata per lo sviluppo sostenibile del territorio*, Bergamo, 2000, *passim*.

[31] Si pensi all'urbanistica ma anche al peso sistematico del comma *1-bis* dell'art. 1 della legge n. 241/90 introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. Contieri, *La programmazione negoziata*, *op. cit.*, 18 ss., afferma che in un sistema amministrativo improntato alla pluralità dei centri decisionali ove è necessario un dialogo costante in funzione degli interessi delle comunità sottostanti l'accordo diviene la sede naturale del coordinamento.

L'espressione costituisce solo apparentemente un ossimoro: la funzione programmatoria *può* essere negoziata con la partecipazione dei soggetti privati ed è destinata a sfociare "*…nella composizione di un modulo consensuale dai connessi anche se discussi attributi della impegnatività e corrispettività*. [32]". Al riguardo, il disposto dell'art. 13 della legge n. 241/90, che mette in opposizione partecipazione e programmazione è superato non soltanto dalle norme speciali, ma anche dalla natura ancipite degli istituti che, per un verso, svolgono funzione di programmazione, ma, per altro verso, attuano programmazioni di livello superiore ed hanno dunque un carattere concreto ed operativo [33].

Gli strumenti di programmazione negoziata costituiscono, dunque, una *species* degli accordi di programma [34] e, come questi ultimi, si configurano come moduli contrattuali aventi ad oggetto l'ideazione e gli strumenti di attuazione di un progetto.

Sul piano del sindacato giurisdizionale ne consegue l'applicazione delle norme e – nonostante le resistenze dovute agli interessi che ne costituiscono l'oggetto – delle azioni [35] previste dal codice civile in materia contrattuale.

È agevolmente intuibile che l'accoglimento dell'impostazione così disegnata avrebbe l'effetto di consentire un sindacato giurisdizionale assai penetrante che nel caso di specie il Giudice Umbro non ha effettuato. Non si tratterebbe più, in effetti, del consueto ricorso alla tutela giurisdizionale demolitoria e al conseguente effetto conformativo, di intensità variabile a seconda di prospettare un sindacato esterno, come avvenuto nella sentenza in commento o un sindacato interno, come avverrebbe qualificando le intese come scelte di base nel senso precedentemente indicato, bensì, si avrebbe a disposizione una vera e propria azione civilistica di adempimento. Tale esito appare maggiormente rispettoso di un quadro normativo che ha previsto

---

[32] Contieri, *op. cit.*, 57 e ss.

[33] Contieri, *op. cit.*, 150 e ss. afferma espressamente che "*…gli accordi di programmazione negoziata vanno assimilati all'accordo di programma per la comune caratteristica di configurarsi come moduli contrattuali aventi ad oggetto l'ideazione e gli strumenti d'attuazione di un progetto*."

[34] Contieri, *op. cit.*, 139 ss. L'autore sottolinea che nelle figure appartenenti alla programmazione negoziata l'accordo non è mai una mera alternativa procedimentale come accade negli accordi integrativi o sostitutivi conclusi ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990, bensì è necessario in quanto "*…la collaborazione del privato non è finalizzata alla sola rappresentazione del proprio interesse al fine di una più completa ed adeguata concretizzazione dell'interesse pubblico, ma è una indispensabile componente strutturale della fattispecie, in quanto necessaria alla conclusione di un atto contrattuale, che costituisce l'unico strumento idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico stesso*."

[35] Azioni di adempimento, di risoluzione e di risarcimento dei danni, particolarmente problematica. Resistenze testimoniate dal ricorso strumenti deflattivi del contenzioso previsti dall'art. 27 della legge 142/1990 (oggi art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, T.U.E.L.)

e favorito la partecipazione dei privati all'adozione di importanti decisioni amministrative nella gestione ambientale, che si pongono tra la necessità di programmare, ma che nel contempo attuano una programmazione di livello superiore (stabilita in sede di adozione del Piano regionale dei rifiuti). Diversamente opinando, la stipula delle intese sarebbe sostanzialmente svuotata di significato e proprio il caso che ci occupa dimostra il rischio di trovarsi a che fare con P.A. pronte a legittimare ogni propria anche grave inadempienza con ragioni di emergenza che spesso la loro medesima inerzia ha creato.

È senza dubbio difficile individuare gli anticorpi sociali e giuridici delle tante sindromi *nimby*[36] del nostro tempo e ciò non soltanto per la complessità dei problemi, ma soprattutto per la delicata opera di costruzione di un'etica della responsabilità collettiva. Anche a questo scopo, tuttavia, sarebbe legittimo e utile attendersi dalle Pubbliche Amministrazioni il rispetto degli impegni presi.

MARCO MEDORO

---

[36] Acronimo inglese che sta per "*Not in my back yard*", non nel mio cortile, coniato per indicare la tendenza delle popolazioni ad opporre resistenza alla realizzazione di opere pubbliche che si teme possano danneggiare i territori sui quali verranno edificate e le aree limitrofe.

T.A.R. UMBRIA – 5 giugno 2007, n. 501 – *Pres*. LIGNANI – *Est*. UNGARI "Consorzio XY" (Avv.ti Melchiorre e Vaccari) c. Comune di Spoleto (Avv. Rampini)

**Contratti della p.a. – Appalto di servizi pubblici – Asili nido comunali – Servizi ausiliari ed educativi – Bando di gara riservato alle cooperative sociali – Possibilità di precludere la partecipazione alla gara a cooperative iscritte solo in una sezione dell'albo regionale delle cooperative sociali – Esclusione (l. 8 novembre 1991, n. 381; l.r. 17 febbraio 2005, n. 9; art. 52, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).**

**Contratti della p.a. – Appalto di servizi pubblici – Criterio di aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – Chiarimenti riguardo all'offerta ritenuta anomala – Fattispecie – Riformulazione dell'offerta – Prova di resistenza – Applicabilità – Illegittimità – Esclusione.**

*Il bando gara per l'affidamento di servizi generali presso gli asili nido comunali che sia esclusivamente rivolto alle cooperative sociali è*

*da ritenersi legittimo; in tale contesto, tuttavia, non sarebbe legittimo che il bando escluda dalla partecipazione alla gara cooperative iscritta solo all'una o all'altra delle sezioni dell'albo regionale per le cooperative sociali* (1).

*Nel caso di offerta che sia ritenuta anomale, la rimodulazione di singole voci deve rispondere alla necessità di aggiornamento degli elementi originari al fine di sincronizzarne la valutazione con il momento dell'analisi delle giustificazioni definitive. È possibile, quindi, effettuare una prova di resistenza per verificare se, senza le integrazioni ritenute illegittime, l'offerta medesima avrebbe conseguito, oppure no, un punteggio tale da ottenere l'aggiudicazione* (2).

(*Omissis*). 1. Il Comune di Spoleto, con determinazione dirigenziale n. 1211 in data 5 agosto 2005, ha bandito un pubblico incanto per l'affidamento di "servizi generali presso gli asili nido comunali" dal 1 gennaio 2006 al 31 luglio 2007.

Il servizio consiste (articolo 1) nella "pulizia ordinaria giornaliera e pulizia periodica a fondo" dei tre asili nido; nella "collaborazione con le educatrici per assistenza alle attività di cura dei bambini e allo svolgimento delle attività ludico-educative, ivi comprese feste, gite, riunioni di sezione, assemblee dei genitori"; nell'"assistenza in cucina per la predisposizione dei pasti e per la pulizia della cucina e dei locali annessi"; nella "preparazione degli spazi mensa e sonno"; nella "sostituzione del personale comunale di cucina e assistenza in caso di loro assenza"; nelle "pulizie straordinarie".

L'aggiudicazione è avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera b), del d.lgs. 157/1995, sulla base di tre elementi: "capacità gestionale" (fino a 50 punti, distinti tra cinque sotto-elementi); "capacità tecnica ed economica dell'impresa" (fino a 30 punti, distinti tra quattro sotto-elementi); "offerta economica" (fino a 20 punti, distinti tra tre sotto-elementi).

Va sottolineato che, tra i sotto-elementi della "capacità gestionale", erano previsti "l'organizzazione del servizio, le modalità di esecuzione delle prestazioni …" (fino a 22 punti) ed i "servizi/modalità integrativi, aggiuntivi e innovativi relativi all'oggetto dell'appalto" (fino a 10 punti).

Sono pervenute e sono state ritenute ammissibili due offerte, quella della cooperativa C. e quella del Consorzio XY.

Con nota prot. 44878 in data 27 ottobre 2005, la Commissione ha chiesto chiarimenti alla Cooperativa C. in ordine a diversi aspetti dell'offerta nella parte concernente il predetto sotto elemento "servizi/modalità integrativi, aggiuntivi e innovativi relativi all'oggetto dell'appalto", ottenendo riscontro con la nota prot. 2563 in data 28 ottobre 2005.

Nel verbale in data 28 ottobre 2005 è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria alla soc. coop. C., la quale ha riportato un punteggio di 87,924 (47 + 21 + 19,924), mentre il Consorzio XY, ricorrente, ha ottenuto 78,812 punti (39 + 21 + 18,812).

Con determinazione dirigenziale n. 1781 in data 22 novembre 2005 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla soc. coop. C.

2. Il Consorzio secondo classificato impugna gli atti della gara, deducendo, in relazione a vizi di erronea valutazione delle offerte per erroneità, violazione della *par condicio* tra i concorrenti ed ingiustizia manifesta, censure così sintetizzabili:

- poiché oggetto dell'appalto è lo svolgimento di servizi ausiliari e non di servizi educativi, come viene specificato nell'articolo 7 del capitolato speciale, per partecipare era necessaria, ai sensi dell'articolo 2 della l.r. 9/2005, l'iscrizione alla sezione B dell'albo regionale delle cooperative sociali, "nella quale sono iscritte le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi, finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate", oppure alla sezione C, che riguarda i consorzi (come il Consorzio ricorrente, avente al proprio interno cooperative iscritte alla sezione B). La cooperativa aggiudicataria è invece iscritta nella sezione A, "nella quale sono iscritte le cooperative che gestiscono servizi sociali, sanitari ed educativi", e pertanto avrebbe dovuto essere esclusa.

- con la nota prot. 44878 in data 27 ottobre 2005 è stata consentita alla controinteressata, non una mera integrazione documentale, bensì una vera e propria riformulazione dell'offerta, senza la quale, non essendo stato dimostrato il possesso del requisito relativo ai "servizi/modalità integrativi, aggiuntivi e innovativi", per tale parametro l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto ottenere zero punti (anziché i 10 attribuiti dalla commissione in base alla documentazione fornita successivamente).

- dal fatto che la controinteressata non può svolgere servizi di competenza delle cooperative iscritte nella sezione B, discende altresì l'illegittimità dell'attribuzione di punteggi per tutti i sotto-elementi dell'elemento "capacità tecnica ed economica" (vale a dire: "esperienze in servizi analoghi", "curricula e formazione del personale" "volume complessivo di affari (…) per servizi analoghi per conto di PP.AA." e "fatturato globale"), posto che se sono stati assegnati servizi analoghi a quello in questione ciò è avvenuto in modo illegittimo e non può essere oggetto successivamente di positivo apprezzamento.

- per la relazione concernente il sotto-elemento "l'organizzazione del servizio, le modalità di esecuzione delle prestazioni …", la differenza tra il punteggio attribuito all'aggiudicataria (20 punti) e quello attribuito al ricorrente (17 punti) è stata motivata con riferimento all'aspetto edu-

cativo della relazione presentata (posto che per l'aggiudicataria viene sottolineato "Buona descrizione delle modalità di supporto educativo/didattico", mentre per il ricorrente "Sufficiente il richiamo alla funzione di supporto educativo didattico, che resta però poco esplicitata"), aspetto che, come esposto, è estraneo all'oggetto dell'appalto.

Oltre all'annullamento dell'aggiudicazione, viene chiesto il risarcimento del danno conseguente.

3. Si sono costituiti in giudizio ed hanno controdedotto puntualmente il Comune di Spoleto e la cooperativa aggiudicataria.

4. Vanno anzitutto disattese le eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti resistenti.

Non può ritenersi che il ricorso, essendo mancata l'impugnazione del provvedimento definitivo, sia divenuto improcedibile per difetto di interesse oppure inammissibile *ab origine*.

Il ricorrente, infatti, non si è limitato ad impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ma ha invece univocamente impugnato anche l'aggiudicazione definitiva, già disposta al momento della notificazione del ricorso, ancorché, non conoscendoli, non abbia indicato gli estremi del provvedimento lesivo.

Non sussisteva, peraltro, alcun onere di integrare l'impugnazione con detta indicazione, essendo quella originaria del tutto sufficiente a delimitare l'oggetto del giudizio.

Né sussisteva, a pena di inammissibilità del ricorso, l'onere di impugnare il bando.

Infatti, l'impugnazione è volta a censurare il modo in cui è stato applicato il bando, non invece i contenuti del bando. Le prospettazioni delle parti differiscono sotto il profilo della individuazione dei contenuti del servizio appaltato, alla luce della formulazione del bando, mentre le censure dedotte non riguardano mai detta formulazione.

5. Nel merito, peraltro, il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

5.1. La legge-quadro 381/1999 definisce unitariamente le cooperative sociali come quei soggetti che "*hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a ) la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi; b ) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate*" (articolo 1, comma 1).

La predetta ripartizione per tipologia corrisponde alle sezioni A e B – cooperative, dell'Albo regionale disciplinato dalla l.r. 9/2002, ed attuato con d.G.R. n. 1797 in data 25 ottobre 2005, nel quale la controinteressata risulta inserita nella sezione A (ed il consorzio ricorrente nella sezione C -consorzi).

Detta ripartizione delle attività sembra comportare, oltre all'applicazione delle "*norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano*" (comma 2), soprattutto l'accesso ai benefici - riservato alle cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), cioè che impiegano persone svantaggiate - previsti dagli articoli 4 (azzeramento o riduzione delle aliquote complessive della contribuzione per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale dovute dalle cooperative sociali, relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone svantaggiate) e 5 (possibilità di stipulare convenzioni anche in deroga alla disciplina in materia di contratti con la p.a. per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria).

Non è invece rinvenibile alcuna previsione che vincoli all'iscrizione in una sezione la partecipazione ai pubblici appalti per lo svolgimento delle attività corrispondenti.

5.2. Occorre stabilire se tale limitazione possa desumersi dal complesso della normativa.

Secondo la circolare del Ministero del Lavoro n. 116 in data 9 ottobre 1992, dalla legge 381/1999 si può evincere che ciascuna cooperativa sociale può operare nell'uno o nell'altro campo, ma non in entrambi.

La circolare n. 153 in data 8 novembre 1996 ha però abrogato la precedente, affermando la possibilità che le cooperative sociali siano iscritte in entrambe le sezioni, qualora "*le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale siano tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali*" e purché "*l'organizzazione amministrativa delle cooperative sociali consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate ai fini della corretta applicazione delle agevolazioni concesse dalla vigente normativa*".

La preoccupazione di classificare le cooperative sociali nell'una o nell'altra sezione, è dunque ispirata dall'esigenza di evitare che beneficino delle agevolazioni previste per l'attività di inserimento di persone svantaggiate, anche cooperative sociali rivolte a fini diversi.

Ma tale esigenza non può condurre anche a desumere un vincolo ai fini dell'affidamento di appalti/servizi pubblici.

5.3. Nel caso in esame detta esigenza non si poneva, essendo pacifico che la cooperativa aggiudicataria non rientra nella categoria di quelle avente come scopo l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, o comunque non ha partecipato sotto tale veste alla gara e non ha strutturato la propria offerta presupponendo l'accesso alle agevolazioni riservate alle cooperative appartenenti a detta categoria.

Diversa, ancorché collegata questione, è quella relativa alla corrispondenza tra l'oggetto sociale statutario della cooperativa sociale e l'attività che la cooperativa si candida a svolgere.

Tuttavia, tale aspetto (ancorché affrontato nelle memorie) non è stato sollevato dalle censure dedotte con il ricorso, e pertanto non può rilevare ai fini della decisione.

5.4. In ogni caso, non è condivisibile l'assunto secondo il quale le prestazioni appaltate sono esclusivamente servizi ausiliari, ai quali sarebbe estranea ogni valenza socio-educativa.

Come sopra precisato, dalla lettura dell'articolo 1 del bando e dell'articolo 7 del capitolato speciale di appalto da esso richiamato, risulta che c'è una componente di servizi ausiliari, consistenti nella pulizia dei locali e nel supporto nella predisposizione dei pasti (eventualmente comportanti anche la sostituzione dei dipendenti comunali con funzioni di capocuoco, negli asili "Girotondo" e "Carillon", e di assistente – bidello – nell'asilo "Il Bruco").

Ma c'è anche una componente di carattere educativo, consistente nella collaborazione con le educatrici per l'assistenza alle attività di cura dei bambini ed allo svolgimento delle attività didattico-educative.

Il fatto che queste ultime attività vengano "sempre effettuate a fianco delle educatrici titolari" non toglie che esse "rivestono anche carattere educativo" (articolo 7, punto 2, del capitolato speciale).

La natura mista delle attività da svolgere risulta anche dalla nota prot. 39421 in data 13 ottobre 2005, con cui tale aspetto è stato chiarito al consorzio ricorrente.

Dal punto di vista tipologico, è poi la l.r. 30/2005, che configura il "Sistema integrato dei servizi socio-educativi per la prima infanzia" prevedendo, tra l'altro, che, accanto agli educatori professionali con funzioni educative ed agli educatori animatori con funzioni ludico-ricreative, "*Il personale addetto ai servizi generali svolge funzioni di preparazione del cibo, di pulizia e riordino degli ambienti e dei materiali e collabora con il personale educativo alla manutenzione e preparazione dei materiali didattici e al buon funzionamento dell'attività del servizio. Tutti gli adulti presenti in un servizio per l'infanzia svolgono una funzione educativa nei confronti delle bambine e dei bambini nel rispetto delle diverse competenze*".

È vero che la legge è sopravvenuta all'adozione del provvedimento impugnato, tuttavia assume rilevanza in quanto conferma la legittimità e la corrispondenza della configurazione data dal bando all'attività da svolgere.

5.5. Da quanto esposto, discende che non è possibile individuare una preclusione alla partecipazione della controinteressata alla gara, per il fatto di essere iscritta alla sezione A) (e non anche alla sezione B) dell'albo regionale delle cooperative sociali.

Stante la natura mista delle attività da svolgere, ipotizzando quella rigida corrispondenza tra iscrizione nelle sezioni A) e B) e partecipazione

agli appalti, si dovrebbe arrivare alla conclusione che fosse addirittura necessaria la doppia iscrizione; requisito che nemmeno il consorzio ricorrente (il quale si limita ad affermare di riunire cooperative aventi i requisiti per l'iscrizione alla sezione B) ha dimostrato di possedere.

La mancanza di una simile preclusione, inoltre, fa sì che non vi siano ragioni per impedire l'attribuzione di punteggio alla controinteressata, in relazione alle esperienze lavorative pregresse, per quanto attiene ai sotto-elementi dell'elemento "capacità tecnica ed economica".

Dalla natura mista, e dalla presenza della componente socio-educativa, discende anche la pertinenza all'oggetto della valutazione effettuata dalla commissione per il sotto-elemento "l'organizzazione del servizio, le modalità di esecuzione delle prestazioni …", valutazione che ha contribuito a far sì che l'offerta della controinteressata ottenesse un maggior punteggio.

Vengono perciò meno anche altri due degli ordini di censure prospettati.

5.6. Resta da esaminare la censura concernente l'attribuzione di punteggio alla controinteressata per il sotto-elemento "servizi/modalità integrativi, aggiuntivi e innovativi".

Sembra di poter condividere l'assunto del ricorrente, secondo cui, con la nota prot. 44878 in data 27 ottobre 2005, è stata consentita alla controinteressata, non una mera integrazione documentale, bensì una vera e propria riformulazione dell'offerta.

Gli elementi richiesti, e poi forniti dalla controinteressata e positivamente valutati dalla commissione, investono infatti gli aspetti quantitativi e qualitativi che caratterizzano i servizi integrativi offerti; senza i "chiarimenti", l'offerta non sarebbe stata completa ed apprezzabile, come esplicitato nella stessa nota prot. 44878, nella quale si legge che "*in mancanza la Commissione riterrà i punti di cui sopra "non valutabili"*.

Ciò certamente vizia la valutazione e mette in discussione l'attribuzione di 10 punti (il massimo disponibile per il parametro) all'offerta della controinteressata.

Tuttavia, il Collegio osserva che i chiarimenti hanno riguardato i punti 2, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 e 13; mentre invece, per i punti 1, 3, 4 e 9, l'offerta è stata ritenuta valutabili nella sua consistenza originaria, e non sono stati forniti chiarimenti/integrazioni. E' quindi possibile operare una sorta di prova di resistenza per verificare se, senza le integrazioni, illegittime, l'offerta della controinteressata avrebbe comunque conseguito un punteggio tale da renderla aggiudicataria, oppure no. Occorre considerare che l'offerta della controinteressata appare molto ricca sotto tale aspetto: al punto 1 è previsto il ripristino del normale orario di apertura del mese di luglio (con spostamento dell'orario di chiusura dalle 14,15 alle 15,30); al punto 3, l'attivazione di un servizio di collegamento

visivo con il nido accessibile alle famiglie dei bambini (progetto webcam); al punto 4 la fornitura di giochi e suppellettili per un valore di 3.000.00 Euro (meno rilevante appare la presenza, sottolineata al punto 9, di operatori esperti per bambini portatori di handicap, in quanto aspetto certamente molto importante, ma apprezzabile sotto parametri diversi da quello in esame). Ebbene, l'insieme dei contenuti apprezzabili sulla base dell'offerta originaria ritualmente presentata nei termini, conduce a ritenere che l'offerta della controinteressata, per il sotto-elemento in questione, non avrebbe potuto conseguire meno di 1 punto (quindi, non avrebbe potuto subire un decremento superiore ai 9 punti).

Poiché la differenza tra i punteggi è stata di punti (87,924 - 78,812 =) 9,112 , può ragionevolmente ritenersi che l'aggiudicataria non sarebbe mutata.

## (1-2) Affidamento dei Servizi per l'infanzia ausiliari ed educativi - Requisiti di partecipazione alle relative procedure di gara

SOMMARIO: **1.** *Premessa.* **2.** *Società cooperative sociali: natura e campo di applicazione delle disposizioni statali e regionali.* **3.** *Offerta anomala e prova di resistenza.*

### *1. Premessa*

I Giudici del Tar Umbria sono stati chiamati a pronunciarsi sulle tematiche legate all'affidamento di servizi generali presso gli asili nido comunali, aventi natura sia di servizi ausiliari che di servizi educativi, a soggetti "specificamente individuati" quali le cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381 ed alla l. r. 17 febbraio 2005, n. 9. I punti salienti della decisione riguardano, oltre la natura dei servizi affidati, l'individuazione e la specificazione dei requisiti di partecipazione dei soggetti partecipanti alla procedura di affidamento aperta, la cui aggiudicazione è avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Proprio con riguardo ai requisiti di partecipazione merita approfondimento la questione della legittimità del bando di gara che sia destinato esclusivamente ad una determinata tipologia di "offerenti" (operatori economici), vale a dire a società cooperative aventi la natura di *Società cooperative sociali* [1] *ex*

---

[1] Il Consiglio di Stato, sez. V, 14 febbraio 2003, n. 794 (in *www.giustizia-amministrativa.it*) ha riconosciuto la legittimità della gara di affidamento del servizio di assistenza e assistenza infermieristica da effettuarsi presso una casa di riposo comunale e di assistenza domiciliare per i cittadini del comune stesso esclusivamente rivolta alle cooperative sociali, in quanto l'art. 5, l. 8 novembre 1991, n. 381,

l. n. 381/1991 [2] e l.r. n. 9/2005, anche alla luce della recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea dello scorso 29 novembre 2007 (causa C-119/06) [3].

*2. Società cooperative sociali – natura e campo di applicazione delle disposizioni statali e regionali*

Il Comune di Spoleto ha bandito una gara per l'affidamento dei servizi generali presso gli asili nido comunali, ovvero per i servizi che vanno dalla pulizia ordinaria giornaliera e periodica a fondo, fino allo svolgimento delle attività di cura dei bambini e di attività ludico-educative [4].

Alla selezione potevano partecipare soltanto le cooperative sociali disciplinate dalla l. n. 381/1991, cioè quei soggetti che "hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi [art. 1, comma 1, lett. *a)*], o lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate" [art. 1, comma 1, lett. *b*)] [5]. La predetta ripartizione per tipologia corrisponde alle sezioni A e B

---

modificato dall'art. 20, l. 6 febbraio 1996, n. 52, prevede tale possibile *favor* solo per le gare al di sotto della soglia comunitaria.

[2] Le cooperative sociali sono una speciale categoria di cooperative, caratterizzata dal fatto di "perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (tipo A); b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (tipo B)". Questa è la definizione che dà l'art. 1, l. 8 novembre 1991, n. 381, la quale disciplina le cooperative sociali e alla quale occorre fare riferimento per conoscere gli specifici obblighi e divieti (art. 3) cui queste cooperative sono sottoposte e che ne giustificano il particolare regime tributario (art. 7). La stessa legge disciplina la figura del socio volontario (art. 2) e del socio svantaggiato (art. 4) e prevede convenzioni (art. 5) stipulabili tra enti pubblici e cooperative sociali di tipo B. Le cooperative sociali che rispettino la normativa della Legge n. 381/1991 sono ONLUS (organizzazione non lucrativa di utilità sociale) di diritto. Sono inoltre sempre considerate *ope legis* cooperative a mutualità prevalente. In generale, sulla tematica, v. COTRONEI, *Cooperative sociali*, Roma, 2005.

[3] In *www.giustamm.it*, n. 12/2007.

[4] La procedura di pubblico incanto per l'affidamento di *servizi generali presso gli asili nido comunali* bandita dal Comune di Spoleto ha avuto ad oggetto una pluralità di servizi quali: a) la pulizia ordinaria giornaliera e pulizia periodica a fondo dei tre asili nido; b) la collaborazione con le educatrici per assistenza alle attività di cura dei bambini e allo svolgimento delle attività ludico-educative, ivi comprese feste, gite, riunioni di sezione, assemblee dei genitori; c) l'assistenza in cucina per la predisposizione dei pasti e per la pulizia della cucina e dei locali annessi; d) la preparazione degli spazi mensa e sonno; e) la sostituzione del personale comunale di cucina e assistenza in caso di loro assenza; f) le pulizie straordinarie.

[5] Le cooperative sociali, ai sensi della richiamata legge 8 novembre 1991, n.

– cooperative, dell'Albo regionale istituito e disciplinato dalla l.r. n. 9/2005, ed attuato con d.g.r. n. 1797 in data 25 ottobre 2005, nel quale la controinteressata (società cooperativa aggiudicataria) risulta inserita nella sezione A ed il Consorzio (ricorrente) risulta inserito nella sezione C (consorzi costituiti come società cooperative aventi la base sociale formata in misura non inferiore al settanta per cento da cooperative sociali – art. 8, comma 1, l. n. 381/1991). La preoccupazione di classificare le cooperative sociali nell'una o nell'altra sezione, è dunque ispirata dall'esigenza di evitare che possano beneficiare delle agevolazioni previste per l'attività di inserimento di persone svantaggiate, anche cooperative sociali rivolte a fini diversi. Tale esigenza non può condurre tuttavia anche a desumere un vincolo ai fini dell'affidamento di appalti di servizi pubblici [6].

---

381, svolgono servizi socio-sanitari ed attività diverse, e perseguono gli interessi generali della promozione umana, dell'integrazione sociale, attraverso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Per tali finalità esse hanno la facoltà sia di stipulare convenzioni con le amministrazioni pubbliche sotto la soglia comunitaria (cfr. art. 5, commi 1 e 4, l. n. 381/1991, nel testo novellato dall'art. 20, l. n. 52/1996), sia di partecipare a gare di appalto loro riservate ai sensi dell'art. 19, dir. 2004/18 ed oggi recepito dall'art. 52, d. lgs. n. 163/2006. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1559, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[6] Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale in ordine all'enucleazione di una nozione esaustiva di servizio pubblico, nonostante le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel corso del tempo, è sempre aperto. Il concetto di servizio pubblico maggiormente accettato è riconducibile all'esercizio pubblico di un'attività economica avente carattere imprenditoriale e caratterizzata da un'offerta indifferenziata al pubblico al fine di soddisfare interessi generali e fini sociali. Le difficoltà cui inevitabilmente si va incontro, laddove si cerchi una nozione sufficientemente circostanziata di servizio pubblico, nascono anche dal fatto che il legislatore ha utilizzato tale espressione in uno svariato numero di disposizioni legislative senza offrire alcuna definizione dell'istituto. Dall'analisi delle disposizioni legislative che, nei vari campi del diritto, trattano o fanno riferimento al servizio pubblico, l'unico dato certo ricavabile è che in nessuna di esse viene esplicitato quali attività possano essere ricondotte a tale nozione, ma soltanto offerti indizi sulla base dei quali si può tentare di definire l'istituto. Tra i riferimenti normativi più risalenti in ordine di tempo, è opportuno ricordare il disposto di cui all'art. 1, della normativa sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province (cfr. r.d. del 15 ottobre 1925, n. 2578), nel quale venivano elencati i servizi pubblici ritenuti più aderenti alle necessità della popolazione. Da tali norme emergeva l'idea del servizio pubblico come attività esercitata direttamente dal soggetto pubblico in virtù di uno specifico atto di 'assunzione' secondo le modalità indicate dalla legge. L'art. 112, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, invece, definisce servizi pubblici quelli che hanno per oggetto la produzione dei beni ed attività rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. Da tale norma si evince che la natura pubblica del servizio viene individuata sia in chiave contenutistica, attraverso la produzione di beni e lo svolgimento di attività in favore della collettività, sia in chiave teleologica, attraverso la realizzazione di fini sociali ed il conseguimento dello sviluppo economico e civile della comunità. Il servizio pubblico non è, però, una

Non è condivisibile l'assunto secondo il quale le prestazioni appaltate sono esclusivamente servizi ausiliari, ai quali sarebbe estranea ogni valenza socio-educativa e che richiedono pertanto specifica iscrizione nella sezione B. Se è vera la presenza di una componente di servizi ausiliari, consistenti nella pulizia dei locali e nel supporto nella predisposizione dei pasti, non si può escludere la contemporanea presenza di una componente di carattere educativo, consistente nella collaborazione con le educatrici per l'assistenza alle attività di cura dei bambini ed allo svolgimento delle attività didattico-educative. Il fatto che queste ultime attività vengano "sempre effettuate a fianco delle educatrici titolari" non toglie che esse "rivestono anche carattere educativo". Ciò trova conferma non solo nelle circolari del Ministero del Lavoro n. 116 in data 9 ottobre 1992 e n. 153 in data 8 novembre 1996 [7], in base alle quali non si può più sostenere che la l. n. 381/1999 escluda che ciascuna cooperativa sociale possa operare in entrambi i campi di cui alle lettere A e B, mentre è anche riconosciuta la possibilità che le cooperative sociali siano iscritte in entrambe le sezioni, qualora "le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale siano tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento

---

pubblica funzione; ad esso può essere autorizzato anche un imprenditore privato, senza che ciò comporti una spoliazione di funzioni pubbliche dell'amministrazione. Parlando di servizi pubblici, merita soffermarsi sulla distinzione tra le due diverse concezioni: la concezione soggettiva e la condizione oggettiva di servizio pubblico. Nella prima è 'pubblico' il servizio assunto da un soggetto qualificabile come ente pubblico, ovviamente per la rispondenza a esigenze della collettività; nella seconda, in ragione della rilevanza oggettiva, la natura e il regime del servizio pubblico emergono dall'interesse dell'attività indipendentemente dal soggetto che la espleta o al quale l'attività stessa è istituzionalmente collegata. Alla base di questa ultima interpretazione si pone il rilievo che, al pari delle funzioni pubbliche, anche le attività non autoritative di oggettivo rilievo collettivo, possono essere esercitate, oltre che dalla p.a., anche da altri soggetti privati, operanti nella loro autonomia, attraverso la predisposizione di un'organizzazione economico-imprenditoriale. Nell'evidente impossibilità di effettuare, qui, una ricognizione esaustiva della vastissima produzione scientifica in materia di servizi pubblici, si rinvia a NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di CASSESE, VI, Milano, 2006, 5517 ss. ed a PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, *ivi,* 5527 ss.

[7] La circolare n. 153/1996 del Ministero del Lavoro detta le condizioni per l'ammissibilità delle cooperative sociali a scopo plurimo. Si tratta cioè di quelle cooperative che perseguono entrambi gli scopi statutari enunciati dall'articolo 1, l. n. 381/1991 ovvero la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi; lo svolgimento di attività diverse (agricole, industriali, commerciali o di servizi) finalizzate all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Il ministero, constatata la presenza di molteplici cooperative aventi a oggetto non uno solo dei due punti indicati, ma entrambi, stabilisce due condizioni di fondo per la registrazione di tali società nell'apposito registro prefettizio. Innanzitutto le tipologie di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale devono essere tali da postu-

delle finalità attribuite alle cooperative sociali" e purché "l'organizzazione amministrativa delle cooperative sociali consenta la netta separazione delle gestioni relative alle attività esercitate ai fini della corretta applicazione delle agevolazioni concesse dalla vigente normativa".

Del resto lo stesso legislatore regionale è intervenuto con la l. r. n. 30/2005, che configura il "Sistema integrato dei servizi socio-educativi per la prima infanzia", prevedendo, tra l'altro, che, accanto agli educatori professionali con funzioni educative ed agli educatori animatori con funzioni ludico-ricreative, "il personale addetto ai servizi generali svolge funzioni di preparazione del cibo, di pulizia e riordino degli ambienti e dei materiali e collabora con il personale educativo alla manutenzione e preparazione dei materiali didattici e al buon funzionamento dell'attività del servizio" e che "*tutti gli adulti presenti in un servizio per l'infanzia svolgono una funzione educativa nei confronti delle bambine e dei bambini nel rispetto delle diverse competenze*". La richiamata l. r. n. 30/2005 non fa altro che confermare, quindi, la legittimità e la corrispondenza della configurazione data dal bando all'attività da svolgere. Non è possibile quindi individuare una preclusione alla partecipazione della controinteressata alla gara, per il fatto di essere iscritta alla sezione A) (e non anche alla sezione B) dell'albo regionale delle cooperative sociali [8].

Altro aspetto riguarda la legittimità di un bando di gara destinato esclusivamente a società cooperative aventi la natura di *Società cooperative sociali, ex* l. n. 381/1991 e l. r. n. 9/2005, anche alla luce della recente

---

lare interventi coordinati per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali. In secondo luogo, occorre che l'organizzazione amministrativa di tali enti consenta la netta separazione delle attività esercitate, per una corretta applicazione delle agevolazioni concesse per i singoli rami di intervento.

La circolare ministeriale muove i propri passi dalla constatazione che nei primi anni di applicazione della normativa si è avuto modo di rilevare come la tendenza manifestata dalle cooperative sociali fosse quella di formulare progetti finalizzati a raggiungere la promozione umana e l'integrazione sociale mediante lo svolgimento coordinato di attività di cui ai punti a) e b) dell'art. 1, l. n. 381/1991. Le ulteriori motivazioni che hanno indotto il Ministero del Lavoro a ritenere superata la preclusione alla costituzione di cooperative sociali ad oggetto plurimo di cui al punto 1 della circolare ministeriale n. 116/1992 possono essere individuate: nella necessità che molte aree di bisogno e di svantaggio hanno di individuare interventi funzionalmente collegati; nella eliminazione dello *status* di soggetto privilegiato di tali cooperative nelle forniture e negli appalti determinatosi a seguito della emanazione del nuovo testo dell'art. 5, l. n. 381/1991, così come modificato dall'art. 20, l. 6 febbraio 1996, n. 52; nella ammissibilità della fiscalizzazione degli oneri sociali solamente in diretta connessione con la qualificazione delle persone impiegate nell'attività quali soggetti svantaggiati.

[8] Sul tema cfr. Guccione, *I consorzi di cooperative: la dimostrazione dei requisiti in materia di appalti di pubblici servizi*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 801 ss.

pronuncia della Corte di Giustizia Europea dello scorso 29 novembre 2007 (causa C-119/06), la quale ha stabilito che le associazioni di volontariato sono imprese ai sensi della normativa sugli appalti pubblici e devono essere poste in concorrenza con gli altri operatori presenti sul mercato, a nulla rilevando l'assenza di fine di lucro. La Corte ha rilevato infatti che l'assenza di fini di lucro e la presenza di finalità di solidarietà sociale [9] non esclude che tali associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza. Ne deriva pertanto che le associazioni interessate possano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori. Si tratta di un principio codificato nel d. lgs. n. 163/2006; più in particolare, l'art. 3, comma 19, definisce prestatore di servizi "… una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica … che offra sul mercato, rispettivamente, … la prestazione di servizi".

Del resto, in base all'orientamento comunitario, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, consistente nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato contro un corrispettivo, assume i rischi dell'imprenditore e quindi rientra nella nozione di impresa. Lo stesso art. 34, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 163/2006 individua, tra i soggetti che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le società cooperative, e all'art. 52, comma 1, è però espressamente previsto che "fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a lavoratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione".

Le richiamate disposizioni del Codice dei contratti pubblici rinviano all'art. 2511, c.c. ovvero alla disciplina dettata per le società a capitale va-

---

[9] La sigla ONLUS (organizzazione non lucrativa di utilità sociale) indica una categoria tributaria che gli artt. 10 e ss., d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, prevedono possa essere assunta da associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative e altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica, i cui statuti o atti costitutivi, redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata, prevedono espressamente una serie di requisiti. Tale qualifica attribuisce la possibilità di godere di agevolazioni fiscali. I soggetti espressamente esclusi dalla possibilità di essere ONLUS sono: gli enti pubblici, le società commerciali, (diverse da quelle cooperative), le fondazioni bancarie, i partiti e movimenti politici, i sindacati, le associazioni dei datori di lavoro e di categoria.

riabile con scopo mutualistico [10]. Il ragionamento riferito alle associazioni di volontariato può essere indirizzato nei confronti della Società cooperative sociali circa l'opportunità o necessità di prevedere l'apertura delle procedure di gara normalmente ad esse riservate da parte degli enti affidanti (*id est* i Comuni per i servizi legati agli asili nido), in base alle previsioni dettate in materia dalla normativa vigente [11].

I Giudici del Tar Umbria non hanno però preso in considerazione l'aspetto da ultimo descritto, né del resto sono stati chiamati ad esprimersi circa la legittimità di un affidamento di servizi esclusivamente destinato ai soggetti iscritti nelle sezioni A), B) e C) dell'Albo regionale delle cooperative sociali istituito con l. r. n. 9/2005. È da rilevare tuttavia che, laddove fossero stati chiamati a pronunciarsi sulla questione, non avrebbero potuto che rimandare a precedenti decisioni con le quali il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità delle disposizioni normative (nella specie la l. r. Basilicata del 19 maggio 1997 n. 25 [12] ovvero, nel caso che ci occupa, la l.r. Umbria del 17 febbraio 2005, n. 9), che limitano alle cooperative sociali e ai consorzi iscritti all'albo regionale la partecipazione alle gare per l'appalto di servizi socio-assistenziali. Simile limitazione, infatti, non fa che recepire il dettato e lo spirito della l. 8 novembre 1991 n. 381. È quindi legittimo pretendere che la partecipazione alle gare per la gestione degli asili nido comunali sia

---

[10] L'art. 2511, c.c. è stato così sostituito, insieme all'intero Titolo VI, dall'art. 8.1, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Per la normativa fondamentale che disciplina le cooperative si rinvia a: d. lgs. C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 "Provvedimenti per la cooperazione", ratificato, con modificazioni, dalla l. 2 aprile 1951, n. 302; alla l. 17 febbraio 1971, n. 127; alla l. 31 gennaio 1992, n. 59; all'art. 21, l. 7 agosto 1997, n. 266; alla l. 3 aprile 2001, n. 142; alla l. 23 dicembre 1998, n. 448 ed al d. lgs. 2 agosto 2002, n. 220. Cfr., in dottrina, Salamone, *Cooperative sociali e impresa mutualistica*, in *Riv. società*, 2007, 500 ss.

[11] Le cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381 sono considerate in ogni caso Onlus (insieme agli organismi di volontariato di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266 ed alle organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49). L'applicazione della disciplina delle Onlus alle cooperative sociali, ha però un rilievo essenziale solo ai fini fiscali, e fa comunque salve le altre norme di maggior favore previste dalle leggi speciali che li regolano (cfr. TAR Lazio, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1559, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[12] «La gestione degli asili nido rientra nell'ampia sfera di applicazione della l. r. Basilicata 19 maggio 1997 n. 25, in tema di funzioni socio-assistenziali; con la conseguenza che, poiché la predetta legge, che, nella parte in cui limita alle cooperative sociali e ai consorzi iscritti all'albo regionale di cui all'art. 2 lett. a) l. reg. Basilicata 20 luglio 1993 n. 39, la partecipazione alle gare per l'appalto di servizi socio-assistenziali, recepisce il dettato e lo spirito della l. 8 novembre 1991 n. 381, è legittimo pretendere che la partecipazione alle gare per la gestione degli asili nido comunali sia in via esclusiva riservata alle cooperative sociali iscritte nell'apposito albo regionale» (così Cons. St, sez. V, 17 aprile 2002, n. 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

in via esclusiva riservata alle cooperative sociali iscritte nell'apposito albo regionale, il cui sviluppo è incentivato dal quadro legislativo nazionale e regionale.

In sostanza, l'orientamento dei Giudici nazionali si discosta da quello della Corte di Giustizia Europea (29 novembre 2007; causa C-119/06); tuttavia, anziché riflettere sul contrasto tra i giudicati, sarebbe forse maggiormente opportuno soffermarsi sul rispetto del fondamentale principio di diritto amministrativo basato sulla *congrua ponderazione degli interessi* e cioè uno dei pilastri (se non il pilastro) dell'*agere* della pubblica amministrazione. Tale principio dovrebbe condurre a valutare i rapporti tra tutela della concorrenza e tutela dei soggetti cd. svantaggiati alla luce delle considerazioni che possono emergere dalle decisioni comunitarie, dalle disposizioni dei Trattati UE, dalla Costituzione italiana, dalle norme nazionali e dalle sentenze dei giudici dello Stato italiano al di là degli *obiter dicta* contenuti nelle pronunce della Corte di Giustizia Europea. Preme infatti sottolineare che il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.) s'impone a livello di esercizio della potestà legislativa, e l'eventuale contrasto di norma interna con la norma internazionale, ivi compreso il diritto pretorio della Corte di Giustizia europea, non è rimediabile, da parte del giudice nazionale, che attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

3. *Offerta anomala e prova di resistenza.*

Ultimo aspetto analizzato dai Giudici umbri ha riguardato la richiesta alla controinteressata circa la presentazione di chiarimenti/integrazioni dell'offerta originaria ai fini dell'attribuzione del punteggio secondo i criteri previsti dal bando di gara [13]. È stato infatti riconosciuto che non si è trattato di una mera integrazione documentale, bensì di una vera e propria riformulazione dell'offerta, senza la quale, non essendo stato dimostrato il possesso del requisito relativo ai "servizi/modalità integrativi, aggiuntivi e innovativi", per tale parametro l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto ottenere zero punti (anziché i 10 attribuiti dalla commissione in base alla documentazione fornita successivamente) [14]. Tale assunto, seppur vero,

---

[13] Gli elementi richiesti, e poi forniti dalla controinteressata e positivamente valutati dalla commissione di gara, investono gli aspetti quantitativi e qualitativi che caratterizzano i servizi integrativi offerti; senza i "chiarimenti", l'offerta non sarebbe stata completa ed apprezzabile, con conseguente dichiarazione negativa e mancata attribuzione di alcun punteggio da parte della commissione stessa.

[14] La possibilità di rimodulare liberamente i costi in sede di giustificazioni potrebbe infatti indurre i partecipanti alla gara a presentare offerte a basso costo per poi successivamente effettuare le correzioni necessarie per evitare l'anomalia (v. TAR Lazio, sez. I, 17 marzo 2008, n. 2392, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

non è stato tuttavia ritenuto determinante ai fini dell'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria in quanto il Collegio ha osservato che i chiarimenti hanno riguardato soltanto alcuni punti, mentre invece, per i restanti punti, l'offerta è stata ritenuta valutabile nella sua consistenza originaria, non essendo stati infatti forniti al riguardo chiarimenti/integrazioni [15]. I Giudici umbri hanno ritenuto quindi possibile operare una vera e propria prova di resistenza per verificare se, senza le integrazioni, illegittime, l'offerta della controinteressata avrebbe comunque conseguito un punteggio tale da renderla aggiudicataria, oppure no. L'insieme dei contenuti apprezzabili sulla base dell'offerta originaria ritualmente presentata nei termini, ha così condotto a ritenere che l'offerta della controinteressata non avrebbe potuto conseguire una diminuzione rispetto al punteggio ottenuto tale da comportare la modifica dell'aggiudicataria.

È opportuno osservare che l'aggiudicazione è avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 157/1995 e che la commissione di gara ha operato secondo tre elementi (criteri di valutazione), quali "capacità gestionale" (distinti tra cinque sotto-elementi), "capacità tecnica ed economica dell'impresa" (distinti tra quattro sotto-elementi) e "offerta economica" (distinti tra tre sotto-elementi). La prova di resistenza, e cioè la verifica dei chiarimenti richiesti ai fini della valutazione complessiva dell'offerta ritenuta anomala, è avvenuta proprio in applicazione di detti elementi e sotto-elementi stabiliti dalla commissione giudicatrice prima della apertura delle buste relative alle offerte [16] e dunque non è sembrata avere in alcun modo alterato la *par condicio* tra i concorrenti.

FRANCESCO NESTA

---

[15] «La rimodulazione di singole voci di costo fa esplicito riferimento ad una necessità di aggiornamento degli elementi originari al fine di sincronizzarne la valutazione con il momento dell'analisi delle giustificazioni definitive» (così Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[16] Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche europee, Circolare 1° marzo 2007 (G.U. 15 maggio 2007, n. 111, serie generale) "Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi".

T.A.R. UMBRIA – 7 marzo 2007, n. 442 – *Pres*. LIGNANI – *Est*. UNGARI – G. S. (Avv. Pavone) contro il Comune di Perugia (Avv. M.Cartasegna) e E. C. (Avv. A. Casoli)

**Edilizia ed urbanistica – Denuncia di inizio attività – Natura giuridica – Individuazione.**
**Edilizia ed urbanistica – Denuncia di inizio attività – decorso del termine di 30 giorni per il controllo riscontro sulla d.i.a. – Formazione di un titolo abilitativo tacito – Impugnabilità di tale autorizzazione implicita in via diretta da parte del controinteressato – Possibilità – Sussiste – Oggetto del ricorso proposto dal terzo – Individuazione.**
**Giustizia amministrativa – Denuncia di inizio attività – Impugnazione – Decorrenza del termine per l'impugnazione – Individuazione.**

*La d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, come da molti sostenuto, ma rappresenta una semplificazione procedimentale, che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo a seguito del decorso di un termine (30 giorni) dalla presentazione della denuncia; la liberalizzazione di determinate attività economiche è cosa diversa e presuppone che non sia necessaria la formazione di un titolo abilitativo* (1).

*Nel caso della d.i.a., con il decorso del termine si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni. Il ricorso avverso il titolo abilitativo formatosi a seguito di d.i.a. ha, quindi, ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela dell'amministrazione, ma direttamente l'assentibilità, o meno, dell'intervento* (2).

*Il termine per impugnare la d.i.a. decorre dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di denuncia* (3).

FATTO E DIRITTO. Il ricorrente è proprietario di un appartamento ubicato al primo piano di un edificio sito in Perugia, Strada S. Andrea Sobborghi.

Lamenta che il proprietario dell'appartamento ubicato al piano terra abbia effettuato, previa denuncia di inizio attività per ristrutturazione edilizia n. 511/2005 (prot. 0029570) in data 16 febbraio 2005 e, in variante, n. 1672/2005 (prot. 0074358) in data 5 maggio 2006, lavori che hanno comportato:

- l'inversione della posizione di una finestra con quella del portone d'ingresso;

- il frazionamento dell'unità immobiliare in modo da crearne due, con realizzazione di un nuovo ingresso e di una nuova finestra (con perforazioni delle mura perimetrali dell'edificio svolgenti funzione portante).

Rimanendo senza risposta i propri esposti/diffide in data 19 giugno 2006 e 19 luglio 2006, volti a sollecitare l'esercizio del potere repressivo-sanzionatorio da parte del Comune di Perugia, con il ricorso introduttivo chiede che venga dichiarata l'illegittimità del comportamento silente del Comune di Perugia o, in alterativa, che vengano annullate le stesse d.i.a..

Deduce censure così sintetizzabili:

- poiché l'intervento ha raddoppiato il numero delle unità abitative, ha modificato l'aspetto esterno (sagoma) dell'edificio e ne ha potenzialmente leso la stabilità, rientra tra quelli che necessitano del permesso di costruire, ai sensi dell'articolo 10 del T.U. 380/2001 e dell'articolo 13, comma 1, della l.r. 1/2004.

- anche ammettendo la sufficienza della d.i.a. per la ristrutturazione, è stato realizzato un abuso, poiché l'intervento sui muri portanti avrebbe richiesto il permesso di costruire.

- è stato violato l'articolo 22, comma 1, lettera c), del regolamento edilizio comunale, che richiede il permesso di costruire qualora, come nel caso in esame, l'intervento comporti modifiche del volume, della sagoma o dell'area di sedime dell'edificio.

- è stato violato l'articolo 21 della l.r. 1/2004, in quanto, contrariamente a quanto dichiarato nella d.i.a., l'area è sottoposta a vincolo paesaggistico (e la relativa autorizzazione non è stata allegata alla d.i.a.), e l'intervento altera lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore dell'immobile.

Con ricorso per motivi aggiunti impugna l'autorizzazione paesaggistica n. 754 in data 25 settembre 2006, rilasciata in sanatoria dal Comune di Perugia all'odierno controinteressato (a seguito di istanza di precisazione/integrazione della d.i.a. prot. 136187 in data 16 agosto 2006) per l'intervento in questione.

Deduce ulteriori censure così sintetizzabili:

- è mancata la comunicazione di avvio del procedimento, in violazione dell'articolo 7 della legge 241/1990.

- l'autorizzazione non poteva essere rilasciata in sanatoria, in quanto l'intervento non rientra nelle tipologie per le quali soltanto ciò è consentito dall'articolo 167, comma 4, del d.lgs. 42/2004.

Per completezza, va infine sottolineato come risulti dagli atti che in data 25 settembre 2006 il Comune di Perugia ha attestato all'odierno controinteressato l'avvenuta produzione (nella pratica n. 3587/06) di documentazione utile all'adozione di un permesso di costruire.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Perugia ed il controinteressato, controdeducendo puntualmente, ed eccependo anche l'inammissibilità del ricorso sotto vari profili.

3. Le eccezioni vanno disattese.

3.1. Occorre premettere che, in ordine alla tutela dei terzi che si oppongono ad intervento edilizio assentito a seguito di d.i.a., si contrappongono due orientamenti:

- per il primo (poiché la d.i.a costituisce un atto soggettivamente ed oggettivamente privato che, in presenza di determinate condizioni e all'esito di una fattispecie a formazione complessa, attribuisce al privato una legittimazione *ex lege* allo svolgimento di una determinata attività, che sarebbe così liberalizzata), il terzo che si oppone all'intervento autorizzato tramite d.i.a., una volta decorso il termine senza che sia stato esercitato il potere inibitorio, è legittimato a chiedere al Comune di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio-rifiuto (che non ha come riferimento il potere inibitorio dell'Amministrazione - essendo decorso il relativo termine - bensì il generale potere repressivo/sanzionatorio degli abusi edilizi (in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, IV, 22 luglio 2005, n. 3916; V, 22 febbraio 2007, n. 948).

- per il secondo, la d.i.a. si tradurrebbe direttamente nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica, con la conseguenza che i terzi potrebbero agire innanzi al giudice per chiedere l'adempimento delle prestazioni che la p.a. avrebbe omesso di svolgere (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397), o l'annullamento della determinazione formatasi in forma tacita (in tal senso: implicitamente, Cons. Stato, VI, 10 giugno 2003 n. 3265 e, espressamente, V, 20 gennaio 2003 n. 172; T.A.R. Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405) o comunque per contestare la realizzabilità dell'intervento (cfr. Cons. Stato, VI, 16 marzo 2005 n. 1093).

Sopravvenuta la modifica degli articoli 19 e 21, comma 2-bis, della legge 241/1990, ad opera del d.l. 35/2005, convertito dalla legge 80/2005, sembra prevalere, soprattutto in materia edilizia, il secondo orientamento, nel senso che, nel caso della d.i.a., con il decorso del termine si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a. (cfr. Cons. Stato, IV, 22 marzo 2007, n. 1409 e VI, 5 aprile 2007, n. 1550).

3.2. Quale che sia l'orientamento da condividere, sta di fatto che il ricorrente, nel dubbio, ha proposto una doppia domanda, chiedendo sia l'accertamento dell'illegittimità del comportamento inerte tenuto dal

Comune, sia di annullamento delle d.i.a. (o dei provvedimenti taciti formatisi a seguito della loro presentazione).

Stante la formulazione del ricorso, non vi sono motivi per ritenere che sia stata censurata l'inerzia concernente l'esercizio dei poteri inibitori dell'acquisto di efficacia da parte della d.i.a., e non anche quella concernente l'attivazione dei poteri repressivi e sanzionatori (che si tratti o meno di autotutela) della d.i.a. divenuta efficace.

Né la domanda può ritenersi irrituale per il suo contenuto alternativo, poiché è stata proposta nelle forme del rito ordinario, a contraddittorio pieno, e non vi sarebbero ostacoli ad una conversione nel rito previsto dall'articolo 21 bis della legge 1034/1970.

Né, infine, può ritenersi che manchi l'interesse, per l'inefficacia della d.i.a. in assenza della presupposta autorizzazione paesaggistica richiesta dalla legge, tenuto conto del sopravvenuto rilascio di tale provvedimento.

Perciò, non può ritenersi che il ricorso sia inammissibile.

4. Peraltro, può prescindersi dall'ulteriore approfondimento delle predette questioni, stante l'evidente infondatezza del ricorso nel merito.

4.1. L'intervento assentito riguarda un frazionamento di un'unità abitativa con modifica della distribuzione interna dei vani e prevede la realizzazione di nuove e diverse aperture, senza modificare l'ingombro planovolumetrico.

L'intervento sulle aperture è l'unico percepibile esternamente e comporta una modifica dei prospetti, attinente alle facciate dell'edificio, cioè all'aspetto esterno dell'immobile afferente il suo profilo estetico architettonico, sicché non va confusa o compresa nel concetto di sagoma (rispetto alla quale rappresenta un "quid pluris"), che indica, invece, (soltanto) la forma della costruzione complessivamente intesa, ovvero il contorno che assume l'edificio (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, III, 22 luglio 2004, n. 3210).

Pertanto, l'intervento rientra nella tipologia della "ristrutturazione edilizia", che comprende anche "*la modifica o realizzazione di aperture anche esterne, nonché la modifica del numero delle unità immobiliari e delle superfici utili interne*" (articolo 3, lettera d), l.r. 1/2004) e che è assentibile mediante d.i.a. qualora, come nel caso in esame, non preveda anche "*modifiche del volume, della sagoma e dell'area di sedime*" (articolo 13, comma 1, lettera c), l.r. cit.).

Non vi è, dunque, violazione della normativa regionale; né dell'articolo 22, comma 1, lettera c), del regolamento edilizio comunale, che, parimenti, richiede il permesso di costruire soltanto qualora la ristrutturazione edilizia comporti "*modifiche del volume, della sagoma o dell'area di sedime dell'edificio*".

Quanto all'incidenza sui muri perimetrali, è sufficiente sottolineare

che nella relazione tecnica (del geom. Manni) allegata alle d.i.a. viene affermato che gli interventi "non modificano le parti strutturali dell'immobile e pertanto non ne alterano la statica e l'idoneità sismica", il ricorrente si limita a paventare "potenziali" pregiudizi alla stabilità dell'edificio, senza argomentare puntualmente di cosa si tratti, e senza allegare alcuna documentazione atta a suffragare detta ipotesi (la relazione del geom. Marcaccioli, versata in atti, si limita a rilevare la diminuzione del valore della proprietà del ricorrente, per l'aggravamento del diritto di passo a causa del frazionamento). (*Omissis*).

## (1-3) Natura giuridica della dichiarazione di inizio attività fra *révirements* giurisprudenziali ed interventi normativi

1. *Premessa*

La pronuncia che si chiosa con brevi riflessioni concerne l'istituto della denuncia di inizio attività "edilizia", così come delineata dalla normativa di settore. Il tenore stesso del *dictum* del Collegio umbro, il quale si è cimentato in una ricostruzione in termini generali dell'istituto in questione, ci consente, però, di spaziare bel oltre i limiti del caso di specie. Il Giudice amministrativo, nonostante la specificità del caso concreto, procede ad una ricostruzione della natura giuridica della denuncia muovendo dalla recente riforma della l. 7 agosto 1990, n. 241, la quale, stando al *decisum* amministrativo, sarebbe tale da poter dissipare i dubbi sorti sulla base della precedente disposizione legislativa.

Il *dictum*, infatti, prese le mosse da un rapido raffronto tra le varie ipotesi interpretative dell'istituto della denuncia (dichiarazione) di inizio attività, formulate nel vigore della precedente disciplina normativa, registra il dato della prevalenza, soprattutto in materia edilizia e a seguito della novella del 2005, dell'orientamento che vedrebbe nella fattispecie in questione una «autorizzazione implicita di natura provvedimentale». Il Collegio umbro, però, non prende una posizione precisa, potendosi sottrarre alla definizione della natura (e conseguente regime giuridico) della d.i.a. per la palese infondatezza nel merito del ricorso. Un senso assume, infatti, procedere alla qualificazione giuridica di un istituto solo qualora sia indispensabile capire quali strumenti di tutela si correlino al ricorso illegittimo al medesimo. In caso di palese legittimità della d.i.a., allora, non v'è utilità nel definirne la natura, dal momento che non c'è necessità di perimetrare il terreno delle doglianze avanzabili. Pare, comunque, di poter leggere nella pronuncia del TAR Umbria una preferenza per la "teoria provvedimentale", arguibile dal decisivo riferimento alla novella del 2005 quale elemento interpretativo a favore delle definizione, in senso pubblicistico, dell'annosa *querelle*. Sembra opportuno procedere all'analisi delle più pregnanti questioni connesse alla natura giuridica della d.i.a. seguendo l'*iter* adottato dalla sentenza

in commento, che principia con l'esposizione della tesi privatistica per poi approdare a quella provvedimentale, per il tramite dell'argomento tratto dal dato della riforma del 2005.

2. *Della natura giuridica della d.i.a.: la maggioritaria tesi privatistica*

La lettura dell'art. 19, secondo la quale la denuncia di inizio attività avrebbe natura sia oggettivamente che soggettivamente privata, non sembra aver perso quotazioni a seguito della novella del 2005, rimanendo infatti la teoria interpretativa di maggior successo in seno alla dottrina. Tale tesi sostiene che la legittimazione all'esercizio dell'attività subordinata a d.i.a. discenda direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione spetterebbero compiti di mera vigilanza e controllo, a verificare la legittimità dell'esercizio della suddetta attività. Nell'alveo della teoria privatistica si sono, tuttavia, formate diverse correnti di pensiero circa il ruolo della denuncia nella fattispecie costitutiva del diritto all'esercizio dell'attività. Secondo certa accattivante dottrina, il privato già prima della denuncia vanterebbe un vero e proprio diritto soggettivo all'esercizio dell'attività, caratterizzato da originarietà ed autonomia, ma tale situazione giuridica sarebbe a regime "amministrativo" [1], ovverosia subordinata ad un onere [2] (inteso in senso privatistico, quale comportamento da tenere nel proprio interesse, perché si produca un effetto positivo, in questo caso l'esercitabilità del diritto), consistente, appunto, nella denuncia all'autorità pubblica. Altri preferiscono parlare di una sorta di potestà privata, avente ad oggetto la produzione dell'effetto abilitante all'esercizio dell'attività.

Alcuni, ricorrendo a categorie proprie del diritto privato, qualificano la posizione del dichiarante quale diritto potestativo, situazione giuridica soggettiva che ha per contenuto il potere di un soggetto di produrre determinati effetti giuridici mediante una dichiarazione unilaterale di volontà.

---

[1] Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001, 216 ss., ove per diritto soggettivo a regime amministrativo si intende «la posizione soggettiva di vantaggio riconosciuta dall'ordinamento a titolo originario al privato che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, nell'ambito di una relazione con l'Amministrazione, la quale esercita sul diritto stesso una funzione di controllo a carattere puntuale, che prende avvio con la necessaria presentazione di una denuncia di inizio attività da parte del soggetto». L'Autore conferma la propria opinione anche nel vigore della novella del 2005, come dimostra in *La denuncia di inizio attività «riformata»: il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio-assenso ed autotutela*, in *Urb e app.*, 2006, 836 ss.

[2] Le tesi della denuncia come onere è sostenuta, pur se con diverse argomentazioni, anche da Falcon, *La regolazione delle attività private e l'art. 19, l. 241 del 1990*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 430, secondo cui la legittimazione all'esercizio dell'attività deriverebbe direttamente dalla legge, nel rispetto dei requisiti e dei presupposti, «con il solo onere della denuncia e delle autoattestazioni».

Secondo tale lettura, il privato, che versi nella situazione prevista dalla norma concernente l'esercizio dell'attività di specie, avrebbe il diritto di produrre da sé la legittimazione all'esercizio medesimo [3], costituendo, con l'attivazione della propria situazione potestativa, il diritto soggettivo all'attività del caso. Diversamente dalla teoria del diritto soggettivo ad accertamento amministrativo, quindi, in questa interpretazione la dichiarazione non rimuoverebbe soltanto il limite all'esercizio del diritto, ma sarebbe, più precisamente, costitutiva del medesimo. Altri [4], invece, sostengono che al privato verrebbe attribuito il potere non tanto di costituire il diritto all'esercizio dell'attività, quanto di legittimare l'attuazione di un diritto preesistente: la dichiarazione, allora, svolgerebbe il medesimo ruolo svolto precedentemente dall'atto autorizzatorio, ovvero rimuovere il limite all'esercizio di una situazione giuridica preesistente.

Accedere alla logica dell'autoamministrazione, intesa come spoliazione del potere pubblico a favore dell'autonomia privata, realizza, secondo l'Autore, un notevole ampliamento della capacità giuridica del privato, dovuto alla «privatizzazione di un potere pubblico», cui fa da *pendant* un inevitabile processo di responsabilizzazione del cittadino. La descrizione di un fenomeno di sostituzione del potere amministrativo autorizzatorio da parte dell'autonomia privata [5] è tratto ricorrente anche in altra dottrina, ove si descrive la dichiarazione quale atto negoziale unilaterale, espressione dell'autonomia del privato e, quindi, non solo soggettivamente ma anche oggettivamente privato [6]. Non manca chi, invece, qualifichi la d.i.a. come mero fatto giuridicamente rilevante, anziché come atto negoziale, ritenendo che la necessità della dichiarazione, ai fini dell'esercizio dell'attività, non sia sufficiente a farne espressione dell'autonomia giuridica del dichiarante. Si preferisce, allora, parlare di *provocatio ad opponendum*, mera comunicazione contestualmente integrativa della legittimazione all'attività dichiarata e tale da attivare il procedimento di accertamento della conformità della dichiarazione ai requisiti di legge [7].

---

[3] FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 545 ss.

[4] GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione*, in *Giust.amm.*, 2005, 754.

[5] Sostituzione di tipo oggettivo, con modifica sostanziale dell'attività produttiva dell'effetto legittimante, da pubblicistica a privatistica. Solo adottando tale accezione del termine "sostituzione" si potrà parlare di autoamministrazione, nel senso appunto di slittamento nella sfera privatistica del fenomeno della produzione di certi effetti giuridici favorevoli. Si ritiene, invece, incompatibile con la tesi privatistica una sostituzione di tipo meramente soggettivo, che lascerebbe impregiudicata la natura pubblicistica dell'atto ampliativo.

[6] LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in *Giust.amm.*, 2005, 6.

[7] LAMBERTI, *L'impugnazione della d.i.a.*, in *Impugnabilità degli atti amministrativi*, Atti del convegno, Siena, 14 giugno 2008.

Tutte le teorie ora esposte, frutto di molteplici declinazioni della tesi privatistica, sono comunque accomunate dal fatto di ritenere sussistere una situazione piena in capo al denunciante, regolata da norma di relazione e non di azione (non ancorata, quindi, all'esercizio di un potere amministrativo), tale per cui il rapporto tra privato e p.a. si articolerebbe secondo il binomio diritto-obbligo (se non soggezione). L'adesione a questa linea interpretativa – della natura privatistica della denuncia di inizio attività – comporta, inevitabilmente, la disapplicazione delle garanzie connesse all'adozione di un atto amministrativo, ovverosia la possibilità, per il terzo, di ricorrere al Giudice amministrativo perché si statuisca sull'assentibilità dell'attività privata. Ritenere che la Pubblica amministrazione non sia titolare di poteri autorizzatori ma esclusivamente repressivi-inibitori, limita la tutela del terzo all'attivazione degli strumenti previsti per l'inerzia della pubblica autorità, escludendo, però, il denunciante dal gioco delle doglianze.

Ciò è diretta conseguenza dell'impostazione adottata, secondo la quale la legittimazione all'esercizio dell'attività discende direttamente dalla legge, per cui, a voler agire direttamente contro chi abbia fatto denuncia di inizio attività al di fuori dei casi ammessi, si dovrebbero applicare rimedi di tipo civilistico, quali quelli a tutela della proprietà [8], attinenti ai rapporti di vicinato. Si sostiene che solo siffatto tipo di tutela sia compatibile con un'impostazione che descriva la situazione giuridica del denunciante quale diritto soggettivo: ogni doglianza deve passare per la dimostrazione dell'abuso del diritto o del superamento dei limiti interni al diritto stesso, posti dall'ordinamento a garanzia della tenuta del tessuto sociale. Non esiste, al di fuori della casistica civilistica, altro modo di contestare la legittimità dell'operato del denunciante.

Per quanto riguarda, invece, le doglianze prospettabili avverso il mancato esercizio dei poteri inibitori, si nega che l'inerzia della p.a. possa qualificarsi in termini di silenzio significativo, per il semplice fatto che la denuncia non configura un'istanza, piuttosto una comunicazione, e l'eventuale potere inibitorio non rappresenta risposta ad un'inesistente domanda dell'amministrato, ma esclusivamente esercizio di un potere di controllo volto al ripristino della legalità.

Il rapporto amministrazione-amministrato, in sostanza, non si atteggia nella consueta forma domanda-risposta, tipica dei regimi autorizzatori,

---

[8] Basti pensare alla tutela offerta dall'art. 872 c.c., ove si prevede la facoltà di agire davanti al giudice ordinario al fine di conseguire il risarcimento (anche in forma specifica) del danno cagionato dalla violazione di norme di edilizia. Certa giurisprudenza amministrativa di merito ha di recente segnalato tale normativa quale fulcro della tutela del terzo in materia di d.i.a. (TAR Lombardia, sez. II, 5 luglio 2005, n. 3230). Sul punto cfr. Travi, *La Dia e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb e app*., 2005, 1335.

bensì è preferibilmente inquadrabile nella logica dell'esercizio di attività, a legittimazione direttamente legislativa, e parallelo controllo sulla stessa da parte di un'autorità garante esterno della legalità [9]. Il dato, inoltre, dell'immediato esercizio dell'attività denunciata (nel vigore della disciplina *ante* 2005), sulla scorta delle sole prescrizioni di legge, veniva ritenuto elemento di differenziazione, sostanziale e non meramente procedimentale, rispetto ai consueti regimi autorizzatori.

Sulla scorta di tali riflessioni, certa dottrina si chiese anche se, così interpretata la fattispecie giuridica, avesse senso imporre ad un potere di controllo dei termini perentori di esercizio, avuto riguardo al fatto che quello della certezza dei tempi è problema tipico ed esclusivo dei regimi autorizzatori, ove si vuole evitare che il privato rimanga, *ad libitum* della p.a., in una situazione di incertezza e, massimamente, di inoperatività [10].

Ad una lettura privatistica dell'istituto della denuncia di inizio attività aderisce anche la giurisprudenza maggioritaria [11] massimamente prima della novella del 2005, e, in maniera ancora significativa, nel vigore pure della nuova normativa. Tale giurisprudenza, partendo dall'assunto secondo cui la denuncia di inizio attività costituisce un mero atto del privato, chiamata ad esprimersi sulla tutela del terzo, sottolinea la sola possibilità per questi di lamentare l'inerzia della Pubblica amministrazione, una volta che sia stato sollecitato l'intervento repressivo contro il denunciante. A dimostrazione del fatto che il regime delle tutele è speculare alla soluzione interpretativa adottata, si registrano due recenti pronunce (*ante* riforma del 2005) [12] le quali, nell'optare per un'interpretazione privatistica della denuncia di inizio attività, escludono la possibilità di configurare un'impugnazione tanto dell'atto di parte privata, quanto di un ipotetico tacito assenso formatosi in capo all'Amministrazione.

Il Consiglio di Stato sembra rigettare quelle teorie che cercano di ammantare di una qualche "pubblicità" l'atto privato, al fine di rendere possibile l'esperimento del rimedio caducatorio contro la denuncia [13]. Nonostante sia stata vagheggiata in dottrina la lettura degli atti *ex* art. 19 quali forme

---

[9] In questo senso Falcon, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 168.

[10] Ferrara, *Diritti soggettivi*, cit.

[11] Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, in *www.giustamm.it*, 2002; TAR Liguria, 22 gennaio 2003, n. 113, in *Urb. e app.*, 2003, 591; TAR Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197; TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272, in *www.giustamm.it* , 2001; TAR Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1367, *ivi*; TAR Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1359, *ivi*.

[12] Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, in *Urb. e app.*, 2005, 11, 1325, con nota di Travi; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453, in *Foro amm.-Cons. Stato,* 2002, 2116.

[13] TAR Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113, *cit.*; TAR Lombardia, sez. II, 5 luglio 2005, n. 3230.

di autoamministrazione, il Giudice amministrativo risponde, infatti, che d'ostacolo all'assimilazione dell'atto privato a quello provvedimentale è lo stesso principio di legalità, il quale non consentirebbe siffatto straripamento di regimi giuridici [14]. Esclusa, dunque, la possibilità di accedere ad una tutela impugnatoria, alla stregua della succitata interpretazione maggioritaria dell'art. 19, quanti aderiscono alla teoria privatistica sostengono che il terzo disponga, quale strumento di tutela, della sola possibilità di sollecitare l'intervento della p.a. Sul punto, in realtà, il Consiglio di Stato ha espresso, nel tempo, opinioni parzialmente divergenti, tali da tradire, ad avviso di chi scrive, un'incoerenza interna al sistema interpretativo che, da un lato, descrive la denuncia di inizio attività quale atto esclusivamente privato e, dall'altro, rigetta, ufficialmente, l'opzione interpretativa dell'atto tacito.

Elemento unificante delle varie pronunce è dato dalla possibilità del terzo, che abbia sollecitato l'esercizio del potere repressivo, di adire il Giudice amministrativo ricorrendo contro il silenzio inadempimento della Pubblica Amministrazione [15]. A questa unanime impostazione di fondo, però, la quale riteneva ammissibile il ricorso contro il silenzio della p.a., facevano seguito, prima della riforma del 2005, due possibili soluzioni concernenti la tipologia di intervento che il terzo avrebbe dovuto pretendere dalla pubblica autorità.

Ci si chiedeva, infatti, se fosse da attivarsi il potere sanzionatorio, *ex* art. 21 l.n. 241/1990, oppure un intervento in autotutela. La questione, a ben vedere, è di non poco momento, a causa della natura tipica dell'autotutela, definita quale potere di incidere su precedente determinazione provvedimentale. Certa giurisprudenza, più cauta, ometteva di distinguere fra interventi sanzionatori e in autotutela, pervenendo addirittura a sovrapporli, ma quando il Consiglio di Stato si è pronunciato con intento chiarificatorio sugli strumenti di ripristino della legalità, è incorso in un vizio logico che, da solo, ha decretato la fine della teoria della natura privatistica della denuncia, nonostante le premesse definitorie e ben prima della riforma del 2005.

Ci si riferisce alla sentenza n. 4453/2002, nella quale il Consiglio di Stato distinse fra casi in cui l'attività esercitata dal denunciante fosse in linea con quanto denunciato dai casi in cui quanto effettivamente svolto

---

[14] Cfr. Falcon, *L'autoamministrazione dei privati,* in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, (Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Milano, 1997, 140. L'Autore, a tale proposito, parla di un vero e proprio diritto a "rimanere privati", il quale comporterebbe l'impossibilità di estendere *status* e regimi pubblicistici a soggetti che tali non sono, «nella misura in cui doveri pubblici non vengano addossati da norme di rango costituzionale».

[15] Si afferma, infatti, che in questi casi il terzo sia titolare di un vero e proprio interesse legittimo al ripristino della legalità e non di un mero interesse di fatto, cui consegue, logicamente, la legittimazione a proporre ricorso al g.a.

non risultasse aderente all'attività denunciata. Si disse che solo in questo secondo caso si sarebbe potuto attivare il potere sanzionatorio *ex* art. 21 l.n. 241/1990. Diversamente, nell'eventualità di una denuncia in mancanza dei requisiti di legge o comunque in contrasto con la normativa di riferimento, si richiedeva l'esercizio di un potere di autotutela. Si trattava di un'interpretazione che risentiva dell'impostazione data al problema nell'ambito dell'attività attizia della Pubblica amministrazione, ove si postulava, per l'applicazione di misure sanzionatorie, la preliminare caducazione del titolo abilitativo, pena la contraddizione fra presunzione di legittimità dell'atto e ritenuta illegittimità dell'attività privata conforme allo stesso. Applicare, però, questo ragionamento in un ambito non attizio (stando all'opinione dominante circa la natura della d.i.a.), significava introdurre un elemento di rottura in una lettura di insieme che, invece, a prima vista, si distingueva per la sua semplicità e linearità.

Se la denuncia è atto privato, nulla aggiunge alla posizione del denunciante, che non può, da sé, attribuirsi un titolo abilitativo: o sono integrate le condizioni di legge per l'esercizio dell'attività privata o non lo sono (secondo la logica del *tertium non datur*) [16]. Non si capisce, sempre che non voglia abbandonarsi l'idea di partenza – natura privatistica della denuncia – perchè debbano distinguersi fattispecie di esercizio illegittimo di attività privata sulla sola base dell'esistenza o meno di una dia. Si intende dire, in sintesi, che sposare la tesi del necessario preliminare esercizio del potere di autotutela per procedere poi all'irrogazione di sanzioni comporta, checché se ne voglia dire, l'adesione ad una interpretazione provvedimentale della dia o, meglio, dell'intera fattispecie complessa data dalla presentazione della denuncia unitamente al decorso del termine in assenza di adozione di provvedimenti inibitori-repressivi.

A ben vedere, invece, sarebbe risultato ben compatibile con il dettato normativo parlare di mere misure sanzionatorie, senza dover invocare l'istituto dell'autotutela: non sembra che la distinzione operata dalla succitata sentenza del Consiglio di Stato fosse implicita nel testo dell'art. 21 e quindi necessaria. Non si nega che l'art. 19, come formulato prima dell'intervento legislativo del 2005, veramente risultasse compatibile con una lettura strettamente privatistica, ma, in qualche modo, pur se tra contraddittorie affermazioni di principio, sembra che il Giudice amministrativo non abbia resistito alla tentazione di riportare la fattispecie giuridica nei binari della tradizione. E parimenti sembra aver fatto il legislatore del 2005.

---

[16] FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., convinto sostenitore della tesi privatistica e della legittimazione *ex lege*, rinnegava, prima della riforma del 2005, la configurabilità di un'autotutela in materia di denuncia di inizio attività, ritenendola un'incongruenza logica.

### 3. *La novella del 2005: gli argomenti a favore della teoria pubblicistica dell'atto tacito*

Il Collegio umbro riconosce, infatti, nelle modifiche apportate alla l.n. 241/1990 un argomento decisivo a favore della tesi provvedimentale: la riforma del 2005 contiene in sé elementi tali da corroborare fortemente la tesi della natura pubblicistica e tacita dell'istituto in questione [17]. Si registra, innanzitutto, la previsione della possibilità di agire in autotutela, *ex* artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, la quale è stata interpretata dalla più recente giurisprudenza [18] come elemento fortemente indicativo della natura provvedimentale della fattispecie giuridica *ex* art 19. Non sfugge come la menzione di provvedimenti tipicamente di secondo grado costituisca una freccia all'arco di quanti sostengono la natura provvedimentale, tacita, della complessa fattispecie data dalla dichiarazione di inizio attività seguita dal silenzio della p.a. Siffatta agile conclusione prende le mosse da risalente quanto fortunata definizione del potere di autotutela, come «parte di attività con la quale la pubblica Amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti e alle sue pretese» [19].

La tradizionale accezione data ai provvedimenti di secondo grado, quali, appunto, idonei ad incidere su atti precedentemente adottati dalla medesima Autorità, sarebbe, dunque, di difficile composizione con la ritenuta natura privatistica dell'intera fattispecie (indice addirittura di una liberalizzazione, intesa come dismissione di ogni potere autorizzatorio). La dottrina maggioritaria, strenua sostenitrice della soluzione privatistica, ha tentato di trovare spiegazioni del rinvio ai poteri di autotutela che fossero diverse da quella della natura provvedimentale dell'istituto di cui all'art. 19, che, ad avviso di chi scrive, appare, però, la più ovvia. Secondo alcuni la norma si limita a ribadire, in maniera pleonastica, che, qualora la p.a. abbia adottato provvedimenti inibitori-repressivi, su questi potranno esercitarsi poteri di annullamento e revoca [20]. Si tratta di un'interpretazione estremamente riduttiva del dato testuale, che ne fa un'inutile ripetizione di principi generali, essendo ovvio, sulla base degli stessi artt. 21-*quinquies*

---

[17] Soprattutto la giurisprudenza, però, ha saputo registrare l'incidenza della nuova normativa sulle possibilità qualificatorie, nell'irriducibilità di una dottrina tendenzialmente compatta e ostile a soluzioni pubblicistiche.

[18] Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2007, n. 1550, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 235; TAR Emilia Romagna, sez. I, 2 ottobre 2007, n. 2253, *ivi*, 236; TAR Abruzzo, Pescara, 1 settembre 2005, n. 494, in *Urb e app.*, 2006, 216, con nota di Cattaneo.

[19] Benvenuti, voce *Autotutela (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 539.

[20] D'Arienzo, *La dichiarazione di inizio attività*, cit., 132.; Parisio, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione tra prospettive attinie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 2811; Liguori, *Note su diritto privato*, cit.

e 21-*nonies*, che l'Amministrazione possa annullare o revocare un proprio atto inibitorio o repressivo (non essendo da nessuno messo in discussione il fatto che tali atti abbiano natura provvedimentale).

Non sfugge, nemmeno ai suoi fautori, quanto questa lettura sia poco innovativa e quanto poco sfrutti delle potenzialità insite nel nuovo art. 19. Sennonché, si dice, l'alternativa sarebbe interpretare in maniera incostituzionale la norma *de qua* e conseguentemente adire la Consulta per far sindacare le disposizioni sotto il profilo della ragionevolezza e del buon andamento, nella misura in cui farebbero della d.i.a. un inutile doppione del silenzio assenso, con depotenziamento del portato innovatore introdotto *ex* art. 19 [21]. Altri, invece, ritengono che il riferimento all'autotutela stia solo ad indicare che, decorsi i trenta giorni entro cui emanare atti inibitori, potranno emanarsene dei tardivi solo qualora vi sia un interesse pubblico, entro termini ragionevoli e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati [22]. Il potere inibitorio, decorsi i trenta giorni dalla comunicazione dell'inizio dell'attività prima dichiarata, da vincolato diverrebbe discrezionale, non potendo più la p.a. agire in divieto di prosecuzione argomentando semplicemente dalla violazione delle norme che disciplinano i requisiti per esercitare l'attività dichiarata.

L'Autorità, secondo tale lettura, sarebbe tenuta a dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico, ulteriore a quello alla legalità, a sostegno di un tardivo divieto di prosecuzione dell'attività e, al contempo, l'inconsistenza dell'affidamento [23], in capo al privato, circa la possibilità di continuare ad esercitare la propria attività. Secondo quest'impostazione prima e dopo lo scadere dei trenta giorni la p.a. disporrebbe dei medesimi poteri, soltanto che, qualora siano decorsi i termini, l'esercizio dei medesimi dovrà passare entro maglie più ristrette, con maggior rischio, per la parte pubblica, di vedersi annullate le proprie decisioni qualora non sufficientemente motivate. Si tratterebbe di un fio da pagare per l'Amministrazione che non abbia rispettato i termini, la quale non potrà più agire al ripristino della legalità se non nel rispetto di tutta una serie di presupposti. Esiste, infine, chi ritiene che il riferimento all'autotutela vada interpretato in maniera ancora diversa, più prossima al suo significato storico, senza però necessariamente aderire alla tesi della configurazione di un atto tacito. In una

---

[21] PARISIO, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit., 2811.

[22] RAGANELLA, *Il decreto legge 35/2005*, cit., 647; TARANTINO, *Per una critica dell'autotutela sull'attività amministrativa spettrale*, in *Urb. e app.*, 2007, 4, 410 ss.; FRANCAVILLA, *La d.i.a. alla ricerca di un'identità tra novità normative e tutela del terzo*, in *Corriere del Merito*, 2008, 114; CATTANEO, *La dichiarazione di inizio attività ed il rito del silenzio dopo la legge 80/2005*, in *Urb e app.*, 2006, 221.

[23] TRAVI, *La Dia e la tutela del terzo*, cit., nega che in casi di attività vincolata quali quelli indicati *ex* art. 19 sia possibile invocare un affidamento di particolare spessore, data l'inequivocabilità di un'eventuale violazione delle norme vincolate.

difficile operazione di equilibrismo giuridico certa dottrina ha sostenuto che il decorso dei termini avrebbe valore significativo non autorizzatorio: si parla di "silenzio adempimento".

Il potere di controllo sulla d.i.a. conferisce, stando a tale lettura, stabilità e certezza in ordine alla realizzabilità dell'intervento dichiarato. L'esito positivo di siffatto controllo, però, non comporta, per ciò solo, il formarsi di un atto abilitativo tacito. Si sottolinea, infatti, come sia logicamente impossibile che il mero decorso del termine trasformi un potere tipico e nominato (quello di controllo) in potere di altro genere, essendo del tutto estranei alla fattispecie descritta all'art. 19 profili autorizzatori. Seguendo queste argomentazioni si perviene alla negazione della natura decisoria del silenzio *ex* art. 19, dal momento che «il comportamento inerte, tenuto dall'amministrazione, attesta semplicemente, in virtù del contesto normativo in cui è inserito, che il controllo è stato eseguito» [(24)]. La qualità non autorizzatoria del silenzio della p.a., in sintesi, non consentirebbe di postulare la formazione di un atto tacito, titolo del diritto all'esercizio dell'attività dichiarata.

Unico effetto del silenzio *ex* art. 19 sarà, dunque, il consolidarsi in capo al dichiarante di un ragionevole affidamento circa il risultato favorevole degli accertamenti pubblici compiuti. Questa lettura mista dell'art. 19, a metà strada tra la concezione privatistica, la quale esclude ogni effetto di consolidamento, e la concezione pubblicistica, che ritiene formato un atto tacito di assenso, permetterebbe, sempre secondo l'Autore, di qualificare la disposizione normativa *de qua* quale unico caso codificato nel diritto pubblico in cui è data un'applicazione del principio di tutela dell'affidamento [(25)].

La previsione del potere di autotutela verrebbe, allora, in soccorso di questo sforzo interpretativo: mentre di difficile comprensione risulta il riferimento all'annullamento d'ufficio e alla revoca qualora si adotti la lettura privatistica, scorgere nel mancato esercizio del potere inibitorio un'idoneità "certativa" consente di riferire a tale attività di controllo l'autotutela medesima. Allo stesso tempo, l'adesione alla lettura ora esposta consentirebbe di fugare l'inevitabile conclusione dell'esistenza di un atto tacito, che sembra discendere dalla previsione di attività di secondo grado.

L'Autore conclude, infatti, asserendo che, per configurare interventi di secondo grado, si necessita di una condizione minima, ma in sé sufficiente: per effetto di comportamenti assunti dall'amministrazione si deve essere

---

(24) GAFFURI, *Ripensamenti giurisprudenziali*, cit., 259.

(25) Già prima della novella si registrava l'esistenza di un orientamento consolidato che configurava nella fattispecie *ex.* art. 19 una formazione di legittimo affidamento, quale portato del mancato esercizio dei poteri inibitori-repressivi. Cons. St., Ad. Gen., 6 febbraio 2002, n. 27, in *Foro it.*, 1992, III, 200. In dottrina ROMANO, *Aspetti problematici del regime di talune attività private previsto dall'art. 19 della l.n. 241 del 1990*, in *Relazione conclusiva sull'attività della Commissione di studio per l'attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in Camera del Deputati, Atti Parlamentari, X Legislatura, doc. XXVII, n. 7 *bis*, 429 ss.

formato una situazione di affidamento meritevole di tutela, connessa o meno ad un atto amministrativo. In base all'interpretazione suggerita, il terzo che si assuma leso dal mancato esercizio dei poteri inibitori-repressivi potrebbe ricorrere al giudice amministrativo per ottenere una sentenza, di accertamento, che statuisca l'illegittimità del silenzio serbato dalla p.a., per carenza dei presupposti e dei requisiti attestati nella dichiarazione di inizio attività. La sentenza di accertamento avrebbe l'effetto utile di sconfessare l'affidamento ingenerato dal silenzio, cosicché si possa poi procedere all'esercizio dei poteri repressivi previsti *ex* art. 19. Nel concreto, però, la tesi non riesce a smarcarsi in maniera convincente da quella che vede nel silenzio dell'amministrazione un comportamento significativo, idoneo ad integrare un atto tacito. L'attività amministrativa, infatti, può essere analizzata in due ottiche diverse, quella del referente primo della p.a. (in questo caso il dichiarante) e quella del terzo che si assuma leso dall'agire amministrativo.

La teoria mista, però, incentra la propria attenzione e i propri sforzi argomentativi solo sulla prima delle due, cercando di dimostrare come il comportamento dell'amministrazione non aggiunga nulla alle posizioni giuridiche attive del dichiarante (diritto di esercitare l'attività dichiarata, a legittimazione direttamente normativa), bensì radichi semplicemente un ragionevole affidamento circa la sussistenza delle medesime. Si riesce, con qualche sottigliezza retorica, a sostenere che il silenzio della p.a. rafforzi senza aggiungere, avvantaggi pur non concedendo. Ammesso che un siffatto ragionamento tenga, in realtà manifesta tutta la sua debolezza sul fronte passivo della vicenda: la tutela del terzo. Se il terzo, per ottenere che l'attività venga vietata e repressa, deve prima impugnare il silenzio dell'Autorità perché questo venga dichiarato illegittimo, ha, nella sostanza, innescato una tutela caducatoria [(26)]. Non basta, a parere di chi scrive, invocare una pronuncia di mero accertamento: è effetto esclusivo di una sentenza demolitoria quello di eliminare atti o comportamenti della p.a. che si frappongano tra lesione e riparazione alla medesima. Inoltre la successiva attività dell'amministrazione, di carattere repressivo-ripristinatorio, altro non sarà che l'effetto del fattore conformativo insito in ogni sentenza di annullamento.

Altri [(27)], ancora, individuano un fattore altamente probatorio della natura pubblicistica dell'istituto giuridico nel fatto che il dichiarante debba

---

[(26)] TAR Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1367, *cit.*, afferma, infatti, che unica richiesta che possa essere avanzata circa il comportamento negativo dell'amministrazione che non abbia attivato i suoi poteri inibitori sia l'annullamento del comportamento medesimo.

[(27)] VACCA, La *natura giuridica della DIA, con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 conv. Con mod. nella l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 3, ove si rileva che l'attuale art. 19 offre alla Pubblica amministrazione «uno *spatium temporis* onde consentirle di impedire che l'attività denunziata abbia inizio, qualora risulti l'insussistenza dei

attendere 30 giorni prima di poter iniziare l'attività: ciò basterebbe a configurare, in capo alla Pubblica amministrazione, un potere costitutivo del diritto all'esercizio dell'attività cui farebbe da contraltare soltanto un interesse legittimo pretensivo e non un diritto soggettivo pieno di derivazione direttamente legislativa, come vorrebbe la tesi della natura privata della d.i.a.

Altro appiglio normativo, inoltre, è rappresentato dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 21, ove la dichiarazione di inizio attività, insieme al silenzio assenso, verrebbe ricondotta al numero degli atti autorizzatori, quale modalità procedurale, alternativa a quella delineata all'art. 20, di assentire tacitamente all'esercizio di un'attività privata.

V'è chi, infine, individua nella previsione della giurisdizione esclusiva un argomento a favore della tesi pubblicistica, ove si ponga mente agli interventi manipolativi della Consulta in punto di devoluzione al Giudice amministrativo della cognizione sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi. La disposizione in materia di giurisdizione esclusiva integra, in realtà, una previsione di duplice utilizzazione, a favore dell'una o dell'altra teoria ricostruttiva della dichiarazione di inizio attività, privatistica e pubblicistica.

Certa dottrina, da un lato, ha tentato di dimostrare come l'ammettere, da parte del legislatore, la possibilità che in capo al privato si configuri un diritto soggettivo escluda che si abbia esercizio di potere in senso proprio, come tale dialogante per definizione esclusivamente con situazioni di interesse legittimo. Tale opzione interpretativa sposa l'opinione, sostenuta da autorevole dottrina [28], secondo la quale non è possibile rinvenire diritti soggettivi in presenza di autentico potere autorizzatorio, indipendentemente dalla natura vincolata o meno dell'attività amministrativa, con la conseguenza, logica, che l'asserita presenza di diritti soggettivi è causa ostativa all'individuazione di fattispecie autoritative. A siffatta lettura si formulano, però, due importanti obiezioni. Innanzitutto il dato della ritenuta titolarità in capo al privato di un diritto soggettivo nelle fattispecie *ex* art. 19 non rende, per ciò solo, inconfigurabile un passaggio autorizzatorio da parte della Pubblica amministrazione.

---

presupposti di legge e, dunque, l'inconsistenza della posizione giuridica soggettiva del privato dichiarante, con la conseguenza che il potere di verifica dell'amministrazione opera non solo *ex post*, ma anche prima che sia intrapresa e possa essere intrapresa l'attività oggetto di Dia, il che sembra incompatibile con il riconoscimento in capo al privato di un diritto soggettivo perfetto all'esercizio dell'attività. La consistenza della situazione giuridica soggettiva, allora, deve essere ricondotta a quella propria dell'interesse legittimo pretensivo, in quanto sottoposta sin *ab origine* ai poteri autoritativi della p.a. che si presentano a tutti gli effetti come poteri autorizzatori sia pure atti a manifestarsi in maniera peculiare ossia mediante il comportamento inerte del soggetto pubblico».

[28] Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 35

Parte della dottrina [29], in adesione alla teoria la quale vede, a fronte di agire vincolato, posizioni giuridiche piene di diritto soggettivo, non ha concluso che tale inquadramento della situazione giuridica del privato sia incompatibile con un intervento dell'Autorità in veste autorizzatoria. Stando, poi, a recenti pronunce della Corte Costituzionale [30], la previsione di casi di giurisdizione esclusiva è legittima nella misura in cui si rintracci l'esercizio di potere amministrativo: solo una lettura pubblicistica, allora, sembrerebbe tale da rendere compatibile la riserva di giurisdizione con i *dicta* della Consulta.

A dimostrazione, inoltre, del fatto che non esista un'incompatibilità (ontologica si potrebbe dire) fra denuncia di inizio attività e regimi autorizzatori, si ricordino quelle discipline settoriali che prevedono delle d.i.a. unanimemente interpretate in chiave pubblicistica. Un primo esempio è rappresentato dalla denuncia di inizio attività in materia edilizia [31], la quale era ritenuta essere cosa diversa rispetto all'istituto descritto al vecchio art. 19: a differenza di quest'ultimo, infatti, la dottrina maggioritaria [32] riteneva che la denuncia di cui all'art. 22 ss. del d.p.r. n. 380/2001 fosse idonea a trasformarsi in un vero e proprio titolo autorizzatorio. In particolare tale titolo verrebbe ad esistenza, a seconde delle diverse tesi prospettate, o dal momento della presentazione della denuncia o, al più tardi, con la scadenza del termine sospensivo dell'attività. Parimenti in materia di installazione di impianti radioelettrici il legislatore delegato ha delineato un tipo di de-

---

[29] Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 2, Torino, 1988, 31; Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 348.

[30] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost., 11 maggio 2006, n .191.

[31] Il Collegio umbro ricostruisce in termini diversi il rapporto tra disciplina edilizia e legge sul procedimento amministrativo: la qualificazione della d.i.a. edilizia quale atto tacito si deriva anche, e definitivamente, dalla recente modifica della l.n. 241/1990, non invece dal tenore medesimo della disciplina di settore.

[32] Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 733; Bianchi, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 1998, 173; De Nictolis, *Natura giuridica della denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. e app.*, 2003, 374 ss.. In giurisprudenza, *ex multis*, TAR Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113, in *Urb e app.*, 2003, 581; TAR Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 49. Sulla base di queste considerazioni, prima della novella del 2005, molti dubbi erano sollevati in ordine all'applicabilità della disciplina di cui al vecchio art. 19 ai casi di denuncia edilizia: cfr. Proietti, *La DIA alla luce del nuovo art. 19 della l. n. 241/1990*, in *Urb e app.*, 2005, 325 ss.; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, cit. Tale impostazione troverebbe preciso riscontro nell'art. 1, comma 5, d.lgs. n. 301 del 2002, che non configura la d.i.a. come un'attività privata, bensì come un titolo abilitativo proveniente dall'amministrazione, sia pure in forma silenziosa o per inerzia. Decisivo, inoltre, il tenore dell'art. 23, comma 5, d.p.r. n. 380/2001: «la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso

nuncia di inizio attività idonea a dar luogo ad un tacito assenso da parte della Pubblica amministrazione competente [33]: la terminologia impiegata, infatti, non lascia adito a fraintendimenti, dal momento che, *expressis verbis*, ai sensi del d.lgs. n. 259/2003 si intende accolta la denuncia cui, entro 90 giorni, non abbia fatto seguito un provvedimento di diniego. Bisogna concludere, dunque, nel senso che ogni definizione non possa arrestarsi al dato testuale, ovverosia alla tipologia di atti invocati dalla norma (istanza o denuncia, atto di diniego anziché inibitoro, etc.), ma debba indagare il concreto atteggiarsi del rapporto fra privato e p.a. L'atto dell'Amministrazione *ex* art. 19 è ontologicamente atto di diniego e, tendenzialmente, in via statistica, provvedimento inibitorio, maturata nel legislatore medesimo la convinzione che l'atto in questione difficilmente perverrà al privato prima che questi cominci l'attività.

Qualora, infatti, il privato dovesse essere raggiunto da un provvedimento della Pubblica amministrazione prima che siano decorsi i trenta giorni dalla prima comunicazione, il contenuto di questo non potrà che essere di diniego, al pari di un atto espresso che voglia bloccare il formarsi del silenzio assenso nell'ambito dei casi coperti dall'art. 20. Allo stesso modo la dichiarazione potrebbe essere letta quale istanza corredata di un'istruttoria anticipata e compiuta dal privato stesso. Si dovrebbe parlare, dunque, più che di autoamministrazione, di autoresponsabilità, di un'applicazione procedimentale del principio di sussidiarietà orizzontale. Il cittadino valuta autonomamente e preventivamente se ricorrono le condizioni per l'esercizio dell'attività, dichiara all'amministrazione che queste condizioni esistono, assumendosi, di conseguenza, la responsabilità del dichiarato e il rischio di un futuro provvedimento inibitorio [34].

Azzardando una più audace interpretazione, potrebbe dirsi che la vincolatività della norma di disciplina dell'attività consente al privato, di cui l'ordinamento rifiuta l'*ignorantia legis*, di verificare da sé la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività medesima, in una logica acceleratoria di massima semplificazione dei regimi autorizzatori, la quale non esclude, comunque, un successivo intervento della p.a. sia ad inibire l'attività, prima che si formi l'atto tacito, sia in autotutela, quando il silenzio si sia irrimediabilmente formato. Soltanto la procedura di formazione del silenzio differenzia, in realtà, gli istituti *ex* artt. 19 e 20. Quest'ultimo, infatti, descrive un ipotesi di silenzio significativo estremamente semplice, in cui l'istanza attiva il potere amministrativo che si ritiene positivamente esercitato anche in caso di inerzia della p.a: il vero ed unico baricentro del meccanismo autorizzatorio è rappresentato, in questi casi, dal comportamento dell'amministrazione. La maggior complessità insita nel disposto dell'art. 19, però, non sembra,

---

eventualmente necessari». Cfr. D'Arienzo, *La dichiarazione di inizio attività nell'elaborazione della giurisprudenza amministrativa e costituzionale prima e dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 120.

[34] Art. 87, comma 9, d. lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

per ciò solo, poter escludere che si tratti di silenzio significativo. Non è la mera inerzia della p.a. ad essere equiparata ad un atto espresso, bensì è l'intero novero degli adempimenti, privati e pubblici – con finale segmento "silenzioso" – a rappresentare la fattispecie costitutiva dell'atto abilitativo, che si ritiene formato al verificarsi dell'ultimo elemento negativo, ovverosia la mancata adozione di atti repressivi. Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie complessa e a formazione progressiva, che consta di due elementi, uno di matrice privata, che integra qualcosa di più di una mera istanza, e l'altro di natura pubblicistica, silenziosa, latamente autorizzatoria.

Adottando un'accezione più ampia di silenzio significativo, quale quella ora fornita, sembrerebbe possibile (ed opportuno) ricondurre la fattispecie descritta all'art. 19 nel novero delle molteplici forme applicative del modello astratto di amministrazione "silenziosa".

## 4. *Conclusioni*

Alla stregua delle osservazioni sinora svolte, data la profonda innovatività della novella del 2005, si tratta infine di comprendere fino a che punto l'attuale disciplina si collochi in una dimensione di continuità con la precedente, anziché integrare un cambio di rotta sostanziale, conseguenza di una profonda rivisitazione dell'istituto giuridico. Non a caso il Collegio umbro non pone in rapporto di netto contrasto ed alternatività le letture privatistiche e pubblicistiche dell'istituto della d.i.a.: scorgere un decisivo elemento interpretativo nella riforma legislativa significa, infatti, dare alla qualificazione che ne derivi una precisa dimensione cronologica. Si intende dire che, forse, entrambe le teorie, privatistica e pubblicistica, sono corrette, se collocate nel giusto contesto temporale (*ante* e *post* riforma). A ben vedere, allora, il recente intervento legislativo ha creato, nonostante le apparenti somiglianze fra vecchio e nuovo, una modalità di agire amministrativo completamente diversa, sostitutiva della precedente e non modificativa dello stessa.

Più giusto sarebbe, dunque, abbandonare ogni tentazione di ricostruire in termini "evoluzionistici" l'istituto della denuncia di inizio attività ed ammettere che esistono molteplici possibili articolazioni di un meccanismo quale quello delineato all'art. 19 e che il legislatore ha scelto di sostituire il precedente (più snello e forse effettivamente orientato in senso privatistico) per adottarne uno più in linea con un ruolo eminentemente autorizzatorio della p.a.

SANDRO SABA

---

(35) GAFFURI, *Ripensamenti giurisprudenziali sulla natura della denuncia di inizio attività*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 251. L'Autore, però, riconosciuta la funzione responsabilizzante svolta dall'art. 19, usa tale argomentazione al fine di escludere che la dichiarazione inneschi un procedimento autorizzatorio, per l'impossibilità di conciliare la suddetta funzione con la configurazione di un rapporto istante-provvedente.

# *OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO*

## LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI CONTRATTI INDIVIDUALI DI LAVORO SECONDO LA DISCIPLINA COMUNITARIA INTRODOTTA DAL REGOLAMENTO 44/2001.

SOMMARIO: 1. *Dalla convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/01: la giurisdizione in materia di controversie internazionali di lavoro.* 2. *Le soluzioni adottate a favore dei lavoratori: gli artt. 18-19 del reg. 44/01;* 3. *L'autonomia dei privati nella scelta del foro competente e i limiti all'electio fori previsti per le controversie di lavoro.*

1. Con riferimento alle controversie in materia di contratti individuali di lavoro, il regolamento CE 44/01 rappresenta il compimento di una complessa e interessante evoluzione normativa a livello comunitario che è sfociata nella previsione di uno speciale foro per apprestare alla categoria dei lavoratori la tutela necessaria [(1)].

La materia, già disciplinata dalla convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [(2)], è stata di recente ulteriormente specificata, con riferimento ai contratti di lavoro, nel regolamento n. 44/2001 del Consiglio [(3)], emanato in forza delle competenze introdotte

---

(1) Vedi, per tutti, POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, 2 ed., Padova, 2001, p. 3 ss.

(2) La convenzione di Bruxelles del 1968, espressione della volontà pattizia degli Stati e, in quanto accordo, disciplinata dal diritto internazionale, assume rilievo in ambito comunitario ai sensi dell'art. 293 TCE, il quale promuove i negoziati tra gli Stati membri intesi a garantire, a favore dei cittadini: " la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali".

(3) Il regolamento CE 44/01, del 22 dicembre 2000 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, usualmente denominato Bruxelles I, è pubblicato in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. 12 del 15 gennaio 2001; su tale atto esiste una copiosa bibliografia, tra i vari commenti si veda: CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo, dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento*

dal Trattato di Amsterdam e previste agli artt. 61 e 65 TCE; nel regolamento è confluito sostanzialmente il *corpus* normativo della convenzione di Bruxelles con l'apporto di modifiche [(4)], con le quali sono state recepite nel testo normativo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia nel corso della sua opera interpretativa della convenzione [(5)].

Il sistema del regolamento Bruxelles I si fonda essenzialmente su due principi cardine: il principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto [(6)], e quello della reciproca fiducia nella giustizia in ambito comunitario, che consente il riconoscimento automatico delle decisioni emesse dal giudice di uno Stato membro in un altro Stato membro [(7)].

Per quanto riguarda la competenza giurisdizionale, rivestono notevole importanza anche elementi non prettamente economici, che possono derivare dalla conclusione di determinati contratti e che necessitano di particolari meccanismi di tutela, al fine di favorire la parte contrattualmente più debole. Per questo si stabiliscono fori alternativi rispetto al foro generale del domicilio del convenuto; così se ci cita in giudizio l'assicuratore o la controparte del consumatore [(8)] si ha la possibilità di scelta tra i giudici dello Stato in cui il convenuto è domiciliato o quelli dello Stato in cui è domiciliato l'attore [(9)]. Le norme sulla giurisdizione in materia di contratti individuali di lavoro, per la prima volta inserite nella sezione 5 del capo II del regolamento CE 44/01, sono ispirate alla medesima *ratio*: il datore di lavoro, oltre che davanti al foro del proprio

---

*CE 44/01*, ultima ed., Torino, 2006; Bertoli, *La disciplina delle giurisdizione civile nel regolamento n.44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 625 ss.; Beraudo, *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journ. dr. int.*, 2001, p. 1033 ss.

(4) Per quanto concerne le modifiche apportate dal regolamento 44/2001 alla convenzione di Bruxelles si rimanda a Droz e Gaudemet-Tallon, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concenant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile e commerciale*, in *Rev. critique de droit internat. privé*, 2001, p. 630 ss.

(5) Nello specifico, la competenza interpretativa della Corte di giustizia rispetto alle norme della convenzione di Bruxelles , è possibile in virtù del Protocollo di Lussemburgo del 1971 (Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmato a Lussemburgo, il 3 giugno 1971, disponibile on line all'indirizzo web: http://eur-lex.europa.eu).

(6) V. considerando n. 11 e art. 2 del regolamento 44/2001.

(7) V. art. 23 del regolamento 44/2001.

(8) Per la definizione di consumatore accolta dal sistema di Bruxelles, si veda Droz e Gaudemet-Tallon, *La transformation,* cit., p. 638 ss.

(9) I fori speciali per i contratti di assicurazione e per quelli conclusi dai consumatori son previsti, rispettivamente, agli artt. 9 e 16 del regolamento 44/01.

domicilio, può essere convenuto anche "(a) davanti al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell'ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente, o (b) qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo Paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto" (art. 19, n. 2, reg. 44/01).

La *ratio*, dunque, che spinge alla ricerca di una miglior tutela possibile è espressa nel principio del *favor laboris*: il lavoratore, considerato dal punto di vista sociologico e giuridico la parte più debole nel rapporto contrattuale, deve poter accedere alla giustizia il più agevolmente possibile e con la minor spesa [10].

Tuttavia, ad una effettiva attuazione di tale tutela, è di ostacolo la mancanza di una chiara definizione della nozione di contratto individuale di lavoro, assente sia nella convenzione di Bruxelles, sia nella convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali [11], che nel regolamento Bruxelles I. La Corte di giustizia, per superare l'*impasse* di dover definire tale concetto per delimitare l'ambito di applicazione della normativa uniforme è ricorsa all'interpretazione autonoma dei termini impiegati [12], e facendo espresso richiamo alla disciplina della libertà di circolazione dei lavoratori in ambito comunitario (art. 39 TCE), ha affermato che per interpretazione autonoma si deve intendere un'accezione di lavoratore comunitario, che oltrepassi le singole definizioni ricavabili dalle qualificazioni nazionali [13].

Il contratto di lavoro – precisa la Corte – anche quando ha ad oggetto delle prestazioni di servizi, è istituto caratteristico rispetto agli altri tipi contrattuali, in quanto è possibile riscontrarvi il nesso durevole e specifico della prestazione che lega il lavoratore all'organizzazione dell'impresa e al datore di lavoro, e collega il luogo di esercizio dell'attività con l'applicazione di norme imperative e contratti collettivi [14].

---

[10] Corte di giustizia, 9 gennaio 1997, in causa C-383/95, *Rutten c. Cross Medical Ltd*., in *Raccolta*, 1997, p.I-57 ss., punto 24 a p. 78.; in argomento: MOSCONI, *Giurisdizione in materia di contratto individuale di lavoro*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 771 ss.

[11] La convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, firmata a Roma il 18 giugno 1980, è pubblicata in Gazzetta Ufficiale CE n. L. 266 del 09/10/1980, è consultabile anche su *www.iusreporter.it*.

[12] Corte di giustizia 13 luglio 1993, in causa C-125/92, *Mulox c. Geels*, in *Raccolta* 1993, I, 4098, a pp. 4102-4103 (punti 10 e 11) e in *Riv. dir. int. priv. proc*., 1994, p. 432 ss.

[13] Corte di giustizia, 26 febbraio 1992, causa c-3/90 *Bernini C. Minister Van Onderwijs en Wetenschappen*. Per converso la direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996, ha optato invece per una qualificazione nazionale del termine, sulla scorta della *lex causae*.

[14] Sentenza 15 gennaio 1987, causa 266/85, *Shenavai c. Kreischer*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 1988, p. 562 ss., punto 16 ss.

2. Come espresso nel 13° considerando del regolamento, secondo il quale "nei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro è opportuno tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali", la caratteristica principale della disciplina speciale del regolamento CE 44/01 in materia di contratti individuali di lavoro, consiste nel permettere al lavoratore di poter convenire il proprio datore di lavoro, anche davanti ad un giudice diverso da quello del domicilio di quest'ultimo, nelle due ipotesi descritte all'art. 19 del regolamento. A tal fine, rilevano (a) il luogo di abituale svolgimento della propria attività lavorativa -ovvero dell'ultimo luogo in cui è stata svolta [15] e (b) il luogo in cui si trova la *sede d'attività presso la quale il lavoratore è stato assunto*, criterio quest'ultimo applicabile solo in ipotesi di attività di lavoro prestata in più luoghi, senza che nessuno di essi presenti caratteristiche di abitualità e stabilità per il lavoratore o allorché il luogo della stabile ed abituale attività lavorativa si trovi in uno Stato estraneo alla Comunità Europea o agli Stati contraenti della convenzione di Lugano [16]. Tali luoghi, tuttavia, devono essere determinati secondo autonomi criteri, direttamente indicati dal regolamento in esame senza alcuna integrazione da parte degli ordinamenti nazionali.

Il regolamento 44/01 precisa, inoltre, riguardo al criterio di cui all'art.19, *sub* (a), che, qualora il lavoratore abbia, in tempi diversi, con abitualità, lavorato in più Stati, occorre prendere in considerazione, ai fini dell'individuazione del foro, l'ultima sede di lavoro abituale, quella cioè che, secondo un'interpretazione ormai consolidata della Corte di giustizia [17], presenta i collegamenti più stretti con la controversia. E nel caso in cui il lavoratore abbia svolto più prestazioni lavorative in diversi Stati, dovrà tenersi conto del centro effettivo di svolgimento delle

---

[15] Insistono sul carattere residuale di tale foro MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 358 ss. e SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000, pp. 47-48, mentre BERAUDO, *Le Règlement* cit., p. 1058 auspica che la Corte di giustizia abbandoni la giurisprudenza *Rutten c. Cross Medical Ltd. (*cit. *supra,* nota 10).

[16] Questa convenzione riguarda la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, essa fu conclusa a Lugano il 16 settembre 1988. Vi hanno aderito gli Stati membri dell'Unione europea, la Polonia nonché gli Stati dell'Associazione europea di libero scambio (AELS) . Si tratta di un accordo parallelo all'omologa Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla stessa materia. Il testo della conv. Di Lugano è consultabile all'indirizzo web: *www.bj.admin.ch.* Esistono tuttavia delle differenze tra i due trattati, in argomento si rinvia a S. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo,* cit., p. 122.

[17] V. per tutte Corte di Giustizia, 27 febbraio 2002, causa 37/00, *H. Weber c. Universal Ogden Service Ltd*, pubblicata nel sito ufficiale della Corte, http://curia.europa.eu, spec. al punto 55.

prestazioni medesime, cioè dell'ambito spaziale nel quale egli adempie l'obbligazione lavorativa o organizza l'attività stessa; si valuta insomma la prestazione che maggiormente caratterizza il contratto (tale è quella del lavoratore) e, nell'eventualità in cui tale prestazione non sia svolta in un solo luogo determinato, subentra il fattore temporale, e si farà riferimento al luogo in cui "il lavoratore ha trascorso la maggior parte del tempo lavorativo"[18], secondo quanto disposto dall'art. 29, par. 2, lett. (a).

La Corte di giustizia ha osservato come, nella determinazione del foro speciale, occorra individuare il luogo in cui il lavoratore possa, con la minor spesa e con il risultato più efficiente, provvedere alla difesa dei suoi interessi[19]. In genere la competenza dei giudici del *locus laboris* rende, evidentemente, più agevole l'introduzione del giudizio da parte dello stesso lavoratore, la ricerca di un legale di fiducia, nonché la verifica delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa.

A coronamento del suo intento a tutela del lavoratore, il legislatore comunitario ha stabilito che, il datore di lavoro può convenire in giudizio il proprio dipendente esclusivamente di fronte al giudice del domicilio

---

(18) Corte di Giustizia, 27 febbraio 2002, causa 37/00, *H. Weber c. Universal Ogden Service Ltd*., cit., spec. al punto 58: " Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la seconda questione dev'essere risolta dichiarando che l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles va interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore adempie le obbligazioni derivanti dal suo contratto di lavoro in più Stati contraenti, il luogo dove egli svolge abitualmente la sua attività, ai sensi di questa disposizione, è il luogo nel quale, o a partire dal quale, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, egli adempie di fatto la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro. Trattandosi di un contratto di lavoro in esecuzione del quale il lavoratore esercita in più Stati contraenti, occorre, in linea di principio, tenere conto di tutta la durata del rapporto di lavoro per determinare il luogo dove il lavoratore svolgeva abitualmente la sua attività, ai sensi della menzionata disposizione".

(19) Corte di Giustizia, 9 gennaio 1997, causa C-383/95, *P.W.Rutten c. Cross Medical Ltd.*, cit., in particolare i punti 25, 26 e 27 della sentenza, in cui la Corte precisa che "per la concreta determinazione di questo luogo, che rientra nella competenza del giudice nazionale in considerazione degli elementi di fatto di ciascun caso di specie di cui è adito, si deve tener conto della circostanza, sottolineata nella causa principale, che il lavoratore svolgeva i due terzi circa della sua attività professionale in uno Stato contraente - mentre la sue altre prestazioni venivano effettuate in diversi altri paesi – e nel detto Stato contraente disponeva di un ufficio a partire dal quale organizzava la propria attività per conto del datore di lavoro e nel quale faceva ritorno dopo ogni viaggio di lavoro all'estero. In una situazione quale quella della causa principale, il lavoratore ha stabilito il centro effettivo della propria attività lavorativa nel quadro del contratto di lavoro concluso con il datore di lavoro proprio in tale luogo. Quest'ultimo deve considerarsi, ai fini dell'applicazione dell'art. 5, punto 1, della Convenzione, il luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività".

del lavoratore (art. 20, par. 1, reg. 44/01), la cui localizzazione va normalmente apprezzata facendo riferimento al momento della proposizione dell'azione.

Inoltre, nel caso in cui un dipendente, interrotto il rapporto di lavoro, trasferisca nuovamente il domicilio nel proprio paese d'origine, sarà quest'ultimo pertanto a venire in considerazione. Nei confronti del lavoratore che si sia trasferito in uno Stato non comunitario, il datore di lavoro potrà eventualmente invocare, se contemplate, le competenze residue previste dalla *lex fori* del proprio Stato –anche esorbitanti-, mentre dovrà agire presso i giudici stranieri se c'è giurisdizione di uno Stato membro.

3. Il regolamento 44/01 enuncia il principio secondo cui occorre rispettare l'autonomia delle parti nella scelta del foro competente; tuttavia, tale autonomia viene limitata nelle fattispecie rientranti "nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro" [(20)].

Per tali categorie di contratti, infatti, lo spazio di operatività della volontà delle parti, quale criterio di giurisdizione, è alquanto ristretto ed è caratterizzato dall'eccezionalità: l'art. 21 prevede esclusivamente due ipotesi [(21)], e dalla formulazione della norma si evince chiaramente che si tratta di un'eccezione alla regola della non derogabilità del sistema delineato dagli artt. 19 e 20 del regolamento in tema di contratti di lavoro.

La *ratio* di tale limitazione è facilmente intuibile, basti considerare che in genere il datore di lavoro, caratterizzato da una maggiore forza contrattuale, sarebbe agevolato nella fase della contrattazione e potrebbe imporre condizioni più restrittive al lavoratore nella scelta del foro per future controversie, rispetto alle numerose opzioni previste nel regolamento o, viceversa, potrebbe riservarsi la possibilità di agire contro il proprio dipendente anche al di fuori del foro del domicilio di quest'ultimo.

Per questo motivo, se l'*electio fori* risulta a vantaggio del lavoratore, può essere prevista anche contestualmente alla conclusione del contratto (art. 21, par. 2, reg. 44/2201), mentre se, al contrario, avvantaggia il datore di lavoro, essa può essere esclusivamente disposta successivamente all'insorgere della controversia (art. 21, par. 1, reg.), quando cioè il rapporto lavorativo tra le parti in genere si è già risolto; tale

---

[(20)] Vedi il 14° considerando del preambolo del reg. 44/2001. Ricordiamo che questo principio non opera nei casi di competenza esclusiva di cui all'art. 22 reg. 44/01.

[(21)] Tali ipotesi richiamano quelle previste dall'art. 17, ultimo paragrafo, della convenzione di Bruxelles.

scelta del foro deve essere anche necessariamente disposta in una "convenzione" [22], stipulata o almeno confermata per iscritto da entrambe le parti, così come previsto dall'art. 23, comma 1, lett. (a) reg., che sancisce dunque un vincolo quanto alla forma di manifestazione di tale scelta [23].

In materia di lavoro, inoltre, a differenza delle previsioni in tema di assicurazioni e di contratti conclusi dai consumatori [24], la disciplina concordata nell'accordo tra la parti prevale rispetto alla normativa imposta nelle leggi nazionali, anche se più restrittiva [25].

A tal proposito, ci si può interrogare se il regolamento consenta o meno la possibilità che la scelta delle parti riguardo al foro competente cada a favore della giurisdizione di uno Stato non membro, derogando la competenza di uno Stato comunitario stabilita dal regolamento, e comportando, così, qualora si adisse l'organo giurisdizionale di tale Stato membro, la possibilità di sollevare eccezione d'incompetenza.

Il regolamento, così come antecedentemente la convenzione di Bruxelles, nulla dice al riguardo, lasciando aperta la questione se il giudice adito debba pronunciarsi sull'eccezione basandosi sul proprio diritto nazionale o, al contrario, debba tener conto dei requisiti, specie quelli formali, previsti nel regolamento [26].

In via di principio, alla luce della *ratio* ispiratrice delle norme speciali sulla giurisdizione nei contratti di lavoro, ci sembra preferibile seguire l'interpretazione letterale dell'art. 21 del regolamento. Occorre, dunque, accertare se l'*electio fori* preceda oppure segua l'insorgere della controversia e se venga invocata dal datore di lavoro oppure dal prestatore di lavoro [27]; come già chiarito, il primo, infatti, può solamente riferirsi ad una convenzione posteriore all'insorgere della controversia, mentre il secondo, se chiamato in giudizio nello Stato membro in cui svolge la propria attività, potrebbe invocare una clausola di deroga pattizia presente nel contratto con cui è stato assunto.

---

[22] L'espressione "convenzione" è impiegata anche negli artt. 13 e 17 del regolamento e nei corrispondenti artt. 12 e 15 della convenzione di Bruxelles in materia di contratti di assicurazione e dei consumatori; essa è riconducibile alla formula dell'art. 23 reg., sulla proroga di competenza. Nella versione francese si parla di "convention" e di "convention attributive de juridiction", mentre in quella inglese le espressioni impiegate sono "agreement" e "agreement conferring jurisdiction".

[23] Così, Mosconi, *La giurisdizione* cit., p. 24.

[24] V. art. 13, par. 3 reg. 44/2001 in materia assicurazioni e art. 17, n. 2 stesso reg., in materia di contratti coi consumatori

[25] Cfr. Beraudo, *Le Règlement* cit., p. 1059 in nota.

[26] Sul punto si veda Mari, *Il diritto processuale* cit., p. 585 ss.

[27] Sostiene questa soluzione intrpretativa Mosconi, *La giurisdizione* cit., p. 25.

In conclusione, il dichiarato principio del *favor laboris,* garantito dal regolamento 44/01, si realizza principalmente attraverso la limitazione dell'autonomia privata, nella consapevolezza che il prestatore di lavoro, in quanto privo di forza contrattuale, nella maggior parte dei casi, non ha altra possibilità che aderire alle condizioni volute dal datore di lavoro, specie per quel che concerne questioni relativamente sofisticate come la scelta del foro cui sottoporre eventuali controversie.

ELENA FERRARA

# *DOTTRINA*

## LA TUTELA DELLA PROLE NELLE CRISI FAMILIARI. SOLUZIONI E RIMEDI DEI PATTI INTERNAZIONALI E DEL SISTEMA NORMATIVO INTERNO

SOMMARIO: *1. La Costituzione repubblicana e la condizione del minore. – 2. Le convenzioni internazionali e la protezione del minore. – 3. La convenzione di New York. – 4. La convenzione Europea di Strasburgo. – 5. Le novità principali delle due Convenzioni Internazionali. Differenze col sistema interno di protezione. – 6. Rilievi critici sul sistema Italiano di protezione del minore. – 7. L'attuale, incerta situazione di tutela della prole nel processo civile minorile.*

### *1. La Costituzione repubblicana e la condizione del minore*

Da tempo ed ancor più di recente negli ultimi anni dello scorcio finale del secolo XX° ed alle soglie del terzo millennio, la condizione e le situazioni soggettive del minore, gli aspetti salienti della sua personalità hanno avuto un'ampia considerazione negli ordinamenti interni e nelle convenzioni internazionali sotto la spinta di un'approfondita analisi da parte delle scienze umane e della scienza giuridica che – sensibili ai mutamenti culturali e sociali – le hanno posto al centro della loro attenzione.

È accaduto – così – che atti fondamentali di normativa interna (come la Costituzione della Repubblica Italiana in vigore dal 1.01.1948) e soprattutto gli Accordi internazionali come la Dichiarazione dell'ONU dei diritti del fanciullo 20.05.1959, la convenzione di New York 20.11.1989 e la convezione Europea di Strasburgo 25.01.1996sull'esercizio dei diritti dei fanciulli hanno provveduto ad enunciare alcuni diritti essenziali di cui il minore diviene titolare e portatore.

Deve – anzitutto – farsi menzione del rilievo significativo che la nostra Costituzione ha dato alla figura del minore al quale un complesso di norme – per la prima volta – attribuisce specifici diritti.

E qui sono da ricordare segnatamente:

- il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito dai genitori, in mancanza dei quali o a seguito di loro inosservanza la legge provvede all'assolvimento dei compiti di essi (art. 30 commi 1 e 2);
- il diritto del figlio naturale alla parità di trattamento rispetto al figlio legittimo (art. 30 comma 3);
- il diritto alla salute (art. 32), allo studio (art. 34 commi 1 e 2), alla protezione sul lavoro (art. 37 comma 3);
- il diritto alla formazione ed alla elevazione professionale (art. 34 commi 2 e 3);
- il diritto a condizioni di vita adeguate alle esigenze del suo sviluppo.

*2. Le convenzioni internazionali e la protezione del minore*

Deve – poi – sottolinearsi il rilievo più accentuato che la condizione del soggetto in formazione ha ricevuto nelle convenzioni internazionali.

In queste ha avuto maggiore spazio la dimensione del fanciullo che acquista una posizione di spicco e forma oggetto di una protezione più larga ed incisiva.

La tutela dei minori nelle due convenzioni internazionali più importanti viene espressa in termini diversi: quella dell'ONU del 1989 riconosce in maniera formale i diritti dell'infanzia; quella europea di Strasburgo del 1996 – invece – è volta alla promozione dei medesimi, in quanto è estesa a rendere possibile il loro concreto esercizio davanti all'A.G., specificando campo di applicazione, oggetto e definizioni [1].

Un loro rapido esame congiunto mette immediatamente in luce le principali differenze tra i due patti internazionali citati.

*3. La convenzione di New York.*

La convenzione dell'ONU o di New York 20.11.1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27.05.1991 n° 176), composta da un preambolo e 54 articoli, pone in essere un vero e proprio statuto dei diritti dei minori con riflessi considerevoli sugli ordinamenti degli Stati contraenti.

Nel patto in parola c'è un'indicazione chiara dei diritti dell'infanzia quali:

il diritto alla vita (art.6), al nome, all'identità, alla nazionalità (art. 7);

il diritto alla famiglia (art.8), il diritto di esprimere la sua opinione su ogni questione che interessi il minore capace di discernimento (art.

---

[1] A. Liuzzi, "La Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli" – Prime osservazioni, *Fam. e Dir.* 2/2003, 287.

12); il diritto alla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione (artt. 13.e 14); il diritto alla libertà di associazione (art.15); il diritto alla Salute (art. 34).

La convenzione dell'ONU proclama solennemente:

- il principio di uguaglianza tra minori contro ogni discriminazione connessa alla razza, al colore della pelle, al sesso, alla lingua, alla religione, all'opinione politica (art. 2 co 1);
- e l'altro principio della preminente tutela dell'interesse del fanciullo, principio enunciato: nell'art. 3 che recita "in tutte le decisioni relative ai fanciulli di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei Tribunali, delle Autorità Amministrative e degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo dev'essere nella considerazione preminente; e nell'art. 21 che afferma "l'interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia di adozione da parte degli Stati che l'ammettono e/o l'autorizzano".

*4. La Convenzione Europea di Strasburgo*

Importanza non minore riveste la Convenzione Europea di Strasburgo 25.01.1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata e resa esecutiva con legge 20.03.2003 n° 77 in vigore dal 18.04.2003 (ex art. 4 legge citata), legge che ha recepito nel nostro ordinamento il contenuto dell'accordo di Strasburgo tra gli stati membri del Consiglio d'Europa e tra gli altri Stati firmatari della Convenzione.

L'oggetto espresso e le formalità perseguite dall'accordo sono essenzialmente:

- la promozione, nell'interesse superiore dei fanciulli (i minori che non hanno ancora raggiunto i 18 anni), dei diritti degli stessi;
- la concessione, in loro favore, di diritti processuali;
- l'agevolazione dell'esercizio di questi ultimi;
- la vigilanza a che i minori – direttamente o per il tramite di altre persone o organi – possano essere informati ed autorizzati a partecipare alle procedure che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria [(2)].

La convenzione precisa altresì:

- che le sue disposizioni concernono i procedimenti giurisdizionali in materia familiare e segnatamente quelli relativi all'esercizio delle

---

[(2)] La relazione di accompagnamento alla Convenzione Europea di Strasburgo, nel Commento alle disposizioni dell'Accordo, osserva che la Convenzione agevola l'esercizio dei diritti sostanziali dei fanciulli e rinforza o crea diritti processuali esercitabili dai fanciulli personalmente o per il tramite di altre persone od organi.

Detto commento precisa pure i compiti delle autorità giudiziarie e dei rappresentanti, allo scopo di garantire questi diritti.

responsabilità dei genitori con riguardo alla residenza ed al diritto di visita nei confronti dei figli;

- che l'ambito di operatività dell'accordo è circoscritto (art. 1 co 4) alle controversie indicate – in sede di deposito dello strumento di ratifica - dal singolo Stato che – all'atto della firma o del deposito dello strumento predetto – deve designare almeno tre categorie di controversie familiari.

L'accordo di Strasburgo enuncia specificamente quali sono i diritti azionabili da parte dei minori, cioè i loro diritti attuali, immediatamente tutelati per effetto della ratifica della convenzione e della designazione, da parte del Singolo Stato, nei procedimenti in cui la convenzione si applica.

L'accordo di Strasburgo – in primo luogo – riconosce ad essi il diritto di essere informati e di esprimere la propria opinione nelle procedure (art. 3).

In particolare, al fanciullo, considerato dall'ordinamento interno dotato di un discernimento sufficiente, sono attribuiti segnatamente i diritti:

a. di ricevere ogni informazione pertinente (intesa dalla Convenzione come ogni informazione appropriata: v. art. 2 lett. C. definizione);

b. di essere consultato e di esprimere la sua opinione;

c. di essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

Detto accordo – in secondo luogo – riconosce al fanciullo il diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale (art. 4: secondo la definizione della convenzione "rappresentante è ogni persona come un avvocato o un organo designato ad agire a nome del fanciullo dinanzi ad un'autorità giudiziaria e cioè un Tribunale o un'autorità amministrativa avente una competenza equivalente.

L'accordo di Strasburgo – ancora – indica altri possibili diritti azionabili da parte dei minori, cioè altri eventuali diritti procedurali (art. 5), diritti, pertanto, meramente ipotetici e non attuali per i quali è prevista solo l'opportunità che i singoli Paesi conferiscano dignità di diritti alle stesse facoltà.

Essi sono:

a. il diritto di chiedere l'assistenza di una persona appropriata di scelta ad opera dei fanciulli al fine di essere aiutati ad esprimere la loro opinione;

b. il diritto di chiedere – essi stessi – o per il tramite di altre persone o organi – la designazione di un rappresentante speciale, se del caso un avvocato;

c. il diritto di designare un proprio rappresentante;

d. il diritto di esercitare in tutto o in parte le prerogative di una parte in tali procedure.

La convenzione del 1996 conferisce un ruolo peculiare all'autorità giudiziaria e fa un elenco dei doveri ad essa imposti nei procedimenti che riguardano un minore prima della pronuncia di qualsiasi decisione, quali:

- l'obbligo vuoi di esaminare se dispone di informazioni sufficienti per emettere una pronuncia nell'interesse del minore vuoi di ottenere, se del caso, informazioni supplementari da parte di coloro che hanno responsabilità genitoriali;

- l'obbligo – allorché il fanciullo è considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente.

- di accertare che il minore abbia ricevuto ogni informazione pertinente;
- di consultare personalmente il minore, se del caso e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone od organi, nella forma ritenuta più appropriata, tenendo conto del discernimento del fanciullo a meno che ciò non sia palesemente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso;
- di consentire al minore di esprimere la sua opinione;

- l'obbligo di tenere debitamente conto dell'opinione espressa dallo stesso.

Sul punto, deve sottolinearsi che il giudice non ha il dovere di emettere un provvedimento in conformità delle aspettative o delle richieste del minore ma può discostarsi da esse, esponendo, con congrua motivazione, le ragioni del dissenso;

- l'obbligo di agire con prontezza (art.7) nelle procedure riguardanti un fanciullo, attraverso modelli procedimentali idonei ad assicurare una rapida esecuzione delle decisioni con facoltà sia di adottare in caso d'urgenza provvedimenti immediatamente eseguibili sia di procedere d'ufficio nei casi di grave minaccia al benessere del fanciullo secondo quanto stabilito dal diritto interno.

La convenzione riconosce all'autorità giudiziaria la facoltà di designare un rappresentante speciale per il fanciullo se del caso un avvocato – nelle procedure che lo riguardano, allorché, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitori si vedano privati del potere di rappresentanza del fanciullo a causa di un conflitto di interessi con lo stesso (art. 9).

L'art. 14 afferma l'applicabilità – alle materie considerate dagli artt. 4 e 9 – delle norme relative al patrocinio legale gratuito ed alla consulenza giuridica allorché il diritto interno prevede tali istituti per la rappresentanza dei fanciulli nelle procedure davanti ad un'autorità giudiziaria.

La principale nota distintiva della convenzione di Strasburgo del 1996 è che il minore diventa soggetto processuale, una persona che può

stare in giudizio, agire, partecipare, essere ascoltato come soggetto e non soltanto come oggetto di interessi altrui [3].

L'accordo internazionale di Strasburgo perviene, così, al riconoscimento del fanciullo come parte processuale autonoma, cioè come soggetto con una posizione primaria in giudizio ed in questo, può prendere la parola in proprio o mediante eventuali rappresentanti da lui nominati per fare valere ragioni autonome, avanzare istanze anche in contrasto con quelle degli altri attori.

Alla luce di quanto suesposto è manifesto che la convenzione del 1996 è volta ad assicurare nel processo l'ascolto, la presenza e la partecipazione del minore [4].

Sul piano pratico dell'effettiva loro operatività, le previsioni del patto in parola non consentono di far ritenere d'immediata attuazione i diritti attribuiti ai fanciulli.

Occorrerà – infatti – che le solenni proclamazioni, enunciazioni, raccomandazioni dell'accordo di Strasburgo siano recepite nell'ordinamento interno degli Stati membri chiamati ad avviare le opportune iniziative per tradurle in precetti normativi pienamente applicativi di quelle.

Dalla esposta individuazione dei punti fondamentali dell'accordo di Strasburgo

- che evoca e ribadisce i principi proclamati dalla Convenzione dell'ONU del 1989 – emergono due aspetti salienti che vanno posti al centro di ogni riflessione teorica e di ogni seria riforma normativa.

Tali aspetti riguardano:

- da un lato, la tutela dell'interesse preminente del fanciullo (inteso come interesse alla serenità ed alla stabilità dei rapporti affettivi con entrambi i genitori (il c.d. diritto alla doppia genitorialità) [5], al soddisfacimento del suo bisogno di equilibrato sviluppo psico-fisico ed al

---

[3] G. Magno "Il minore come soggetto processuale" Milano, 2001, XIII.

[4] G. Magno, *op. cit.,* 84.

[5] L'art. 155 c.c. nella versione post riforma di cui alla legge 54/2006, con i due fondamentali obiettivi perseguiti del diritto dei minori alla bigenitorialità e di corresponsabilità di entrambi i coniugi – genitori nello svolgimento dei loro compiti e delle loro funzioni anche dopo la separazione o il divorzio, ha recepito, sebbene con grande ritardo, i principi già enunciati dalla Convenzione di New York 20.11.1989: v. preambolo: "il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, di amore e di comprensione"; v. art. 9 comma 3: "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo"; ed ha previsto l'affidamento condiviso o bigenitoriale come priorità ordinaria, preferenziale e l'affidamento esclusivo o monogenitoriale come alternativa non prioritaria, quale eccezione da motivare adeguatamente con riguardo all'interesse del minore.

rispetto della personalità individuale, interesse che, pertanto, deve avere prevalenza assoluta sulle aspettative e sulle pretese dei genitori);

- dall'altro, il riconoscimento entro certi limiti e a determinate condizioni, di una capacità autonoma del minore di stare in giudizio, di esprimere un'opinione, personalmente o a mezzo di rappresentante, e di far valere i propri diritti.

*5. Le novità principali delle due Convenzioni Internazionali Differenze col sistema interno di protezione.*

Le principali innovazioni introdotte dai due accordi internazionali (la convenzione dell'ONU o di New York del 1989 e la convenzione di Strasburgo del 1996) concernono tre profili di rilievo:

a) la concezione del minore soggetto non più incapace di provvedere a se stesso e necessariamente oggetto di decisioni altrui ma piuttosto come persona titolare di una serie di diritti e protagonista delle sue scelte esistenziali;

b) l'ascolto (obbligatorio) – nei procedimenti che lo riguardano – delle opinioni del minore a far data da un'età individuata attraverso il vaglio delle sue capacità di discernimento;

c) la partecipazione attiva del minore alle decisioni da prendere per lui ed ai procedimenti nei quali è coinvolta.

a) Il minore quale soggetto titolare dei diritti e protagonista delle sue scelte esistenziali.

Come è noto, nell'ordinamento italiano, il minore degli anni 18, (come l'interdetto e l'inabilitato) è soggetto giuridicamente capace (cioè ha la capacità giuridica che consiste nella titolarità di diritti che si acquisisce con la nascita) ma è incapace di agire, in quanto la capacità di agire (cioè l'idoneità del soggetto, giuridicamente capace, a compiere efficacemente attività rilevanti per il diritto) si acquisisce con il raggiungimento della maggiore età.

A differenza del rapporto orizzontale tra coniugi o partners regolato dal principio di uguaglianza, nel rapporto verticale tra genitori e figli non opera il detto principio, giacché ad entrambi i genitori la nostra legge riconosce un potere peculiare, la potestà parentale o genitoriale.

Essa esprime una situazione soggettiva esercitata dal padre o dalla madre nell'interesse dei figli, una situazione che attribuisce ai primi un potere-dovere ed ai secondi una soggezione.

In definitiva, il rapporto familiare genitori-figli è un rapporto giuridico complesso nel quale si trovano insieme, poteri, diritti, obblighi e doveri unitamente alla vicenda ed alla relazione educativa [6].

---

[6] F. Ruscello "La Tutela del minore nella crisi familiare" Milano, 2002, 68.

La potestà – insomma – rappresenta nient'altro che un ufficio, un "munus" in funzione educativa diretta allo sviluppo della personalità dei figli.

La posizione particolare dei genitori, da un lato, e quella della prole, dall'altro, hanno una loro singolare dinamicità attraverso la quale poteri e doveri dei genitori tra loro combinati si bilanciano e si attenuano nel tempo con il progressivo sviluppo della maturità dei figli, maturità cui consegue una crescente autonomia di questi ultimi.

La maggiore autonomia del minore dotato di capacità di discernimento da cui deriva una limitata sua capacità di agire, se comporta – per un verso – il dovere in capo ai genitori di astensione dall'impedire la realizzazione dei diritti della prole, fa sorgere – per altro verso – in capo alla prole stessa il dovere di osservare ciò che viene posto in essere per il suo processo di sviluppo educativo.

Va ricordato, tuttavia, che, nel sistema codicistico, la regola generale dell'incapacità di agire del minore ha numerose eccezioni quali quelle contemplate dagli articoli 84, 90, 145, 165, 244 u.c., 250, 252 co. 2, 263, 273, 284, 348, co. 3, 363, 390, 397 e 774 co. 2 c.c..

E non vanno dimenticate altre eccezioni importanti alla regola dell'incapacità di agire indicate da leggi speciali come la disciplina del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti (leggi 977/1967, 285/1977 e successive modifiche: 113/1986). Una capacità autonoma del minore di disporre in misura maggiore o più ridotta dei propri diritti potenziali è contemplata da altre disposizioni quali gli artt. 7, 25 e 45 L. 184/1983 in materia di consenso all'adozione, gli articoli 316 co. 5 c.c., cc. in ordine all'intervento obbligatorio del quattordicenne nella controversie circa l'esercizio della potestà dei genitori, gli articoli 371 cc. e 79 c.p.c. 321, 322 e 323 cc..

Le eccezioni suindicate, però, non sono sufficienti a mutare la condizione di soggezione all'attività dei genitori del minore, privo per l'età di autonomia e di capacità di autodeterminazione, decidendo pur sempre i genitori per il minore stesso cui è negata la possibilità di esercitare tutte le situazioni di natura personale (c.d. situazioni esistenziali).

Per quanto segnatamente attiene alla capacità di agire, sono da distinguere il mero riconoscimento del diritto di essere ascoltato, del diritto di essere presente, di farsi rappresentare, di scegliere personalmente il proprio rappresentante e di proporre eventuali istanze dalla capacità di essere parte nel giudizio, costituendosi in esso e formulando istanze e conclusioni proprie [7].

Il diritto di presenziare al giudizio – personalmente o con l'assistenza e con la rappresentanza di adulti (generalmente il genitore o, in alcuni

---

[7] G. Magno, *op. cit.* 7.

casi, il curatore o figura analoga) non attribuisce al minore la qualità di parte ma gli permette solo di curare i propri interessi.

In proposito, basterà ricordare i procedimenti di separazione e di divorzio fra genitori, procedimenti in cui – indipendentemente dalla palese inopportunità di una presa di posizione del figlio nei confronti dei genitori – non esiste un suo interesse all'assunzione della qualità di parte in ordine alla domanda principale concernente il rapporto di coniugio.

Sul punto, deve farsi menzione della sentenza 185/1976 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità delle norme che in tali giudizi non prevedono l'intervento del minore attraverso la nomina di un curatore speciale in ordine alla pronuncia sull'affidamento o altro provvedimento che lo riguarda, questione sollevata dal Tribunale di Genova con distinte ordinanze 26.01.1982 e 19.06.1984.

Nella decisione suddetta la Consulta ha rilevato:

- che spettava al legislatore stabilire "il modo ed il grado" di tutela effettiva di determinati interessi nel giudizio;

- che, nel caso, di prole minorenne, con riguardo ai procedimenti di separazione e di divorzio dei genitori, tale tutela era garantita adeguatamente da una serie non indifferente di misure quali l'intervento obbligatorio nel processo del PM., le amplissime facoltà istruttorie del giudice ed il potere del Collegio di decidere ultra petita le questioni relative alla prole.

A riguardo, per contro, può osservarsi che la qualità di parte sussiste ed andrebbe riconosciuta dalla legge ovvero dal giudice allorché il minore agisce o resiste nella causa a difesa di un diritto suo proprio in materia ~~di stato (ad es.~~ status di figlio legittimo, di cittadinanza ecc.), di lavoro, di materia patrimoniale in genere o anche per la rivendicazione di diritti la cui titolarità gli è riconosciuta direttamente dalla costituzione, dalle Convenzioni Internazionali o dalle leggi.

In questi casi – è manifesto – la rappresentanza degli interessi del minore e la sua assistenza ad opera degli adulti (genitore, tutore, curatore), quando il predetto non sia abilitato a stare in giudizio da solo (es. art. 397 u.n. c.c.), nonché l'eventuale assistenza in giudizio ad opera di esperti non sono sufficienti, dacché l'assunzione della qualità di parte processuale comporta – indipendentemente dall'età del soggetto – la necessità di una difesa tecnica, cioè il patrocinio, l'assistenza e la rappresentanza di un professionista legale.

b) L'ascolto del minore

Come si è detto, l'ascolto del minore è previsto dalla Convenzione dell'ONU 1989 (art.12) e dalla Convenzione di Strasburgo 1996 (artt. 3 e 6).

Quale che sia la natura programmatica o precettiva della fondamentale norma dell'art. 12 sul diritto del minore ad essere ascoltato – oggetto di contrapposte considerazioni esegetiche – e rilevato che la Convenzione di Strasburgo con gli artt. 3 e 6 è più limitativa della Convenzione dell'ONU [8], deve ricordarsi che, se l'ascolto del minore non è obbligatorio, il potere discrezionale del giudice viene esercitato in base al criterio di opportunità che ha come punto di riferimento l'interesse del fanciullo (art.3 Convenzione dell'ONU) quale unico parametro per stabilire la convenienza dell'ascolto nel senso che il giudice dovrà escludere l'ascolto stesso quando esso sia contrario al suo interesse.

Tuttavia, l'audizione necessaria del minore ed il suo diritto all'ascolto sono previsti espressamente dalla legislazione Italiana in determinate situazioni:

- nell'art. 316 cc. che impone al giudice l'obbligo di ascoltare il minore quattordicenne (che abbia compiuto i 14 anni);
- nell'art. 371 cc. che contempla l'obbligo del giudice di sentire il minore decenne (che abbia compiuto i 10 anni) prima di decidere sul luogo dove il minore dev'essere allevato o sull'indirizzo da dare ai sui studi o sull'avviamento professionale;
- negli artt. 4,10,15,22,23 e 45 delle legge 184/1983 novellati dalla L.149/2001 che prevedono l'obbligo di audizione del minore dodicenne (che abbia compiuto i 12 anni), prima di disporre l'affidamento familiare, prima di emettere i provvedimenti relativi al minore di cui sia stato segnalato lo stato di abbandono, nonché prima di dichiarare lo stato di adattabilità, di disporre l'affidamento preadottivo, di revocarlo, di pronunciare l'adozione; mentre la precedente normativa contemplava l'audizione del minore d'età infradodicenne (inferiore ai 12 anni) solo se opportuna, con le modifiche introdotte con la legge 149/2001 è stabilito che l'ascolto del minore infradodicenne debba avere luogo in considerazione della sua capacità di discernimento.

Tale capacità è da intendere come "capacità del bambino di elaborare e comunicare una propria personale valutazione della situazione nella quale è coinvolto, di percepire i fatti ed il contesto relazionale, familiare e sociale, in cui è vissuto, di avviare un nuovo processo, fornendo indicazioni utili ai fini dei provvedimenti da adottare e dando, così, un contributo significativo e rilevante alla decisione [9].

L'ascolto del minore, ora previsto come obbligatorio [10] dall'art. 155

---

[8] G. Magno *op. cit*. pp. 1, 1r e 3 r.

[9] A. Liuzzi, "L'ascolto del minore tra convenzioni internazionali e normativa interna in *Fam. e Dir.,* 6/2001, 676.

[10] A differenza del nostro sistema normativo – dove l'ascolto del minore – anche con riguardo alla disposizione dell'art. 155 sexies c.c. introdotto dalla legge 54/2006

sexies c.c. nei procedimenti di separazione personale dei coniugi, è stato introdotto dalla legge 74/1987 di modifica della disciplina del divorzio (L. 898/1970) con il comma 8 dell'art. 4 che attribuisce al giudice il potere di sentire i figli minori, "qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età".

Tale norma che – in virtù dell'art. 23 L. 74/1987 citata – costituiva disposizione processuale applicabile anche nel procedimento di separazione – ha avuto scarsa ed oculata applicazione in entrambi i giudizi predetti.

Tanto nei procedimenti de potestate relativi ai figli naturali (art. 317 bis. cc.) quanto in quelli relativi ai conflitti di potestà (art. 336 cc.) manca qualsiasi precisazione in ordine all'ascolto della prole da parte del Tribunale Ordinario o del Tribunale Minorile e la stessa cosa si verifica nei procedimenti di protezione contro le violenze nelle relazioni familiari (L. 154/2001) la cui disciplina stabilisce solo l'audizione delle parti.

È innegabile che all'interno del nostro paese si è manifestata la tendenza a ridurre sul piano normativo tanto l'ampiezza delle previsioni contenute negli accordi internazionali quanto gli impegni solennemente assunti dal nostro Stato con gli altri Stati contraenti: basterà ricordare la formula ambigua delle disposizioni di cui agli artt. 6 capv. 2 e 7 comma 3 della legge 64/1996 che ha ratificato e reso esecutive in Italia le convenzioni dell'Aja 28.05.1970, del Lussemburgo 25.05.1980, dell'Aja 25.10.1980 e la più antica convenzione dell'Aja 5.10.1961 [11].

Avuto riguardo alla complessità dell'ascolto – che è tema delicato e difficile – e considerata la tendenza predetta, in sede interpretativa è stato suggerito il ricorso a strumenti possibili di realizzazione delle disposizioni internazionali concernenti il diritto all'ascolto al fine di assicurare l'attuazione in giudizio di tale diritto.

Questi strumenti sono:

a. l'audizione del minore da parte di un soggetto diverso dal giudice come ad esempio uno psicologo con cui il minore può instaurare un più confidenziale rapporto diretto.

Sul punto, tuttavia, deve osservarsi:

- che la figura dello psicologo quale esperto cui il giudice delega l'audizione per attutire l'impatto del bambino con il sistema giudi-

---

– costituisce piuttosto fonte d'informazione del giudice e non già strumento diretto ad assicurare al minore la partecipazione al processo e così l'esercizio del suo diritto di difesa, nelle Convenzioni Internazionali di New York del 1989 e Strasburgo del 1996, entrambe ratificate dall'Italia, l'audizione del minore non è un atto processuale d'istruzione ma l'impressione di un vero diritto processuale riconosciuto al minore stesso.

[11] A Liuzzi, *op. cit.* 6/2001, 679 e ss.

ziario non è ancora sviluppata tra l'altro per le carenze delle strutture sociali;

- che la nomina di uno psicologo quale C.T.U. se, da un lato, consente di avvalersi di un perito in grado sia di valutare, con oggettività le dinamiche familiari, la personalità dei soggetti che si separano o cessano di convivere, il vissuto anteriore del bambino coinvolto e la situazione più favorevole alla sua crescita psicologica sufficientemente armonica, sia di fornire in concreto utili precisazioni per l'affido del minore, per la statuizione delle modalità di esercizio del diritto di visita da parte del genitore non affidatario e per le prescrizioni relative alla sua istruzione ed educazione, dall'altro, detta nomina resta comunque uno strumento per sua natura rigido e poco flessibile.

b. l'istituzione presso ogni tribunale di un'equipe fissa di specialisti da individuare tra gli operatori psico-sociali degli enti locali o dei consultori familiari, con una ricca esperienza nel settore minorile e con grande competenza in psicologia dell'età evolutiva.

Tale equipe dovrebbe svolgere opera di supporto al giudice nelle sue decisioni e di sostegno a minori e ad adulti coinvolti in situazioni di disgregazione o di crisi del nucleo familiare.

La collaborazione ed il contributo richiesti all'equipe potrebbero realizzarsi attraverso accordi di programma o protocolli di intesa tra il Tribunale Ordinario ed i servizi, ma l'attuale legislazione non prevede nulla a riguardo.

c. l'istituzione – da più parti sollecitata – di un ufficio di tutela o di garanzia del minore al fine di assicurare una più efficace protezione della personalità del minore nei procedimenti di separazione e di divorzio [12].

c) La partecipazione attiva del minore alle decisioni ad ai procedimenti che lo riguardano.

Come già detto, gli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 riconoscono al fanciullo i diritti processuali:

- di ricevere informazioni pertinenti al caso;
- di essere consultato e di esprimere la propria opinione;
- di essere informato circa le conseguenze di ogni possibile decisione, conforme o non conforme ai suoi desideri [13].

---

[12] A. Luzzi, *op. cit.* 6/2001, 683.

[13] Il diritto del minore all'audizione giudiziale ha adesso un ulteriore riscontro e fondamento nel Regolamento Comunitario relativo al riconoscimento nello spazio europeo delle sentenze matrimoniali in vigore dal 1° marzo 2001; secondo l'art. 15 comma 2 lett. b) di tale regolamento le statuizioni relative alla potestà parentale rese in occasione di un giudizio in materia matrimoniale (separazione, divorzio, annullamento) non sono riconosciute dallo stato richiesto "se la decisione è stata pronunciata senza che il figlio minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato".

L'esercizio concreto di tali diritti può essere sollecitato dallo stesso minore e, in ogni caso, il mancato rispetto di essi produce un vizio della decisione del giudice. Il diritto del fanciullo di essere informato e di esporre la propria opinione costituisce la forma di partecipazione del minorenne al giudizio più adeguato alla condizione del bambino.

Per il semplice ascolto del bambino minore, cioè nel caso in cui costui deve esporre la propria opinione o deve essere sentito, qualche autore [14] ritiene sufficiente una necessaria capacità di discernimento (cioè la capacità di distinguere due o più possibili alternative al fine di scegliere la soluzione più utile per sé tanto di fronte a molteplici complesse alternative quando in un'alternativa semplice o semplicissima), mentre considera necessario un grado più alto di capacità critica nel caso diverso in cui il minore deve interagire direttamente con altre figure processuali e deve assumere la qualità di parte.

Ma qui le ipotesi concrete da analizzare sono tante e diverse.

In alcuni casi, l'audizione del minore può essere disposta in base alla generale sua capacità di discernimento o all'assenza di pregiudizio per il minore ed, invece, in altri casi, l'audizione può essere ordinata per ragioni di opportunità o deve essere esclusa con riguardo ad un effettivo interesse del minore (in delicate procedure familiari) al mantenimento di una serena convivenza tra tutti i membri del nucleo familiare.

Quanto all'immediata applicazione del diritto del fanciullo ad essere ascoltato ed informato in corso di causa, va messo in risalto che per il nostro ordinamento:

- nei procedimenti di separazione, la vecchia formulazione dell'art. 155 cc. non prevedeva l'ascolto dei figli minori, mentre l'art. 155 SEXIES comma 2 cc. introdotto dalla legge 54/2006, recita "Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici ed anche di età inferiore ove capace di discernimento" e, in tal modo, contempla l'ascolto obbligatorio del minore;
- e nei procedimenti di divorzio, l'art. 6 comma 9 novellato dalla legge 898/1970 prevede l'audizione dei figli minori qualora sia strettamente necessaria anche in considerazione dell'età, criterio di valutazione che potrebbe essere superato in osservanza delle clausole convenzionali, nel rispetto,comunque, del principio (cui si ispira detto criterio) dell'interesse preminente del minore a non danneggiare i suoi futuri rapporti affettivi con entrambi i genitori [15].

Come già detto, l'assistenza e la rappresentanza del minore in giudizio sono dichiarate dall'art. 5 della Convenzione di Strasburgo possibili diritti azionabili.

---

[14] G. Magno, *op. cit.,* 30 e 31.
[15] G. Magno, *op. cit.,* 36.

L'assistenza del fanciullo in giudizio è il primo dei diritti processuali concedibili (art. 5 lett. a ).

Qui deve ricordarsi che assistenza e rappresentanza costituiscono categorie tecnico-giuridiche diverse.

L'assistenza ha finalità di protezione dell'assistito dai rischi derivanti dalla sua immaturità, ignoranza o inesperienza: l'assistente ha il compito di fornire informazioni pertinenti, di prospettare le conseguenze pratiche di ogni azione, di interpretare e di esporre la volontà dell'assistito.

La rappresentanza – volontaria, obbligatoria o necessaria, stabilita ex lege, conferita dall'autorità o attuata di fatto – invece, ha lo scopo di porre un soggetto nella condizione di agire validamente al posto (in nome) di un altro e nell'interesse (per conto) di quest'ultimo, producendo effetti giuridici nella sfera di interessi del rappresentante.

La rappresentanza del fanciullo in giudizio (artt. 5 lett. b e 9 della Convenzione di Strasburgo 1996) costituisce un altro dei possibili diritti azionabili indicati dalla Convenzione predetta.

Nel nostro ordinamento la rappresentanza del minorenne in giudizio viene assicurata:

- in generale, dal genitore; in sua mancanza o per impedimento permanente di entrambi i genitori, dalla nomina di un tutore che ha gli stessi poteri e doveri generali del genitore;
- in caso di conflitto di interessi fra genitori e figlio (conflitto che nelle cause relative alla genitura naturale è presunto ed, in altri casi (art. 79 c.p.c.), va verificato caso per caso dal giudice), dalla nomina di un curatore speciale dotato anch'egli del potere-dovere di rappresentanza come il genitore, ma limitatamente al giudizio per il quale viene disposta la nomina [16].

In Italia, pertanto, la rappresentanza legale del minorenne ha luogo attraverso le tre figure di rappresentanza necessaria del fanciullo in giudizio (genitore tutore o, in casi particolari, curatore speciale), figure che sono sufficienti al fine di una corretta applicazione della Convenzione 1996 nel nostro diritto interno che, del resto, impone l'ascolto del minore in molti procedimenti che lo riguardano, spesso indipendentemente dal possesso di una determinata capacità di discernimento (v. artt. 321 cc. e 79 c.p.c.).

In ordine all'assistenza del minore, deve osservarsi, altresì, pur non essendo espressamente prevista detta figura dal nostro ordinamento, la legge non vieta l'assistenza di un minore in giudizio ad opera di persona particolarmente esperta: anzi va segnalata una prassi diffusa in giurisprudenza che fa ricorso alla nomina di consulenti tecnici o fa

---

[16] G. Magno, *op. cit.*, 47.

intervenire nel giudizio (ad es. di esecuzione nel caso di affidamento di minore) assistenti sociali, psicologi ed altri professionisti.

Alla luce dell'ultima riforma normativa introdotta dalla legge 54/2006 deve ritenersi obbligatorio, l'ascolto del minore nei procedimenti di separazione giudiziale dei coniugi, sempre che il minore possegga una sufficiente capacità di discernimento, secondo le previsioni dell'art. 12 della Convenzione di New York del 1989 e dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo 1996.

La mera possibilità di attribuire al minore la qualità di parte nel processo è contemplata dall'art. 5 della Convenzione di Strasburgo nei termini seguenti:

"le parti esaminano l'opportunità di riconoscere ai fanciulli dei diritti processuali supplementari nelle procedure giudiziarie che li riguardano ed in particolare il diritto di esercitare in tutto o in parte le prerogative delle parti in simile procedura".

Secondo l'accordo internazionale del 1996, il minorenne dotato di una certa capacità di discernimento – da definire nei singoli ordinamenti Statali – ha sempre interesse a partecipare al giudizio (per essere ascoltato, per manifestare la sua opinione o, eventualmente, per esercitare il ruolo autonomo) in cui si discutono argomenti di natura familiare e segnatamente le questioni dell'affidamento e del mantenimento dipendenti da separazione o divorzio dei genitori.

Con riguardo ad alcune delle questioni familiari o a categorie di controversie elencate al punto 17 del Rapporto Esplicativo (R.E.) (quali l'affidamento, la residenza, il diritto di visita, il riconoscimento ecc.), il nostro diritto interno prevede già la possibilità del minorenne di essere parte, come nei giudizi concernenti la filiazione, possibilità che ha carattere piuttosto formale ed andrebbe resa più significativa almeno quando si tratta di figlio sedicenne [17].

### *6. Rilievi critici sul sistema italiano di protezione dei minori*

L'immediato confronto fra l'elevato grado di evoluzione della normativa pattizia internazionale, cosi avanzata in tema di tutela della personalità dei soggetti in formazione ed il mancato adeguamento a quella normativa nonché i palesi limiti e carenze rispetto alla stessa della nostra legislazione minorile offrono interessanti spunti di riflessione che possono esplicitarsi riassuntivamente con le seguenti considerazioni finali.

a. Una di queste è che - diversamente dalle principali previsioni del-

---

[17] G. Magno, *op. cit.,* 66.

l'Accordo di Strasburgo del 1996, il quale, per la prima volta, ha posto maggiormente l'accento sui diritti del minore nel processo anziché sul suo superiore interesse indicato dall'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 come criterio guida ispiratore di qualsiasi pronuncia dell'Autorità, amministrativa, giudiziaria, legislativa o di ogni istituzione pubblica o privata[18] – nel nostro processo minorile gli interessi delle parti (genitori e figli) non hanno la struttura del diritto soggettivo.

La potestà parentale – è risaputo – costituisce una responsabilità, un potere funzionale che mira all'esclusivo, superiore interesse del minore e non può qualificarsi diritto soggettivo attuabile nei confronti di altra persona, il figlio che, a sua volta, non vanta un diritto alla prestazione educativa azionabile in via autonoma.

b. Un'altra considerazione è che l'effettiva, completa realizzazione dei principi primari contenuti nelle due Convenzioni Internazionali in parola postula - al fine di evitare che detti principi restino proclamazioni astratte e confuse, parametri generici come il preminente interesse del minore senza alcuno aggancio ai correlativi diritti – la traduzione di quelli – ad opera del nostro legislatore – in precisi, specifici precetti coerenti con la previsione dell'art. 1 dell'Accordo di Strasburgo che impone agli Stati di indicare all'atto della firma o a quello del deposito dello strumento di ratifica almeno tre procedimenti familiari cui applicare le norme in parola e contempla pure la possibilità che ogni parte, con dichiarazioni aggiuntive, completi l'elenco dei procedimenti predetti.

Per il nostro diritto interno – essendo l'ambito di operatività della Convenzione di Strasburgo limitato alle controversie indicate in sede di deposito dello strumento di ratifica – queste controversie potevano essere i procedimenti previsti dalla legge 184/1983 in materia di affidamento e di adozione nonché i procedimenti di separazione personale dei coniugi e di divorzio allorché vi siano coinvolti minori.

Invece, nella sede predetta non solo non sono stati indicati i procedimenti familiari cui applicare le norme della Convenzione citata ma – cosa assai più grave – il nostro Governo (v. nota del Ministero degli Esteri apparsa sulla G.U. n° 210 del 10.09.2003) ha pure ridotto in termini estremamente esigui ed assai sconfortanti l'ambito di applicazione della Convenzione stessa (entrata in vigore il 4.07.2003), individuando tale ambito in pochi procedimenti di scarsa o scarsissima applicazione e cioè:

- in materia di potestà parentale, l'intervento ex art. 145 cc. del Tribunale Ordinario in composizione monocratica;
- in materia di filiazione naturale, l'art. 244 ultima alinea cc. sui

---

(18) F. Tommaseo "Processo civile e tutela globale del minore. F. e D. 1999, 585.

termini dell'azione di disconoscimento, l'art. 247 ultima alinea cc. sulla legislazione passiva nel giudizio di disconoscimento; l'art. 264 alinea 2 cc. sull'impugnazione da parte del riconosciuto;

- e, in materia di opposizione a certi atti di amministrazione dei beni compiuti dai genitori, gli artt. 322 e 323 ss. sugli atti vietati ai genitori.

c. Ultima – ma non per importanza – considerazione critica, è che nell'ambito del nostro diritto minorile – al fine di rendere concrete le innovazioni salienti dei due più importanti Accordi Internazionali ed anche al fine di adeguare il sistema normativo interno alle direttrici di progresso tracciate dagli accordi medesimi – occorrono, ineludibilmente, un impegno forte, un'attenzione costante ed intensa all'affermazione ed alla divulgazione della cultura di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza nonché, infine, il rafforzamento di quegli organismi ai quali il minorenne può rivolgersi efficacemente per l'attuazione dei diritti che la legge si limita ad affermare puramente e semplicemente.

### *7. L'attuale, incerta situazione di tutela della prole nel processo civile minorile.*

Come è noto, nel nostro Ordinamento le persone in età evolutiva – soggetti destinatari solo di interventi protettivi e non già portatori di diritti – sono prive di un sistema di garanzie dirette ad assicurare il rispetto, la promozione e l'effettiva attuazione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Nei procedimenti di separazione (artt. 706 e ss. c.p.c.) e di divorzio (art. 4 e ss. della legge 898/1970 e successive modifiche), il minore non è parte necessaria e nei provvedimenti de potestate (articoli 330, 333 e 336 cc.) neppure sono previsti la sua partecipazione al giudizio instaurato tra i genitori-coniugi o il suo intervento adesivo dipendente a mezzo di curatore speciale nominato ai sensi delle regole generali di cui all'art. 320 c.c..

A riguardo, deve ricordarsi che la Consulta con la nota sentenza 185/1986 ha respinto la censura d'illegittimità della disciplina relativa ai procedimenti in parola nella parte in cui non prevede la nomina di un curatore speciale e la partecipazione dei figli al giudizio.

L'asserita compressione del diritto di azione e di difesa del minore è stata esclusa dal giudice delle leggi sul duplice rilievo:

- che gli interessi della prole trovano una forte tutela nel complesso delle norme regolatrici dei procedimenti di separazione e di divorzio segnatamente negli intensi poteri ufficiosi demandati al giudicante;

- che la stessa partecipazione del P.M. al giudizio assicura pienamente la protezione dei diritti dell'incapace, protezione affidata dalle legge a detto organo pubblico.

La pronuncia suindicata, che ha avuto in dottrina molte critiche, non sembra persuasiva e condivisibile soprattutto con riferimento all'interesse del minore alla cui realizzazione fondamentalmente tende il processo minorile, interesse, qualificato dalla legge come superiore ed esclusivo nonché costituente parametro generale, criterio di misura obiettivo da raggiungere in materia di affidamento familiare, di adozione legittimante e di adozione in casi particolari, di attribuzione dello status di figlio naturale al fine del controllo della convenienza dell'interesse del minore a vivere in un ambiente familiare stabile ed armonioso nonché al fine dell'attuazione del proprio diritto di crescere e di essere educato nel proprio nucleo familiare e di formare la propria personalità.

C'è, inoltre, da segnalare che, di recente, con sentenza n° 1 del 2002 il giudice delle leggi ha dichiarato manifestamente infondata la questione di illegittimità dell'art. 336 c.c. nella parte in cui non prevedeva (come non prevede tuttora) la nomina di un curatore speciale, sul rilievo che la necessaria partecipazione al processo del minore è garantita dai principi generali ed è attuabile con la nomina di un curatore speciale ai sensi degli articoli 78 e 79 c.p.c..

A tale prospettazione, pero, deve obiettarsi che una tutela giudiziaria adeguata ed efficace in favore della prole di età minore non può ottenersi con l'attuale modello camerale – di estrema celerità ed essenzialità – applicato nella maggiore parte dei procedimenti minorili compresi quelli su diritti o status.

Una tutela giudiziaria in favore delle persone in età evolutiva comporta ed esige – invece – la revisione non più differibile dell'ancora frammentaria disciplina del processo minorile.

Tale processo, con la pluralità dei suoi riti (camerale, cameral-contenzioso ed ordinario) – proprio in sintonia con i principi innovativi della Convenzione di Strasburgo 25.01.2006 e pure in conformità alle regole del giusto processo ex art. 111 novellato dalla Costituzione – impone una disciplina unitaria coerente, concretamente attuativa del contraddittorio e del diritto di difesa sotto entrambi gli aspetti, tra loro complementari e connessi, della difesa tecnica e della partecipazione diretta al giudizio di tutti gli interessati (P.M., genitori e minori), diritto fondamentale che non consente compressione, lesione o limitazione.

La tutela giurisdizionale della prole minore, però, rimane ancora una tutela parziale e di corto respiro[19], perché costruita prevalentemente con speciale riguardo agli interessi patrimoniali (v. articoli 320 c.c. e 75 c.p.c.) e sul presupposto dell'incapacità di agire delle persone in età evolutiva, rappresentate ex lege dai genitori che stanno in giudizio per loro.

---

(19) F. Tommaseo, *op. cit.* 583.

Nell'attuale momento storico, la tutela della prole minore attraverso il processo civile minorile versa in una incerta situazione, in bilico tra il vecchio rito camerale e le nuove regole introdotte dalla legge 149/2001 (sospese dalle leggi 240/2001, 175/2002, 200/2003, 188/2004, 168/2005 e 228/2006).

Il processo civile nel quale sono coinvolti i soggetti in età evolutiva – invece – deve attuare una tutela globale degli stessi e cioè una tutela dei loro diritti soggettivi e dei loro interessi esistenziali e soprattutto del superiore loro interesse alla propria educazione ed allo sviluppo armonioso della propria personalità, con l'attribuzione alla prole di adeguati poteri processuali e, così, del loro concreto esercizio, personale e diretto, secondo la normativa dell'accordo di Strasburgo del 1996.

Tuttavia, c'è, comunque, da prendere atto e considerare assai favorevolmente, come nuova linea di tendenza diretta a proclamare e concretamente ad assicurare l'attuazione dei diritti fondamentali del minore e tra questi quello essenziale della difesa, il nuovo regime dell'adozione nazionale di cui alla legge 149/2001 che, oltre alla significativa revisione della epigrafe ("diritto del minore ad una famiglia") ripetuta nell'articolo 1 novellato, ha introdotto alcune importanti garanzie processuali delle parti nei procedimenti di adozione ed in quelli de potestate.

Per tali procedimenti (vedasi l'articolo 8 comma 4 della legge 184/1983 novellato dall'articolo 8 della legge 149/2001 e l'articolo 336 ultimo comma c.c. aggiunto dall'articolo 37 comma 3 della citata legge 149/2001), ora si contempla e si prescrive espressamente la partecipazione al giudizio dei genitori e del minore con l'assistenza obbligatoria di un difensore.

Di recente, l'operatività delle disposizioni modificatrici sopra indicate – rimasta sospesa sino al 30.06.2007 limitatamente alle norme di carattere processuale (articoli 8 e 37 comma 3 della legge 149/2001) per effetto della norma transitoria contenuta nelle varie leggi di proroga – ha ripreso pieno vigore dal 1° luglio 2007, essendo ormai venuta meno l'ultrattività del precedente regime fissata dalle predetti leggi di proroga 240/2001, 175/2002, 200/2003, 188/2004, 168/2005 e 228/2006.

GIOVANNI MORANI

# PROVE EMATOGENETICHE E DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ: LA SVOLTA DELLA CONSULTA

La significativa pronuncia della Corte Costituzionale va accolta con grande favore poiché realizza un equo contemperamento del *favor legittimitatis* e del *favor veritatis* del rapporto di filiazione [1], imperniando l'azione di disconoscimento della paternità sull'unico dato rilevante ai suoi fini: l'identità biologica tra il disconoscendo ed il presunto padre.

In quest'ottica, la Consulta riconosce l'irragionevolezza di una previsione normativa che, ai fini del disconoscimento della paternità, esige la previa dimostrazione dell'adulterio della moglie, fondando il proprio convincimento tanto sui progressi delle scienze biomediche – in materia di DNA e di incompatibilità dei fattori genetici, che consentono da soli di pervenire con certezza all'esclusione della paternità [2] – quanto sul mutato costume familiare e sociale, soddisfacendo, in tal modo, esigenze di giustizia sostanziale che non potevano più restare sopite [3].

---

[1] In merito si veda A. Palazzo, *La filiazione*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, 555, il quale, facendo espresso richiamo alle sentenze più recenti della Corte costituzionale, chiarisce che l'essenza del rapporto di filiazione consiste "nell'assunzione di responsabilità dell'autore del concepimento sia che questo avvenga in matrimonio o al di fuori di esso" (Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it*., 2000, I, c. 2739; Id., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Arch. loc*., 2006, p. 17). In particolare, precisa l'autore, "La centralità dell'interesse del figlio ha condotto la dottrina ad affermare l'attuazione nell'ordinamento *ex* art. 30 Cost. del principio del *favor veritatis* e della necessaria corrispondenza tra verità biologica e verità legale".

[2] Sulla rilevanza giuridica delle prove ematologiche in seguito ai progressi scientifici, G. Biscontini, *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ*., 1993, p. 487 ss.; in tema di azione di disconoscimento della paternità, 516 ss.; Id., *Accertamento della paternità naturale: una via più agevole per il maggiore di età,* in *Medicina legale – Quaderni camerti*, 2-2001, p. 325 ss.

[3] La motivazione della sentenza in commento è del seguente tenore: "Il subordinare – sulla base del diritto vivente in precedenza richiamato – l'accesso alle

La questione posta all'attenzione della Corte Costituzionale prende le mosse da tre vicende giudiziarie, pendenti rispettivamente innanzi la Cassazione, il Tribunale di Rovigo e la Corte d'Appello di Venezia, che si ritiene opportuno ripercorrere in breve.

In relazione alla prima delle vicende richiamate, il giudizio innanzi alla Corte di Cassazione [4] veniva instaurato su ricorso avverso la pronuncia della Corte d'Appello di Roma confermativa della sentenza del Tribunale di Roma di rigetto della domanda di disconoscimento di paternità proposta dal marito,in considerazione dell'inidoneità della prova per testi a dimostrare che la moglie del ricorrente avesse commesso adulterio nel periodo del concepimento e che l'esistenza di relazioni intrattenute in altra epoca non poteva fornire la prova per presunzioni del tradimento in suddetto periodo, nemmeno ai fini dell'espletamento della consulenza tecnica ematologica, gravando sull'attore l'onere della prova certa di un vero e proprio adulterio.

La Suprema Corte rimetteva così gli atti alla Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma, n. 3, c.c. "nella parte in cui ammette il marito a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre se nel periodo del concepimento la moglie ha commesso adulterio", ritenendo non manifestamente infondata la questione in relazione agli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, in riferimento, cioè, al principio di irragionevolezza e al diritto di difesa.

In particolare, a giudizio della Cassazione, l'esercizio del diritto di difesa risulterebbe compromesso qualora fosse precluso l'accertamento dei fatti su cui si fondano le ragioni sottoposte al giudice e non fosse

---

prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrilevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali inerenti allo *status* e alla identità biologica (sentenza n. 50 del 2006)".

[4] Cass., 5 giugno 2004, n. 10742, in *Gazzetta Uff., 1° serie speciale*, 6.10.2004, n. 39; in *Fam. e dir.*, 2004, 569, con nota di Bolondi, *La prova dell'adulterio al vaglio della Corte costituzionale*; in *Corr. Giur.*, 2005, 377, con nota di Virga, *Bilanciamento tra limiti legali al disconoscimento di paternità e diritto di difesa: un'occasione mancata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 457, con nota di Querci, *Azione di disconoscimento di paternità e prove biologiche. Profili di incostituzionalità*; in *Dir. fam. pers.*, 2005, 482, con nota di Renda, *Troppo ardua la prova (diretta) dell'adulterio? La parola sull'art. 235, n. 3, c.c. passa alla Consulta*; in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 26, 38, con nota di Fiorini, *L'ammissione di prove genetiche ed ematiche non dovrebbe essere subordinata all'adulterio*.

consentito fornire la prova dei fatti stessi. D'altronde, non può che rilevarsi, sempre secondo la Suprema Corte, l'irragionevolezza di una previsione normativa che esige, ai fini del disconoscimento di paternità, la preventiva prova dell'adulterio pur in presenza dei progressi scientifici che consentono di ottenere direttamente una sicura esclusione della paternità, anche in assenza della dimostrazione dello stesso.

La Cassazione escludeva, invece, la non manifesta infondatezza della questione, così come sollevata dal ricorrente, con riguardo all'art. 30 Cost., sul presupposto che il *favor veritatis* non possa costituire un valore di rilevanza fondamentale da affermarsi ad ogni costo [(5)], e in riferimento all'art. 3 Cost. sotto il profilo della lamentata disparità di trattamento rispetto alla impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio naturale *ex* art. 263 c.c., che non pone limitazioni probatorie all'attore, in considerazione del fatto che, in tal caso, si è in presenza di una situazione obbiettivamente diversa da quella in esame.

Nel giudizio incardinatosi di fronte al Tribunale di Rovigo, promosso dal figlio contro i genitori, il collegio aveva ritenuto di non poter utilizzare le risultanze delle prove tecniche, di per sé idonee ad escludere con certezza la paternità del convenuto, in quanto ciò risultava in conflitto con l'orientamento dominante della Cassazione, in forza del quale l'adulterio dev'essere provato in via pregiudiziale ed autonoma per poter dar poi seguito agli esami genetici ed ematologici [(6)].

---

[(5)] A giudizio della Corte di Cassazione, infatti, l'art. 30 della Costituzione non attribuisce un valore preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ciò si dedurrebbe dal fatto che il medesimo articolo, disponendo al quarto comma che "la legge detta le norme ed i limiti per la ricerca della paternità", demanda specificamente al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori costituzionali, la paternità legale rispetto a quella naturale. Tale parte della pronuncia della S.C. non convince M.D. Bembo, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche*: *la svolta della Consulta*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 633, il quale sottolinea che la Cassazione richiama solo quelle pronunce in cui ha rilevato il carattere non assoluto del *favor veritatis*, anziché quelle della Corte costituzionale più inclini a considerare il sistema nei termini del paradigma biologico della filiazione. In tal senso si vedano, C. Cost., 22.4.1997, n. 112, in *Fam. e pers.*, 1997, 842; C. Cost., 14.5.1999, n. 170, *ivi*, 1999, p. 1032; C. Cost., 20-28.11.2002, n. 494, in *Guida al dir.*, 2002, 48, 44.

[(6)] Il Tribunale di Rovigo, con ordinanza emessa in data 28 ottobre 2004, ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3 c.c. per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., riproponendo in sostanza le medesime argomentazioni svolte dai giudici di legittimità con la sola aggiunta del rilievo, mutuato dal caso di specie, che la prova dell'adulterio della moglie, già assai ardua per il marito, lo è ancor di più per il figlio, dal momento che costui viene a conoscenza del fatto quasi sempre a distanza di molti anni dal medesimo, quando ormai la prova testimoniale gli è, in sostanza, preclusa.

La Consulta, dichiarava, invece, l'inammissibilità della questione sollevata dalla Corte d'Appello di Venezia per omessa descrizione della fattispecie, nonché per apodittica affermazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza, argomentata sulla base di un mero richiamo all'ordinanza della Corte di Cassazione [7].

L'art. 235, primo comma, numero 3, c.c., nella formulazione introdotta dall'art. 93 della legge 19 maggio 1975, n. 151 di riforma del diritto di famiglia, stabilisce che l'adulterio commesso nel periodo compreso tra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno precedente la nascita costituisce una delle ipotesi in cui è consentito l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e che, in tal caso, il marito – così come gli altri soggetti legittimati all'azione – è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità.

La norma ora dichiarata incostituzionale è sempre stata interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza di legittimità, nel senso di ritenere l'indagine sul verificarsi dell'adulterio pregiudiziale rispetto a quella in ordine alla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che le prove genetiche o ematologiche, anche se espletate contestualmente alla prova dell'adulterio, possono essere esaminate solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima ed al diverso scopo di stabilire il fondamento della domanda. Da ciò discendendo che, in difetto di prova dell'adulterio, pur in presenza della dimostrazione che il disconoscendo presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento dev'essere necessariamente respinta [8].

---

[7] La Corte d'Appello di Venezia, invece, con ordinanza datata 30 marzo 2005 dalla motivazione, secondo quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, alquanto imprecisa e lacunosa, ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., in riferimento agli artt. 3, 111 e 24 Cost., nella parte in cui la norma prevede, quale presupposto dell'azione di disconoscimento, la previa prova dell'adulterio. Secondo i giudici veneziani, in particolare, detta prova preventiva deve considerarsi, da un lato, irragionevole alla luce del progresso scientifico che consente di ottenere una sicura esclusione della paternità senza passare attraverso la dimostrazione di un adulterio – il quale è, in sé, quale violazione dell'obbligo di fedeltà, irrilevante ai fini del disconoscimento di paternità – e, dall'altro, preclusiva del diritto di difesa e del diritto al giusto processo dell'attore in disconoscimento.

[8] La giurisprudenza di legittimità ha, altresì, statuito che la prova sull'adulterio non è vincolata da eventuali "ammissioni" rese dalla moglie, le quali, concernendo diritti indisponibili, costituiscono elementi liberamente valutabili dal giudice, fondando tale assunto sulla base del combinato disposto degli artt. 2733 comma 2 c.c. e 235 comma 2 c.c. Sul punto v. Cass., sez I, 20 febbraio 1992, n. 2113, in *Rep. Foro it*. 1992, v. *Filiazione,* n. 27. In molti casi la domanda di disconoscimento è stata

Il problema era, quindi, rappresentato dal fatto che, per costante giurisprudenza, ai fini dell'azione di disconoscimento il marito era obbligato a dimostrare in via pregiudiziale l'adulterio della moglie con mezzi istruttori diversi dalle prove ematologiche e genetiche. Tale rigore probatorio si risolveva, anche alla luce dei più liberi stili di vita socio-familiari, in una sorta di *probatio diabolica* poiché la prova dell'avvenuto adulterio finiva col poter essere fornita solo con l'ausilio delle suddette prove [9].

L'aggravio probatorio così previsto per l'attore in disconoscimento dall'art. 235, comma 1, n. 3 c.c. [10], dichiarato incostituzionale per ef-

---

rigettata allorché il marito, anziché fornire la prova dell'adulterio commesso dalla moglie, si è limitato a dimostrare che quest'ultima aveva ammesso che il marito non era il vero padre del figlio nei cui confronti era stata esperita l'azione di disconoscimento nonché a produrre i risultati delle prove ematologiche escludenti il rapporto di paternità (Cass., sez. I, 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Giust. civ*. 2002, I, 2739).

[9] Si vedano sul punto M.D. Bembo, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche*: *la svolta della Consulta*, cit., 635, secondo il quale "la restrizione del diritto di difesa diviene tale da impedire la prova dei fatti su cui la domanda di disconoscimento si fonda: la prova dell'adulterio potrebbe essere fornita solo con uno strumento – quello ematologico o genetico – che però può essere utilizzato solo dopo averlo già provato con mezzi diversi"; A. Finocchiaro, *Il disconoscimento di paternità*, in *Fam. e dir.*, 1994, 324, il quale sostiene, in veste di illustre Relatore della sentenza in esame, che non ammettere le prove ematologiche e genetiche, ove ritualmente richieste, può tradursi in una "denegata ingiustizia". Alla luce, infatti, della rilevanza polivalente dei risultati delle indagini genetiche o ematologiche, utilizzabili, cioè, sia per dimostrare la sussistenza dell'adulterio della moglie che per provare che il figlio presenta caratteristiche fisiche "incompatibili con quelle del presunto padre", l'autore considera, che se è vero che la prova dell'adulterio è prevista dall'art. 235, comma 1, n. 3 c.c., quale condizione di ammissibilità dell'azione, è parimenti fuori discussione che tale prova sia libera, non essendo rinvenibile nella norma in esame alcun tipo di limitazione probatoria al riguardo.

[10] Sulla contrasto della gerarchia probatoria dell'art. 235 c.c. con il principio del contraddittorio, con quello del libero convincimento del giudice, nonché con il sistema delle preclusioni, A. Palazzo, *La filiazione*, cit., 251 ss. Tale illustre dottrina sostiene che "La perizia o consulenza tecnica ordinata dal giudice ad un c.t.u. per verificare la rispondenza al vero della prova portata dall'attore, se fosse ancora subordinata alla prova dell'adulterio, come s'è fatto prima della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 235 c.c., comporterebbe una gerarchia di prove inversamente proporzionale al loro valore processuale". Difatti, si precisa che subordinare una prova diretta, quale il DNA, ad una prova indiretta, quale la prova sull'adulterio, determina una "forzatura sul grado maggiore della gerarchia probatoria assegnato all'adulterio", che, peraltro, risulta contrario, altresì, al sistema delle preclusioni, da considerare in relazione alle prove. Invero, "Se i fatti di prova sono fatti di accertamento di rango minore nel sistema degli atti di accertamento segnati dal grado di efficacia preclusiva, anche tra esse prove, che sono di grado minore, dev'essere tenuto presente un diverso grado di preclusività e di veridicità, perché non si può attribuire lo stesso grado preclusivo che ha una prova diretta a quello di una indiretta, quale la presunzione di adulterio". L'autore svolge tali considerazioni anche

fetto della sentenza in commento, è giustificato dalle ragioni che hanno storicamente presieduto alla formulazione della norma, individuate nell'esigenza di scoraggiare indagini genetiche ed ematologiche effettuate al solo scopo esplorativo, da sperimentare sulla base di meri sospetti di infedeltà, nonché in quella di scongiurare la proposizione di azioni di mero accertamento della paternità con evidenti finalità ricattatorie [11]. L'emergere di tali comportamenti porterebbe, infatti, ad una violazione di interessi di rango costituzionale, quali la tutela della filiazione legittima e la protezione dei minori.

Orbene, l'indirizzo interpretativo preclusivo della Cassazione, definito dalla Corte Costituzionale "diritto vivente", risultava, prima del capovolgimento di prospettiva attuato dal Giudice delle leggi, sostanzialmente pietrificato, ad eccezione di un'unica parziale apertura interpretativa, in base alla quale si riconosceva la possibilità di ammettere contemporaneamente sia le prove tecniche che quelle inerenti all'adulterio della moglie, con la conseguenza di considerare rilevante ai fini dell'accoglimento della domanda l'ingiustificato rifiuto dei controinteressati a sottoporsi all'esame ematologico [12].

Sul tema era sorto un acceso dibattito in dottrina, che, in forte polemica con gli orientamenti assunti dalla Corte di Cassazione, si dichiarava aperta a nuove interpretazioni della norma in vigore, rilevando che l'esasperata difesa della paternità presunta, propugnata con una sorta

---

alla luce del fatto che il sistema di accertamento odierno si fonda su valori profondamente differenti da quelli vigenti in epoca anteriore alla riforma, allorquando la presunzione di concepimento risultava strettamente correlata al profilo giustpubblicistico della famiglia, riscontrabile con evidenza nella rilevanza penale assegnata all'adulterio. A conferma di tale assunto si adduce la diversa valutazione ed il differente trattamento normativo dettato per l'ipotesi di adulterio nella filiazione al di fuori del matrimonio che ha condotto all'abolizione sia del divieto di riconoscimento del figlio adulterino, che della ricerca di paternità e/o maternità.

[11] *Infra multis*, Cass., sez. I, 5 gennaio 1984, n. 20 e 23 gennaio 1984, n. 541, in *Giust. civ*., 1985, I, 734-735 con note di FINOCCHIARO, *L'azione di disconoscimento di paternità e la prova dell'adulterio della moglie a mezzo di esami ematologici e/o genetici* e di TERRANOVA, *Disconoscimento del figlio di genitori separati e disciplina transitoria della legge di riforma*. Ancora sul tema, Cass., 17 agosto 1998, n. 8087, in *Giust. civ*., 1999, I, 486; Cass., 20 febbraio 1992, *in Rep. Giust. civ*., 1992, voce *Filiazione*, n. 15. In tali pronunce la Suprema Corte ha statuito che "l'indagine sull'adulterio, come quella sul celamento della gravidanza o sulla nascita del figlio, investendo l'elemento fattuale che rende proponibile l'azione e rivestendo carattere preliminare, deve essere effettuata autonomamente, senza la possibilità di utilizzare, a tal fine, la prova genetica e/o ematologica, che non può risolversi in un mezzo meramente esplorativo da sperimentare sulla base di meri sospetti".

[12] Cass., 12 novembre 1984, n. 5687, in *Giust. civ*., 1985, I, 734 con note le citate note di FINOCCHIARO e di TERRANOVA.

di inerzia culturale dalla giurisprudenza di legittimità, si poneva in contrasto con l'accertamento dell'effettiva identità biologica del figlio [13].

Occorre, infatti,considerare che, a differenza dei primi due casi presentati dall'art. 235 c.c.(mancata coabitazione e impotenza del marito[14]), che escludono ogni possibilità di confusione sull'origine della gravidanza e della nascita, il testo del n. 3 della suddetta norma, ora dichiarata incostituzionale, non distingueva tra differenti ambiti fenomenici, vale a dire, quello concernente il rapporto adulterino della moglie con un terzo e quello afferente al difetto di paternità del figlio come eventuale conseguenza fattuale dell'adulterio. Invero, la norma in questione presuppone che l'adulterio si muova su un terreno più insicuro, dal momento che ben possono coesistere un rapporto adulterino che non dà luogo a nascite indesiderate con la nascita di un figlio legittimo, frutto di un rapporto con il marito.

Proprio sulla base di tale considerazione, infatti, il legislatore ha stabilito di procedere in via pregiudiziale alla prova sull'adulterio e poi, nel solo caso di riscontro positivo, di addivenire alla prova reputata decisiva al fine di escludere o meno la paternità.

In tal modo, l'adulterio non rilevava più come violazione del dovere di fedeltà, analogamente a quanto si verifica nei rapporti orizzontali coinvolgenti marito e moglie, ma unicamente quale causa del concepimento di un figlio che presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili, come conseguenza del rapporto adulterino, con quelle del presunto padre.

---

[13] In merito si vedano SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, IV, III, Torino, 1999, 45 ss.; Id *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 420; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, vol. II, Milano, 1984, 1484; A. FINOCCHIARO, *Il disconoscimento di paternità*, cit., 321; BISCONTINI, *La filiazione legittima, in Il diritto di famiglia,* diretto da Bonilini e Cattaneo, vol. III, Torino, 1997, 57; VERCELLONE, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 70.

[14] Sull'impotenza la Corte costituzionale (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Corr. giur.*, 1998, 11, 1294, con nota di V. CARBONE, *Riconoscimento di paternità e inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema*) ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 2, c.c., nella parte in cui consentirebbe l'azione di disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. Inoltre (Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Corr. giur.*, 1999, 9, 1097, con nota di V. CARBONE, *Anche la madre può disconoscere il figlio da quando sa che il padre non è il marito*), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24 Cost., l'art. 244, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede che il termine per l'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza a generare, contemplata dal n. 2 dell'art. 235 c.c., decorra per il marito e per la moglie, rispettivamente, dal giorno in cui ciascuno dei coniugi sia venuto a conoscenza di tale circostanza.

Da ciò, si desume la doverosa ammissibilità della c.d. prova tecnica, la sola che consente di accertare con assoluta certezza se il figlio è nato nell'ambito della "famiglia legittima", al contrario della prova dell'adulterio, che di per sé potrebbe rivelarsi inutile, non costituendo l'effetto procreativo una sua conseguenza necessaria.

In altri termini, il porre su uno stesso piano la causa (l'adulterio) e gli effetti (nascita di un figlio geneticamente incompatibile) implica un evidente errore di impostazione: arrestando, difatti, ogni eventuale prova sulla "causa", si omette di valutare che la prova dell'effetto è al contempo anche prova della "causa", ciò anche alla luce del fatto che l'adulterio non dà sempre luogo alla nascita di un figlio. Per meglio precisare, se si prova che il figlio risulta geneticamente incompatibile con il marito (effetto), si dimostra, prescindendo dalle specifiche ipotesi di fecondazione artificiale, in maniera chiara e inequivocabile anche la "causa", vale a dire l'adulterio della moglie.

L'approccio interpretativo prevalente, definito dalla Corte Costituzionale "diritto vivente" [15], non ha consentito alla Consulta di fornire una

---

[15] Si tratta di una tecnica decisoria, presente sin dalle sue origini nella giurisprudenza costituzionale, in virtù della quale in presenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale del giudice ordinario la Corte Costituzionale, come agevolmente si desume dalla decisione in commento, "non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative…ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali". In merito a tale tecnica cfr. *infra multis*, ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 1148 ss., che precisa come "la dottrina del diritto vivente…alla libertà interpretativa della Corte sostituisce il vincolo all'interpretazione affermatasi presso la giurisprudenza, a prescindere dalla sua "esattezza", dall'adesione che la Corte possa prestarle, dalla sua portata conformativa a Costituzione. Il significato giudiziario applicato del diritto diventa così un "dato" del problema costituzionale da risolvere, un elemento della fattispecie, anzi, la fattispecie stessa e cessa di essere un aspetto argomentativo della decisione, com'era in precedenza; un "dato" che la Corte si ritiene tenuta ad assumere come base del problema di costituzionalità che ad essa tocca risolvere"; MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, 445 ss.; MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di Lipari, Collana "*Cinquant'anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*", Napoli, 2006, 59 ss., che sottolineano come i criteri impiegati per ritenere formatosi, in relazione ad una determinata fattispecie normativa, un diritto vivente siano necessariamente elastici, dovendosi far riferimento non solo a dati quantitativi, vale a dire al numero di precedenti conformi, ma anche a termini qualitativi, ovvero considerando l'autorevolezza dell'organo giudiziario da cui gli stessi discendono. In senso sfavorevole a tale tecnica del "diritto vivente", Corte Cost., 27 luglio 2001, n. 322, in *Giur. it.*, 2003, 1549, in base alla quale al dovere del giudice *a quo* – nel caso di specie la Corte di Cassazione – di ricercare un'interpretazione conforme a i principi costituzionali prima di poter legittimamente sollevare la questione di legittimità costituzionale non osta "né il tenore testuale della norma…né la qualificazione in termini di diritto vivente della interpretazione

diversa soluzione sul piano ermeneutico, obbligandola a pronunciarsi unicamente sulla sua conformità ai principi costituzionali [16].

Il Giudice delle leggi, si è, infatti, limitato ad accogliere l'interpretazione consolidata della norma impugnata, che risulta ora viziata di incostituzionalità solo ove interpretata nel senso di subordinare l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio [17]. Da ciò

---

oggetto di critica", in quanto "siffatta qualificazione non può, infatti, vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva dei valori costituzionali, atteso che proprio alla Corte di Cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente".

[16] Sul punto si vedano M.D. Bembo, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche*: *la svolta della Consulta*, cit., 635, secondo il quale "la decisione della Consulta sembra più vicina ad una sentenza interpretativa in quanto si limita ad obliterare l'interpretazione consolidata della norma impugnata – definita da essa stessa come diritto vivente – che risulta viziata d'incostituzionalità solo ove interpretata nel senso di subordinare l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio"; M. Fiorini, *La richiesta di indagini ematologiche non può essere solo a scopo esplorativo*, in *Guida al dir*., 2006, 30, 36; E. Bolondi, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 5, 464.

[17] Una diversa soluzione è prospettata da M.D. Bembo, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche*: *la svolta della Consulta*, cit., 635, il quale suggerisce, in alternativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale, di aderire a quell'orientamento dottrinario consacrato in uno storico precedente della Cassazione (Cass., 21.04.1983, n. 2736, in *Giur. it*., 1983, I, 1072), in base al quale "da un lato l'adulterio non deve essere provato in forma vincolata e dall'altro le prove ematologiche e genetiche, dopo la riforma del diritto di famiglia, non solo hanno dignità probatoria pari a tutte le fonti di convincimento, ma possono formare oggetto di richiesta di prova, come gli altri mezzi istruttori, e non soltanto di istanza diretta a sollecitare l'esercizio di un potere proprio del giudice. Va segnalato, infatti, che se è certamente vero che la dimostrazione dell'adulterio va considerata quale condizione di ammissibilità dell'azione, è del pari innegabile che la stessa sia libera non essendo dato riscontrare nella norma in questione alcuna limitazione probatoria in proposito". In tale ottica, pertanto, si sostiene che la Cassazione, in forza degli artt. 2727 e 2729 c.c., avrebbe potuto rendersi promotrice di un'interpretazione secondo la quale ritenere indirettamente provato l'adulterio della moglie tutte le volte che le prove tecniche attestino l'incompatibilità genetica tra il disconoscendo ed il presunto padre. Al riguardo si vedano A. Finocchiaro, *Il disconoscimento di paternità*, cit., 324; Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, pp. 506-507; Id., *La filiazione*, in *Tratt. dir.priv*., diretto da Bessone, IV, III, Torino, 1999, 45 ss; V. Carbone, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche prova dell'adulterio della moglie*, in *Fam. e dir*., 2003, 5, 6 ss.; Id., *È preferibile un padre putativo a quello biologico*?, in *Fam. e dir*., 1998, 429 ss.; Biscontini, *La filiazione legittima*, in *Il diritto di famiglia*, III, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 1997, 56 ss.; M. Finocchiaro, *La volontà di privilegiare la famiglia legittima non sembra in linea con la tendenza legislativa*, in *Guida al dir*., 2002, 42, 47; Renda, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: "mulatto di Toscana" redivivus?*, in *Fa-*

non si può certo dedurre che la circostanza fattuale dell'adulterio, al pari di quella del celamento della gravidanza e della nascita, non costituiscano più i presupposti dell'azione di disconoscimento di paternità e che, conseguentemente, si possa prescindere dalla prova dei suddetti fatti e pervenire automaticamente agli accertamenti ematici e genetici; assumendo, piuttosto, tali prove valenza polivalente in quanto utilizzabili sia ai fini della dimostrazione dell'adulterio della moglie, sia per la prova della non paternità del marito [18].

La decisione in commento, quindi, se, da un lato, ha il merito di riconoscere finalmente il giusto rilievo ai risultati conseguiti dalle più sofisticate ricerche scientifiche, che consentono con assoluta certezza di escludere o meno la paternità al di là di presunzioni e di indizi di vario genere, dall'altro lato, tuttavia, ha evitato di prendere posizione sulla

---

*milia*, 2003, II, 1120; E. Bolondi, *Caratteristiche e prova dell'adulterio nell'azione di disconoscimento della paternità*, in *Familia*, 2004, II, 904 ss. Ancora sul tema: Virga, *Bilanciamento tra limiti legali al disconoscimento della paternità e diritto di difesa: un'occasione mancata*, cit., 457; E. Bolondi, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*, cit., p. 464; secondo il quale la "mera applicazione delle regole sulle presunzioni avrebbe consentito un'interpretazione dell'art. 235, comma, 1, n. 3 c.c. in armonia con i precetti costituzionali – gli artt. 3 e 24 Cost. – di cui i giudici di legittimità hanno, invece, assunto la violazione da parte della disposizione impugnata".

[18] Al riguardo si veda M. Fiorini, *La richiesta di indagini ematologiche non può essere solo a scopo esplorativo*, in *Guida al dir.*, 2006, 30, 36, secondo la quale "La soluzione che invece aprisse la strada alle mere indagini esplorative, evidenzierebbe l'assoluta inutilità dell'intero articolo 235 del Cc., come anche della presunzione di paternità di cui all'art. 231 del Cc. e di quella di concepimento di cui all'art. 232 del codice civile". L'autore prosegue, poi, esaminando le differenti conseguenze che possono scaturire dall'adesione all'uno o all'altro dei due diversi orientamenti in considerazione dell'inammissibilità dell'azione di disconoscimento nell'ipotesi in cui la moglie sia rimasta incinta non in seguito ad adulterio, ma per effetto di violenza carnale, non sussistendo, in tal caso, alcuna violazione del dovere di fedeltà coniugale. Facendo, inoltre, riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999, n. 2315, che ha ritenuto l'insussistenza dell'adulterio, precludendo, tra l'altro, l'esperimento dell'azione di disconoscimento anche sotto il profilo dell'impotenza del marito di cui all'articolo 235, comma 1, n. 2, del C.c., nell'ipotesi di inseminazione artificiale della moglie alla quale il marito abbia preventivamente prestato il proprio consenso, sul presupposto che tale fatto implica un progetto di maternità fondato proprio sul rifiuto di ricorrere all'infedeltà coniugale al fine della procreazione. Sulla base di tali rilievi, pertanto, l'autore afferma apoditticamente che "Ammettere *tout court* l'azione di disconoscimento, in nome dell'assoluto principio del *favor veritatis*, potrebbe comportare la lesione di interessi costituzionalmente protetti, cui fa indubbiamente riferimento l'articolo 30, comma 4, della Costituzione, demandando al legislatore ordinario il potere di dettare "norme e limiti per la ricerca della paternità".

questione di fondo concernente la prevalenza della paternità presunta o legale su quella effettiva o biologica, ovvero trascurando di affrontare il fondamentale dilemma se sia preferibile un padre legittimo, anche se putativo, al padre che è tale per legame di sangue.

Pertanto, la Consulta, come si evince agevolmente dalla parte motiva della sentenza, non fa proprio, accogliendolo, né l'uno, né l'altro degli orientamenti in conflitto, ponendosi come spartiacque tra quegli orientamenti giurisprudenziali antistorici che privilegiavano l'apparenza di famiglia legittima rispetto all'accertamento della verità biologica e quelle posizioni più inclini a riconoscere il cambiamento intervenuto nel contesto familiare, sociale e normativo, implicante un temperamento del principio del *favor legittimitatis*.

La sentenza in commento, difatti, ricompone in un'unica motivazione tutte le urgenze sollevate dal mondo del diritto, mediante un generico richiamo all'irragionevolezza della previsione normativa ed alla violazione del diritto di difesa.

Al riguardo, le censure di illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., avanzate dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Rovigo appaiono del tutto fondate.

A ben vedere, infatti, se l'azione di disconoscimento della paternità, lungi dal qualificarsi come rimedio al comportamento infedele della moglie, si propone come fine quello di accertare l'insussistenza di un rapporto di filiazione legalmente presunto, risulta oltremodo evidente come la preminenza riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità alla prova dell'adulterio, nonché il rilevante aggravio probatorio posto a carico dell'attore siano del tutto irragionevoli, implicando la conseguente violazione dell'art. 3 Cost. e traducendosi, al contempo, in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione così come riconosciuto e garantito dall'art. 24 Cost., poiché la dimostrazione dell'adulterio della moglie nel periodo del concepimento si pone assai difficoltosa se non pressoché impossibile per l'attore.

Da quanto sopra esposto emerge, dunque, che l'istituto dell'azione di disconoscimento risulta profondamente ridisegnato per effetto del significativo intervento del Giudice delle leggi in commento, che si rivela perfettamente conforme ad altri due precedenti resi in materia [19] nonché pienamente idoneo a favorire l'adeguamento del tessuto normativo all'evoluzione scientifica e sociale.

I giudici costituzionali, infatti, prendono atto del radicale cambia-

---

[19] Corte cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. it*, 1985, I, 1, 1153; Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Corr. giur.*, 1999, 1097, che hanno posticipato la decorrenza iniziale del termine di decadenza dell'azione al momento in cui l'attore venga effettivamente a conoscenza dell'adulterio della moglie o dell'impotenza del marito.

mento intervenuto nei modelli di vita familiare e sociale, coinvolgente principalmente i rapporti uomo-donna, che risultano, peraltro, profondamente modificati a causa della diffusione del lavoro femminile, della mobilità richiesta ai lavoratori e della lontananza dei luoghi di lavoro dall'abitazione, senza contare i notevoli risultati scientifici conseguiti nell'ambito della procreazione artificiale.

In tale scenario, pertanto, sottolinea la Consulta, risulta evidente la difficoltà pratica, per chi agisce in disconoscimento, di fornire la piena prova dell'adulterio, anche in considerazione del fatto che tale prova è, di per sé, insufficiente.

In linea generale, gli effetti innovativi della pronuncia in esame si riverberano su due fronti: quello dei rapporti con le ulteriori ipotesi enucleate ai n. 1 e 2 dell'art. 235 c.c. e quello degli inevitabili riflessi sui principi processuali dell'onere della prova.

In particolare, ad opera della Corte Costituzionale, l'intero procedimento viene incentrato sulle sole risultanze delle prove genetiche ed ematologiche, ridimensionando, conseguentemente la portata applicativa delle ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 della norma in esame, implicando le stesse, a differenza dell'immediata produzione in giudizio delle prove c.d. tecniche, un rilevante aggravio probatorio per l'attore in disconoscimento, costretto a fornire la prova della mancata coabitazione fra i coniugi o della impotenza del presunto padre in un lasso di tempo ben preciso, vale a dire nel periodo del concepimento prefissato dal legislatore [20].

Ad ogni modo, poiché tutte le ipotesi in cui è possibile esperire l'azione in questione presuppongono comunque il commesso adulterio, agire in base al n. 3 dell'art. 235 c.c. costituirebbe senza dubbio per l'attore in disconoscimento un vantaggio sotto il profilo probatorio.

Per quanto concerne l'onere della prova, invece, l'eliminazione della gerarchia probatoria dell'art. 235 c.c., così come delineata dal pregresso orientamento giurisprudenziale che considerava pregiudiziale la prova dell'adulterio rispetto a quella sul DNA, dà luogo ad un procedimento probatorio tecnicamente assimilabile a quello che è ad oggi acquisito come certo nell'ambito del processo intrapreso ai fini dell'accertamento della paternità fuori del matrimonio con la presunzione

---

[20] In merito A. Palazzo, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, spec., 149; Id., *La filiazione*, cit., 250, secondo il quale l'uso delle prove previste dall'art. 235 c.c. va inteso in considerazione della loro idoneità a contestare il fatto della paternità, poiché, "mentre la mancata coabitazione, l'impotenza, l'adulterio, il celamento della gravidanza e la nascita del figlio sono soggette al meccanismo proprio delle presunzioni, legate ad accadimenti già avvenuti che sono più difficili a provarsi con il passare del tempo, viceversa la prova del DNA e quella ematologica si presentano con i caratteri della prova diretta ove è possibile in ogni momento la loro determinazione".

di paternità, ogni qualvolta il padre convenuto in giudizio rifiuti di sottoporsi alla prova del DNA [21].

È opportuno rammentare che un segnale importante in tal senso si era già verificato per effetto di un'altra fondamentale sentenza della Corte costituzionale, in forza della quale veniva introdotto un diverso *dies a quo* del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità promossa dal marito [22], equivalente ad un anno, in considerazione del fatto che, riconosciuta l'irrilevanza della prova dell'adulterio della moglie, il termine dell'azione decorrerà non più dalla conoscenza dell'adulterio, ma dalla notizia certa del diverso DNA del figlio, vale a dire dall'acquisita consapevolezza di una paternità effettiva e non più presunta [23].

---

[21] *Infra multis*, Cass., 18 dicembre1998, n. 12679, in *Giust. civ*., 1999, I, 2070, secondo la quale il giudice, sulla base del combinato disposto degli artt. 118 e 116, comma 2, c.p.c., può trarre argomenti di prova dall'ingiustificato rifiuto di una parte di sottoporsi agli esami genetici o ematologici, fin al punto di ritenere che il rifiuto sia sufficiente sia ad integrare, con altre risultanze processuali, la prova dell'adulterio, sia ad escludere la paternità. Ancora sul tema, Cass., 7 novembre 2001, n. 13766, in *Fam. e dir*., 2002, 127, secondo cui un simile rifiuto non può in alcun modo considerarsi realmente giustificato, data l'innocuità degli esami in questione e "tenuto conto sia del fatto che l'uso dei dati nell'ambito del giudizio non può che essere rivolto a fini di giustizia, sia del fatto che il sanitario chiamato dal giudice a compiere l'accertamento è tenuto tanto al segreto professionale che al rispetto della legge anzidetta (L 675/1996)".

[22] Corte cost., 1 aprile 1983, n. 64, in *Foro it*., 1982, 1, 2127, con la quale la Consulta, richiamando l'art. 24, comma primo Cost., dichiara incostituzionale l'art. 244, comma 2, c.c. nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 c.c., che il termine per proporre l'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie. Cfr. anche la sentenza 6 maggio 1985, n. 134, in *Corr. giur*., 1985, 7, 738, con nota di V. Carbone, *Il padre può disconoscere il figlio da quando sa che non è suo*, nonché sentenza 14 maggio 1999, n. 170, in *Guida al dir*., 1999, n. 21, 88, con nota di M. Finocchiaro, *Il padre può agire per disconoscere i figli da quando scopre che non poteva generare*. Sul punto si veda anche A. Palazzo, *La filiazione*, cit., 326, il quale richiamandosi alle due sentenze della Corte costituzionale in ultimo menzionate, precisa che "il criterio attuale per stabilire il momento di inizio della decorrenza del termine quando interessato al disconoscimento è il marito non è più il momento della nascita con la diversa presenza o lontananza di lui nel e dal luogo del parto, ma […] quello del momento in cui egli ha appreso dell'adulterio della moglie o della sua impotenza".

[23] Sul punto si veda Cass., 23 aprile 2003, n. 6477, in *Vita not*., 2003, 880, che ha stabilito che nell'ipotesi di figlio nato prima che siano decorsi centottanta giorni dal matrimonio, la "scoperta" dell'adulterio commesso all'epoca del concepimento va intesa "come acquisizione certa della conoscenza (e non come mero sospetto) di un fatto", precisando che "l'adulterio dev'essere rappresentato o da una vera e propria relazione, o da un incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere". Al riguardo si veda A. Palazzo, *La filiazione,* cit., 328.

A sostegno della propria decisione, la Corte Costituzionale pone, altresì, l'ampliamento della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di disconoscimento, estesa ora anche alla madre, con un diverso termine (sei mesi), decorrente dalla nascita del figlio o da quando viene a conoscenza dell'impotenza del marito, nonché al figlio maggiorenne o minorenne, con l'esclusione del solo genitore naturale [24].

In tal modo, la disciplina delineata in tema di disconoscimento della paternità non solo viene ad allinearsi a quella dettata in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità e di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale, che, ai sensi degli artt. 263 e 269, comma 2, c.c., non conoscono limitazioni probatorie [25], ma risulta, altresì, perfettamente aderente a quella prevista dalle legislazioni di paesi europei affini alla nostra, ove l'attenzione è focalizzata principalmente sulla prova della non veridicità del dato biologico, piuttosto che sulla tutela dell'apparenza della famiglia legittima [26].

---

[24] La riforma del diritto di famiglia ha esteso la legittimazione attiva anche alla madre ed al figlio maggiorenne, mentre l'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184 che ha modificato l'ultimo comma dell'art. 244 c.c., ne ha attribuito l'esercizio anche al curatore speciale del minore che ha compiuto i sedici anni, nonché al pubblico ministero, per il minore di età inferiore. La legittimazione non include il padre naturale: Cass., sez. I, 6 aprile 1995, n. 4035, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2401, ha ritenuto che non esiste alcuna legittimazione del presunto padre naturale, il quale, come non può promuovere il relativo procedimento, né intervenirvi, così non è legittimato ad impugnare il provvedimento di revoca del decreto di nomina di un curatore speciale al minore infrasedicenne, adottato ai sensi dell'art. 244, ultimo comma, c.c.

[25] Sul punto si veda Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 625, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3752, con la quale si è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, comma 2, c.c., nella parte in cui ammette l'impugnativa del riconoscimento, anche dopo la legittimazione del figlio naturale, da parte di chiunque vi abbia interesse. Cfr. anche Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. it*, 2004, 15, con nota di De Grazia, *I diritti dei "figli incestuosi" al vaglio della Corte costituzionale – Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato. Fermo il divieto di riconoscimento, l'art. 269 c.c., dev'essere interpretato nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, ma non nel senso inverso, vale a dire che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale.

[26] L'art. 312 comma 2 c.c., *depuis la loi du 3.1.1972, n. 72*, legittima il padre che agisce in disconoscimento ad addurre fatti idonei a dimostrare che egli non può essere il padre: *"faits propres à démontrer qu'il ne peut pas être le père*", mentre, nel diritto civile tedesco l'inesistenza della paternità o *Nichtbestehen des Vaterschaft* di

In quest'ottica, l'azione di disconoscimento di paternità, un tempo qualificata come azione di accertamento negativo dello *status* di figlio legittimo, risulta oggi configurabile come azione avente natura costitutiva volta a rendere inoperante la presunzione di paternità *ex* art. 231 c.c., realizzando, in tal modo, un nuovo contesto giuridico-familiare fondato sull'effettiva paternità biologica.

La presente decisione è da ritenersi, dunque, condivisibile anche alla luce del fatto che il figlio disconosciuto non resta sfornito di tutela poiché, per effetto della pronuncia di disconoscimento, acquisterà automaticamente lo *status* di figlio naturale riconosciuto della madre[27] e potrà comunque sempre rivalersi nei confronti del padre naturale mediante la proposizione dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità[28].

AURORA RICCI

---

cui al § 1599 des B.G.B. può essere fatta valere nel termine di due anni che decorre dal momento in cui il padre "ha conoscenza delle circostanze che depongono contro la paternità": *Umstanden die gegen die Vaterschaft sprechen*", § 1600-b, in Patti, *Codice civile tedesco*, Milano, 2005, 989. L'art. 256 del codice svizzero stabilisce che l'azione deve essere accolta se si dimostra che il marito non è il padre. Per ulteriori profili di diritto comparato, Uccella, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001, p. 57 ss.

(27) In proposito F. Ricco, *Effetti della sentenza di disconoscimento di paternità: lo status di figlio disconosciuto*, in *Stato civ.*, 2007, 36 ss., la quale, in ordine alla problematica dello *status* attribuibile al figlio a seguito dell'accoglimento dell'azione di disconoscimento della paternità, ritiene preferibile l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il disconosciuto acquista lo *status* di figlio naturale del genitore che non ha effettuato il disconoscimento in modo autonomo, a prescindere, cioè, secondo quanto asserito dall'orientamento interpretativo opposto, da un formale atto di riconoscimento da parte dello stesso, posto che il venir meno dello stato di figlio legittimo coinvolge solo un genitore, ma non la relazione biologica con l'altro.

(28) Sulla possibilità di riunire in un unico contesto processuale il disconoscimento della paternità e la dichiarazione giudiziale della paternità naturale S. ARENA, *Disconoscimento e dichiarazione giudiziale della paternità: un'unica azione possibile?,* in *Stato civ.,* p. 83 ss.; ID., *Ancora sul disconoscimento della paternità e sulla dichiarazione giudiziale della stessa in un'unica azione*, in *Stato civ*., 2007, 163 ss.

**L'azione di disconoscimento di paternità alla luce della sentenza della corte costituzionale n. 266/2006.**

L'azione per il disconoscimento di paternità**,** prevista e disciplinata dall'art. 235 c.c., è volta a rimuovere lo *status* di figlio legittimo in contrasto con la presunzione legale di paternità contemplata dall'art. 231 c.c., in base alla quale il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio.

Tale azione è consentita soltanto ove ricorra uno dei casi tassativamente previsti dalla norma summenzionata, ovvero: 1) se i coniugi non hanno coabitato nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita; 2) se nel suddetto periodo il marito era affetto da impotenza, anche soltanto di generare; 3) se durante il tempo predetto la moglie ha commesso adulterio o ha tenuto celata al marito la propria gravidanza e la nascita del figlio. In tali casi, a prescindere dalla prova dell'adulterio o del celamento, il marito è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre o ogni altro fatto tendente ad escluderne la paternità.

In particolare, l'art. 235, primo comma, numero 3, c.c., nella formulazione introdotta dall'art. 93 della legge 19 maggio 1975, n. 151 di diritto di famiglia, è sempre stato interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza di legittimità, nel senso di ritenere l'indagine sul verificarsi dell'adulterio pregiudiziale rispetto a quella in ordine alla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che le prove genetiche o ematologiche, anche se espletate contestualmente alla prova dell'adulterio, potevano essere esaminate solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima ed al diverso scopo di stabilire il fondamento nel merito della domanda [(1)].

Da ciò discendendo che, in difetto di prova dell'adulterio, pur in presenza della dimostrazione che il disconoscendo presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento doveva essere necessariamente respinta.

In altri termini, in mancanza del positivo accertamento dell'adulterio, né la prova genetica ed ematologica avrebbe potuto trovare ingresso nel giudizio, né tantomeno si sarebbero potuti rinvenire elementi integrativi di giudizio nell'eventuale rifiuto delle parti di sottoporsi a tali prove [(2)].

D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità aveva statuito che la prova

---

[(1)] Sul punto, Cass., 17 agosto 1998, n. 8087, in *Fam. e dir.*, 1998, 427, con nota di Carbone; Cass., 23 gennaio 1984, n. 541, in *Giust. civ.*, 1985, I, 735; Cass., 25 ottobre 1979, n. 5593, in *Diritto di famiglia*, 1980, 95.

[(2)] In tal senso, v. Cass., 23 aprile 2004, n. 7747, in *Mass. F. It* 2004; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Fam. e dir.*, 2003, 5, con nota di Carbone; Cass., 20 febbraio 1992, n. 2113, in *Mass. F. it.* 1992; Cass., 5 gennaio 1984, n. 20, in *Giust. civ.*, 1985, I, 736; Cass., 10 gennaio 1981, n. 227, in Giust. civ., 1981, I, 1053.

dell'adulterio non era, altresì, vincolata da eventuali ammissioni rese dalla moglie, le quali, concernendo diritti indisponibili, costituivano elementi liberamente valutabili dal giudice.

Il problema era, quindi, rappresentato dal fatto che, per costante giurisprudenza, ai fini dell'azione di disconoscimento il marito era obbligato a dimostrare in via pregiudiziale l'adulterio della moglie con mezzi istruttori diversi dalle prove ematologiche e genetiche. Tale rigore probatorio si risolveva, anche alla luce dei più liberi stili di vita socio-familiari, in una sorta di *probatio diabolica* poiché la prova dell'avvenuto adulterio finiva col poter essere fornita solo con l'ausilio delle suddette prove.

L'aggravio probatorio così previsto per l'attore in disconoscimento dall'art. 235, comma 1, n. 3 c.c. era giustificato dalle ragioni che hanno storicamente presieduto alla formulazione della norma, individuate nell'esigenza di scoraggiare indagini genetiche ed ematologiche effettuate al solo scopo esplorativo, da sperimentare sulla base di meri sospetti di infedeltà, nonché in quella di scongiurare la proposizione di azioni di mero accertamento della paternità con evidenti finalità ricattatorie.

L'emergere di siffatti comportamenti avrebbe, infatti, portato ad una violazione di interessi di rango costituzionale, quali la tutela della filiazione legittima e la protezione dei minori.

Tale indirizzo preclusivo della Suprema Corte risultava sostanzialmente pietrificato, tanto da diventare "diritto vivente" [(3)], ad eccezione di un'unica parziale apertura interpretativa, in base alla quale si riconosceva la possibilità di ammettere contemporaneamente sia le prove tecniche che quelle inerenti all'adulterio della moglie, con la conseguenza di considerare rilevante ai fini dell'accoglimento della domanda l'ingiustificato rifiuto dei controinteressati a sottoporsi all'esame ematologico [(4)].

Sul tema era sorto un acceso dibattito in dottrina, che, in forte polemica con gli orientamenti assunti dalla Corte di Cassazione, si dichiarava aperta a nuove interpretazioni della norma in vigore, rilevando che l'esasperata difesa della paternità propugnata con una sorta di inerzia culturale dalla giurisprudenza di legittimità, si poneva in contrasto con l'accertamento dell'effettiva identità biologica del figlio [(5)]. Occorre, infatti,considerare

---

[(3)] In merito a tale tecnica cfr., *infra multis*, ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 1148 ss.; MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, 445 ss.; MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di Lipari, Collana "*Cinquant'anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*", Napoli, 2006, 59 ss. In senso sfavorevole a tale tecnica del "diritto vivente", Corte Cost., 27 luglio 2001, n. 322, in *Giur. it.*, 2003, 1549.

[(4)] Cass., 12 novembre 1984, n. 5687, in *Giust. civ.*, 1985, I, 734 con note le citate note di FINOCCHIARO e di TERRANOVA.

[(5)] Tra i moltissimi interventi sull'azione di disconoscimento di paternità, si ricordano in questa sede: PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007,

che, a differenza dei primi due casi presentati dall'art. 235 c.c.(mancata coabitazione e impotenza del marito[6]), che escludono ogni possibilità di confusione sull'origine della gravidanza e della nascita**,** il testo del n. 3 della suddetta norma non distingueva tra differenti ambiti fenomenici, vale a dire, quello concernente il rapporto adulterino della moglie con un terzo e quello afferente al difetto di paternità del figlio come eventuale conseguenza fattuale dell'adulterio.

Invero, la norma in questione presuppone che l'adulterio si muova su un terreno più insicuro, dal momento che ben possono coesistere un rapporto adulterino che non dà luogo a nascite indesiderate con la nascita di un figlio legittimo, frutto di un rapporto con il marito.

Proprio sulla base di tale considerazione, infatti, il legislatore ha stabilito di procedere in via pregiudiziale alla prova sull'adulterio e poi, nel solo caso di riscontro positivo, di addivenire alla prova reputata decisiva al fine di escludere o meno la paternità.

In tal modo, l'adulterio non rilevava più come violazione del dovere di fedeltà, analogamente a quanto si verifica nei rapporti orizzontali coinvolgenti marito e moglie, ma unicamente quale causa del concepimento di un figlio che presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili, come conseguenza del rapporto adulterino, con quelle del presunto padre.

Tutti questi rilievi sono stati fatti propri dalla Corte di Cassazione che

---

280 ss.; CARBONE, *Basta la prova del DNA e non più dell'adulterio per disconoscere la paternità,* nota a C.cost. n. 266/2006, in *Corr. giur*. 2006, 1368 ss.; SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv*., diretto da Bessone, IV, III, Torino, 1999, 45 ss.; ID., *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 420; FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, vol. II, Milano, 1984, 1484; FINOCCHIARO, *Il disconoscimento di paternità*, in *Fam. e dir*., 1994, 321; BISCONTINI, *La filiazione legittima, in Il diritto di famiglia,* diretto da Bonilini e Cattaneo, vol. III, Torino, 1997, 57; VERCELLONE, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, 70.

[6] Sull'impotenza la Corte costituzionale (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Corr. giur*., 1998, 11, 1294, con nota di CARBONE, *Riconoscimento di paternità e inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema*) ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 2, c.c., nella parte in cui consentirebbe l'azione di disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, abbia dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie. Inoltre (Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Corr. giur*., 1999, 9, 1097, con nota di CARBONE, *Anche la madre può disconoscere il figlio da quando sa che il padre non è il marito*), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 24 Cost., l'art. 244, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede che il termine per l'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza a generare, contemplata dal n. 2 dell'art. 235 c.c., decorra per il marito e per la moglie, rispettivamente, dal giorno in cui ciascuno dei coniugi sia venuto a conoscenza di tale circostanza.

ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3 c.c. a fronte degli artt. 3 e 24 Cost. [7].

In particolare, a giudizio della Suprema Corte, l'esercizio del diritto di difesa risultava compromesso dal mancato accertamento dei fatti su cui si fondano le ragioni sottoposte al giudice e dall'assenza di prova dei fatti stessi. D'altronde, non poteva che rilevarsi, l'irragionevolezza di una previsione normativa che esigeva, ai fini del disconoscimento di paternità, la preventiva prova dell'adulterio pur in presenza dei progressi scientifici che consentono di ottenere direttamente una sicura esclusione della paternità, anche in assenza della dimostrazione dello stesso.

In quest'ottica, si inserisce l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 266 del 6 luglio 2006 [8], ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c. nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove genetiche, da cui risulta "che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre", alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

La Consulta, infatti, riconosce l'irragionevolezza di una previsione normativa che, ai fini del disconoscimento della paternità, esige in via pregiudiziale la prova dell'adulterio della moglie, fondando il proprio convincimento tanto sui progressi delle scienze biomediche – in materia di DNA e di incompatibilità dei fattori genetici, che consentono da soli di pervenire con certezza all'esclusione della paternità [9] – quanto sul mutato costume familiare e sociale.

Al riguardo, la Corte Costituzionale sottolinea che se l'azione di disconoscimento della paternità, lungi dal qualificarsi come rimedio al comportamento infedele della moglie, si propone come fine quello di accertare l'insussistenza di un rapporto di filiazione legalmente presunto, risulta oltremodo evidente come la preminenza riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità alla prova dell'adulterio, nonché il rilevante aggravio probatorio posto a carico dell'attore siano del tutto irragionevoli, implicando la conseguente violazione dell'art. 3 Cost. e traducendosi, al contempo, in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione così come riconosciuto e garantito dall'art. 24 Cost., poiché la dimostrazione dell'adulterio della moglie nel periodo del concepimento si pone assai difficoltosa se non pressoché impossibile per l'attore.

---

[7] Cass., 5 giugno 2004, n. 10742, in *Gazzetta Uff., 1° serie speciale*, 6.10.2004, n. 39.

[8] Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Gazzetta Uff., 1° serie speciale – Corte Costituzionale*, 12.7.2006, n. 28.

[9] Sulla rilevanza giuridica delle prove ematologiche in seguito ai progressi scientifici, Biscontini, *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 487 ss.; in tema di azione di disconoscimento della paternità, p. 516 ss.; Id., *Accertamento della paternità naturale: una via più agevole per il maggiore di età,* in *Medicina legale – Quaderni camerti*, 2-2001, 325 ss.

Da quanto sopra esposto emerge, dunque, che l'istituto dell'azione di disconoscimento risulta profondamente ridisegnato per effetto di tale significativo intervento del Giudice delle leggi, che si rivela perfettamente conforme ad altri due precedenti resi in materia [10], nonché pienamente idoneo a favorire l'adeguamento del tessuto normativo all'evoluzione scientifica e sociale.

I giudici costituzionali, infatti, prendono atto del radicale cambiamento intervenuto nei modelli di vita familiare e sociale, coinvolgente principalmente i rapporti uomo-donna, che risultano, peraltro, profondamente modificati a causa della diffusione del lavoro femminile, della mobilità richiesta ai lavoratori e della lontananza dei luoghi di lavoro dall'abitazione, senza contare i notevoli risultati scientifici conseguiti nell'ambito della procreazione artificiale.

In tale scenario, pertanto, sottolinea la Consulta, risulta evidente la difficoltà pratica, per chi agisce in disconoscimento, di fornire la piena prova dell'adulterio, anche in considerazione del fatto che tale prova è, di per sé, insufficiente. In linea generale, gli effetti innovativi della pronuncia in esame si riverberano su due fronti: quello dei rapporti con le ulteriori ipotesi enucleate ai n. 1 e 2 dell'art. 235 c.c. e quello degli inevitabili riflessi sui principi processuali dell'onere della prova.

In particolare, l'intero procedimento viene incentrato sulle sole risultanze delle prove genetiche ed ematologiche, ridimensionando, conseguentemente la portata applicativa delle ipotesi di cui ai nn. 1 e 2 della norma in esame, implicando le stesse, a differenza dell'immediata produzione in giudizio delle prove c.d. tecniche, un rilevante aggravio probatorio per l'attore in disconoscimento, costretto a fornire la prova della mancata coabitazione fra i coniugi o della impotenza del presunto padre in un lasso di tempo ben preciso, vale a dire nel periodo del concepimento prefissato dal legislatore [11].

Ad ogni modo, poiché tutte le ipotesi in cui è possibile esperire l'azione in questione presuppongono comunque il commesso adulterio, agire in base

---

[10] Corte cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. it*, 1985, I, 1, 1153; Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Corr. giur.*, 1999, 1097, che hanno posticipato la decorrenza iniziale del termine di decadenza dell'azione al momento in cui l'attore venga effettivamente a conoscenza dell'adulterio della moglie o dell'impotenza del marito.

[11] In merito Palazzo, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, spec., 149; Id., *La filiazione*, cit., p. 250, secondo il quale l'uso delle prove previste dall'art. 235 c.c. va inteso in considerazione della loro idoneità a contestare il fatto della paternità, poiché, "mentre la mancata coabitazione, l'impotenza, l'adulterio, il celamento della gravidanza e la nascita del figlio sono soggette al meccanismo proprio delle presunzioni, legate ad accadimenti già avvenuti che sono più difficili a provarsi con il passare del tempo, viceversa la prova del DNA e quella ematologica si presentano con i caratteri della prova diretta ove è possibile in ogni momento la loro determinazione".

al n. 3 dell'art. 235 c.c. costituirebbe senza dubbio per l'attore in disconoscimento un vantaggio sotto il profilo probatorio.

Per quanto concerne l'onere della prova, invece, l'eliminazione della gerarchia probatoria dell'art. 235 c.c., così come delineata dal pregresso orientamento giurisprudenziale che considerava pregiudiziale la prova dell'adulterio rispetto a quella sul DNA, dà luogo ad un procedimento probatorio tecnicamente assimilabile a quello che è ad oggi acquisito come certo nell'ambito del processo intrapreso ai fini dell'accertamento della paternità fuori del matrimonio con la presunzione di paternità, ogni qualvolta il padre convenuto in giudizio rifiuti di sottoporsi alla prova del DNA.

In tale contesto, infatti, il giudice, sulla base del combinato disposto degli artt. 118 e 116, comma 2, c.p.c., era legittimato a trarre argomenti di prova dall'ingiustificato rifiuto di una parte di sottoporsi agli esami genetici o ematologici, fino al punto di ritenere che tale rifiuto sia sufficiente sia ad integrare, unitamente ad altre risultanze processuali, la prova dell'adulterio, sia ad escludere la paternità [(12)].

È opportuno rammentare che un segnale importante in tal senso si era già verificato per effetto di un'altra fondamentale sentenza della Corte Costituzionale, in forza della quale veniva introdotto un diverso *dies a quo* del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità promossa dal marito[13(13)], equivalente ad un anno**,** in considerazione del fatto che, riconosciuta l'irrilevanza della prova dell'adulterio della moglie, il termine dell'azione decorrerà non più dalla conoscenza dell'adulterio, ma dalla notizia certa del diverso DNA del figlio, vale a dire dall'acquisita consapevolezza di una paternità effettiva e non più presunta [(14)].

---

[(12)] *Infra multis*, Cass., 18 dicembre1998, n. 12679, in *Giust. civ*., 1999, I, 2070; Cass., 7 novembre 2001, n. 13766, in *Fam. e dir*., 2002, 127.

[(13)] Corte cost., 1 aprile 1983, n. 64, in *Foro it*., 1982, 1, 2127, con la quale la Consulta, richiamando l'art. 24, comma primo Cost., dichiara incostituzionale l'art. 244, comma 2, c.c. nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 c.c., che il termine per proporre l'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie. Cfr. anche la sentenza 6 maggio 1985, n. 134, in *Corr. giur*., 1985, 7, p. 738, con nota di Carbone, *Il padre può disconoscere il figlio da quando sa che non è suo*, nonché sentenza 14 maggio 1999, n. 170, in *Guida al dir*., 1999, n. 21, 88, con nota di Finocchiaro, *Il padre può agire per disconoscere i figli da quando scopre che non poteva generare*. Sul punto si veda anche Palazzo, *La filiazione*, cit., 326., il quale richiamandosi alle due sentenze della Corte costituzionale in ultimo menzionate, precisa che "il criterio attuale per stabilire il momento di inizio della decorrenza del termine quando interessato al disconoscimento è il marito non è più il momento della nascita con la diversa presenza o lontananza di lui nel e dal luogo del parto, ma […] quello del momento in cui egli ha appreso dell'adulterio della moglie o della sua impotenza".

[(14)] Sul punto si veda Cass., 23 aprile 2003, n. 6477, in *Vita not*., 2003, 880, che ha stabilito che nell'ipotesi di figlio nato prima che siano decorsi centottanta giorni dal matrimonio, la "scoperta" dell'adulterio commesso all'epoca del concepimento va

A sostegno della propria decisione, la Corte Costituzionale pone, altresì, l'ampliamento della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di disconoscimento, estesa ora, per effetto della riforma del diritto di famiglia, anche alla madre, con un diverso termine (sei mesi), decorrente dalla nascita del figlio o da quando viene a conoscenza dell'impotenza del marito, nonché al figlio maggiorenne o minorenne, con l'esclusione del solo genitore naturale. Senza contare, ad opera dell'ultimo comma dell'art. 244 c.c., come modificato dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184, l'attribuzione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità anche al curatore speciale del minore che ha compiuto i sedici anni, nonché al pubblico ministero, per il minore di età inferiore.

In tal modo, la disciplina delineata in tema di disconoscimento della paternità non solo viene ad allinearsi a quella dettata in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità e di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale, che, ai sensi degli artt. 263 e 269, comma 2, c.c., non conoscono limitazioni probatorie[15], ma risulta, altresì, perfettamente aderente a quella prevista dalle legislazioni di paesi europei affini alla nostra, ove l'attenzione è focalizzata principalmente sulla prova della non veridicità del dato biologico, piuttosto che sulla tutela dell'apparenza della famiglia legittima [16].

---

intesa "come acquisizione certa della conoscenza (e non come mero sospetto) di un fatto", precisando che "l'adulterio dev'essere rappresentato o da una vera e propria relazione, o da un incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere".

[15] Sul punto si veda Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 625, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3752, con la quale si è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, comma 2, c.c., nella parte in cui ammette l'impugnativa del riconoscimento, anche dopo la legittimazione del figlio naturale, da parte di chiunque vi abbia interesse. Cfr. anche Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. it*, 2004, 15, con nota di De Grazia, *I diritti dei "figli incestuosi" al vaglio della Corte costituzionale – Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato. Fermo il divieto di riconoscimento, l'art. 269 c.c., dev'essere interpretato nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, ma non nel senso inverso, vale a dire che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale.

[16] L'art. 312 comma 2 c.c., *depuis la loi du 3.1.1972, n. 72*, legittima il padre che agisce in disconoscimento ad addurre fatti idonei a dimostrare che egli non può essere il padre: "*faits propres à démontrer qu'il ne peut pas être le père*", mentre, nel diritto civile tedesco l'inesistenza della paternità o *Nichtbestehen des Vaterschaft* di cui al § 1599 des B.G.B. può essere fatta valere nel termine di due anni che decorre dal momento in cui il padre "ha conoscenza delle circostanze che depongono contro la paternità": *Umstanden die gegen die Vaterschaft sprechen*", § 1600-b, in Patti,

Pur tuttavia, è d'uopo evidenziare come l'approccio interpretativo prevalente, definito dalla Corte Costituzionale "diritto vivente", non abbia consentito ai giudici costituzionali di fornire una diversa soluzione sul piano ermeneutico, obbligandoli a pronunciarsi unicamente sulla sua conformità ai principi costituzionali [17].

Pertanto, la Consulta non fa proprio, accogliendolo, né l'uno, né l'altro degli orientamenti in conflitto, ponendosi come spartiacque tra quegli orientamenti giurisprudenziali antistorici che privilegiavano l'apparenza di famiglia legittima rispetto all'accertamento della verità biologica e quelle posizioni più inclini a riconoscere il cambiamento intervenuto nel contesto familiare, sociale e normativo, implicante un temperamento del principio del *favor legitimitatis*.

In quest'ottica, l'azione di disconoscimento di paternità, un tempo qualificata come azione di accertamento negativo dello *status* di figlio legittimo, risulta oggi configurabile come azione avente natura costitutiva volta a rendere inoperante la presunzione di paternità *ex* art. 231 c.c., realizzando, in tal modo, un nuovo contesto giuridico-familiare fondato sull'effettiva paternità biologica.

D'altro canto, il figlio disconosciuto non resta sfornito di tutela poiché, per effetto della pronuncia di disconoscimento, acquisterà automaticamente lo *status* di figlio naturale riconosciuto della madre [18] e potrà comunque sempre rivalersi nei confronti del padre naturale mediante la proposizione dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità [19].

AURORA RICCI

---

*Codice civile tedesco*, Milano, 2005, 989. Ancora sul tema, l'art. 256 del codice svizzero stabilisce che l'azione deve essere accolta se si dimostra che il marito non è il padre. Per ulteriori profili di diritto comparato, UCCELLA, *La filiazione nel diritto italiano e internazionale* Padova, 2001, 57 ss.

[17] Sul punto si vedano BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 635, secondo il quale "la decisione della Consulta sembra più vicina ad una sentenza interpretativa in quanto si limita ad obliterare l'interpretazione consolidata della norma impugnata – definita da essa stessa come diritto vivente – che risulta viziata d'incostituzionalità solo ove interpretata nel senso di subordinare l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio"; FIORINI, *La richiesta di indagini ematologiche non può essere solo a scopo esplorativo*, in *Guida al dir.*, 2006, 30, 36; BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 5, 464.

[18] In proposito RICCO, *Effetti della sentenza di disconoscimento di paternità: lo status di figlio disconosciuto*, in *Stato civ.*, 2007, 36 ss.

[19] Sulla possibilità di riunire in un unico contesto processuale il disconoscimento della paternità e la dichiarazione giudiziale della paternità naturale ARENA, *Disconoscimento e dichiarazione giudiziale della paternità: un'unica azione possibile?,* in *Stato civ.,* p. 83 ss.; ID., *Ancora sul disconoscimento della paternità e sulla dichiarazione giudiziale della stessa in un'unica azione*, in *Stato civ.*, 2007, 163 ss.

# IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE PUBBLICO E PRIVATO. INTRODUZIONE AD UN SEMINARIO*

1. - Note pronunce recenti della Suprema Corte sul recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale, pubblico e privato, hanno riacceso un dibattito che non si è in realtà mai sopito in questi anni, né sul fronte d'una giurisprudenza percorsa da una certa vena d'inquietudine e mai compiutamente assestatasi, né, tantomeno, sul vivace versante dottrinale. Le sentenze che hanno dato nuovo impulso alla discussione sul tema, e che in qualche modo costituiscono la "causa prossima" anche di questo nostro incontro di studio, intervengono come noto su profili cruciali della disciplina del licenziamento del dirigente, individuando una base di comparazione tra dirigenza pubblica e privata che si spera ormai sufficientemente solida, almeno guardando al formante giurisprudenziale.

2. - Intendo qui alludere, con ogni evidenza, da un lato alla pronunzia con cui le Sezioni Unite della Cassazione [(1)], con un "ritorno all'antico" [(2)]

---

* Con le note di riferimento essenziali, è il testo della introduzione al seminario sul tema "Il licenziamento del dirigente: lavoro pubblico e privato a confronto", svoltosi il 23 maggio 2008, col patrocinio, tra gli altri, della Sezione umbra del Centro Studi di diritto del lavoro "Domenico Napoletano" e dell'Ordine degli avvocati di Perugia, presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Ateneo perugino, con la relazione introduttiva di Fabrizio Miani Canevari, gli interventi di Stefano Bellomo e Siro Centofanti, e le conclusioni di Maurizio Cinelli.

(1) V. Cass., sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880, leggibile, tra l'altro, in *Lav. giur.*, 2007, 9, p. 889 ss., con nota di L. Menghini (e v. pure, *ivi*, 907 ss., il commento, parimenti adesivo, di G. Treglia).

(2) *Id est* agli orientamenti che si erano andati assestando dopo la sentenza (n. 427 del 1989) con cui la Corte costituzionale aveva esteso l'applicabilità dell'art. 7, commi 2 e 3, St. lav. all'area del licenziamento libero nelle imprese con meno di sedici dipendenti e prima del *revirement* compiuto dalle Sezioni Unite nel 1995 (per i riferimenti al quale v. *infra*, nota 7 e testo corrispondente). Ma prima della citata sentenza costituzionale, l'orientamento consolidatosi nel corso degli anni '80 era nel senso della esclusione dell'applicabilità dell'art. 7 dello Statuto in ragione

salutato per lo più con favore dai commentatori [3], hanno (ri)stabilito il principio in base al quale, anche per i dirigenti apicali, oltre che per quelli medi e minori cosiddetti "convenzionali", si applicano le garanzie di contraddittorio previste dai commi 2 e 3 dell'art. 7, l. n. 300 del 1970 per il licenziamento (ontologicamente) disciplinare [4], con diritto del lavoratore irritualmente licenziato alla corresponsione dell'indennità di preavviso e di quella supplementare eventualmente prevista dal contratto collettivo applicabile al rapporto, giusta il pure ribadito principio del "parallelismo delle tutele"; dall'altro alla pressoché coeva sentenza della Sezione Lavoro [5], con la quale la Corte di Cassazione – suscitando stavolta più critiche che consensi in dottrina –, ha non solo affermato con forza il carattere necessariamente causale del negozio datoriale di recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale pubblico, ma ha altresì statuito l'applicabilità, in caso di illegittimità del licenziamento, della tutela reintegratoria di cui all'art. 18 St. lav.

3.- Non tocca a me svolgere un'analisi di dettaglio del percorso motivazionale delle due pronunce né dar conto dello stato della giurisprudenza in materia e delle molte questioni ancora irrisolte: questo compito sarà autorevolmente svolto dalla relazione di Fabrizio Miani Canevari e dagli interventi programmati dei colleghi della Sezione umbra del Centro Studi "Domenico Napoletano", che ad essa faranno seguito. A titolo di rapidissima introduzione ai nostri lavori, a me preme unicamente sottolineare gli elementi salienti e più significativi nel nuovo corso della giurisprudenza di legittimità, nell'ottica, qui prescelta, del confronto tra lavoro dirigenziale pubblico e privato.

Invero, la giurisprudenza qui in esame sembra muoversi in una direzione che da un lato valorizza i necessari tratti di convergenza

---

della generalizzata inapplicabilità ai dirigenti dal regime legale limitativo dei licenziamenti.

[3] Oltre agli autori citati nella nota precedente, v., tra gli altri, C. Pisani, *Licenziamento disciplinare dei dirigenti: tutela procedimentale e sanzione d'area*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 461 ss.; M. Meucci, *La disciplina del licenziamento dei dirigenti (ricondotta ad unitarietà)*, in *Riv. crit. dir. lav.*, n. 1/2007, 33 ss.

[4] Si noti che la Corte assume una nozione opportunamente ampia di licenziamento disciplinare, chiarendo come la garanzia procedimentale di cui all'art. 7 St. lav. debba trovare applicazione "sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia" (punto 12 della motivazione).

[5] Cfr. Cass., sez. lav., 1° febbraio 2007, n. 2233, pubblicata tra l'altro in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2007, 686 ss., con commento di A. Boscati, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*.

della disciplina delle due aree, e forse dei due "mondi", della dirigenza italiana, tracciando fondamentali elementi di garanzia comuni ad ogni forma di lavoro (anche) dirigenziale, e che dall'altro enfatizza i connotati di irriducibile diversità delle due fattispecie, con opzioni interpretative – in particolare sotto tale ultimo profilo – che solo in parte sembrano peraltro poter essere condivise anche in una più ampia prospettiva di politica del diritto [6].

4. - Gli elementi di convergenza sono anzitutto evidenti nella unitaria riconduzione sotto il fondamentale principio *audiatur et altera pars* di ogni ipotesi di licenziamento per negligenza o comunque "per mancanze", anche se irrogato nei confronti del lavoratore che rivesta la qualifica di dirigente (non importa se privato o pubblico). La riaffermazione di tale principio di diritto – che raccoglie un fondamentale sviluppo di civiltà "ad un tempo sociopolitico e giuridico formale", come si legge in Cassazione sez. un. n. 7880/2007 – comporta, a ben vedere, non solo la necessaria riunificazione, pur nella diversa articolazione delle discipline procedurali puntualmente applicabili, tra lavoro privato e pubblico, ma realizza anche una essenziale e da tempo auspicata *reductio ad unum* della stessa dirigenza privata, recuperando quella lettura unitaria della categoria di cui all'art. 2095 cod. civ. come noto smarrita – con crescenti difficoltà applicative – dopo il famoso *revirement* compiuto dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 6041 del 1995 [7].

5. - A tale ultima sentenza – ed al prevalente orientamento di legittimità che ad essa ha fatto seguito sino al nuovo intervento delle Sezioni Unite – si rimproverava una innaturale ed anacronistica frammentazione della categoria dirigenziale privata, con effetti di paradossale irrigidimento della disciplina per una vasta area di dirigenza, "media" e "minore", peraltro di incerta individuazione. L'affermazione del principio per cui il dirigente di vertice, quale *alter ego* dell'imprenditore, sottraendosi per la natura intrinsecamente fiduciaria del rapporto al potere disciplinare del datore di lavoro non avrebbe avuto diritto alle guarentigie dell'art. 7 dello Statuto, trascinava con sé l'ulteriore assunto – parimenti criticabile, ed infatti assai criticato, sia pure per ragioni

---

[6] Come dirò meglio *infra*, al § 11.

[7] Cass., sez. un., 29 maggio 1995, n. 6041, pubblicata tra l'altro in *Giust. civ.*, 1995, I, 898 ss., con nota di G. Pera, *Non esiste il licenziamento c.d. disciplinare del dirigente?*, ed in *Lav. giur.*, 1996, 5 ss., con nota di E. D'avossa, *Licenziamento disciplinare del dirigente: la soluzione accolta dalle Sezioni Unite*. Sulla sentenza v. anche, in termini critici, L. Montuschi, *Il licenziamento disciplinare secondo il "diritto vivente"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 13 ss., e M. Magnani, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, *ivi*, 39 ss.

speculari al primo – per cui la vasta area della dirigenza privata non apicale avrebbe dovuto invece pienamente ricomprendersi all'orbita delle tutele legali contro il licenziamento illegittimo [8].

La frammentazione della categoria dirigenziale, così introdotta, da un lato comportava una indebita restrizione teleologica del campo di applicazione di quello statuto protettivo minimo invero disegnato dall'art. 7, l. n. 300 del 1970 secondo uno schema universalistico di tutela della dignità di *ogni* lavoratore, e dall'altro simmetricamente restringeva anche l'area del licenziamento *ad nutum*, riservandola, in una visione elitaria assai poco coerente con le dinamiche della realtà socioeconomica e con l'espansione/diversificazione del ruolo dirigenziale, ai soli dirigenti apicali.

6. - Ora la Cassazione recupera, sotto tale profilo, una visione giustamente unitaria della categoria, pur lasciando opportunamente aperta la strada della differenziazione delle tutele nella sede propria, che è quella della contrattazione collettiva [9]. Accanto a questo conato verso la uniformazione di elementi essenziali della disciplina del lavoro dirigenziale, privato e pubblico, la giurisprudenza oggetto del nostro seminario dà peraltro contestualmente impulso – come accennavo all'inizio – a tendenze, che paiono per vero tutt'altro che assestate, di divaricazione degli statuti giuridici della dirigenza nei due settori qui a confronto.

Sotto tale profilo, la differenza (o meglio divergenza) essenziale attiene, da un lato, alla affermazione del principio per cui il licenziamento del dirigente pubblico costituisce negozio necessariamente causale di recesso, dall'altro alla ritenuta applicabilità, per l'ipotesi di illegittimità dello stesso, del regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav.

7. - Le due affermazioni di principio – ed i due consequenziali elementi di fortissima differenziazione della disciplina del lavoro dirigenziale pubblico e privato – non si implicano, peraltro, e come evidente, in modo necessario, e se sulla prima si può e si deve convenire, in sintonia con l'opinione maggioritaria anche in dottrina, sulla seconda pare per contro lecito esprimere più di una riserva.

---

[8] Tra i due assunti, criticabili in sé, esisteva peraltro, nonostante la concatenazione supposta dalla Cassazione, un evidente salto logico, nella misura in cui il discorso sul raggio applicativo delle garanzie di cui all'art. 7 St. lav. trasmodava – senza un'effettiva connessione logico-sistematica – in quello sul regime sostanziale di tutela contro il licenziamento illegittimo, per giustificare il ridisegno, in chiave restrittiva, dell'area di applicabilità dell'art. 2118 cod. civ.

[9] Sul punto v. quanto opportunamente rilevato da Meucci, *La disciplina*, cit., 34.

La necessaria causalità del licenziamento del dirigente pubblico appare invero strettamente connessa al principio, cardine della riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sin dalla "prima privatizzazione" (10), della distinzione funzionale tra indirizzo politico e gestione amministrativa; costituisce pertanto un presidio necessario dello stesso principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. E nella misura in cui garantisce l'autonomia dell'organo amministrativo, sottraendo le sorti del rapporto di lavoro del titolare dello stesso alla discrezionalità altrimenti assoluta di quello politico, la regola per cui il rapporto del dirigente pubblico può esser risolto solo in presenza d'una giusta causa ovvero d'un giustificato motivo[11], concorre a dar corpo all'altro e connesso principio consacrato dall'art. 98 Cost., alla stregua del quale il pubblico impiegato è "al servizio esclusivo della Nazione" (12).

8. - Sotto tale profilo, dirigenza pubblica e dirigenza privata appaiono improntate a principi inevitabilmente diversi, che giustificano soluzioni corrispondentemente divergenti sulle regole applicabili, venendo in gioco interessi ed esigenze di tutela, anche costituzionale, del tutto diversi.

---

(10) V. ora in particolare l'art. 4 del d. lgs. n. 165 del 2001. Sul principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione esiste, come sin troppo noto, una letteratura sterminata, che non avrebbe senso richiamare neppure per cenni in una sede come questa; si veda solo la recente, importate rivisitazione offerta da F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2006, cui *adde*, tra i giuslavoristi, E. Ales, *Contratti di lavoro e pubblica amministrazione*, UTET, Torino, 2007.

(11) Dunque in presenza di causali giustificative assunte nel significato rigoroso implicato dalla disciplina legale limitativa dei licenziamenti, laddove la nozione di "giustificatezza" del licenziamento del dirigente privato, introdotta dalla contrattazione collettiva di categoria, abbraccia il diverso e ben più lato significato di carattere non arbitrario del recesso datoriale. Per la non equiparabilità del licenziamento privo di giustificato motivo *ex* art. 3, l. n. 604 del 1966 al licenziamento privo di giustificatezza ai sensi della contrattazione collettiva di settore, per la quale può rilevare qualsiasi motivo di risoluzione del rapporto, purché apprezzabile sul piano del diritto, che sia idoneo a turbare il legame di fiducia col datore di lavoro, v. la stessa Cass. sez. un. n. 7880 del 2007, al punto 13 della motivazione, cui *adde*, tra le tante, Cass., 26 luglio 2006, n. 17013. In dottrina v., per tutti e da ultimo, E. Gragnoli, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. XL, CEDAM, Padova, 2006, 223 ss.

(12) Per una forte riaffermazione del principio con riferimento al tema dello *spoils system* introdotto dalla l. n. 145 del 2002 – tema evidentemente connesso con quello qui affrontato, ma foriero di implicazioni che esulano dai limiti del nostro discorso –, cfr. la recentissima pronuncia n. 161 del 2008 della Corte costituzionale, che si riallaccia espressamente alle precedenti sentenze nn. 103 e 104 del 2007.

E questo appunto perché – come è stato ancora di recente ben sottolineato – "il recesso costituisce un punto centrale nel rapporto tra organi politici ed organi burocratici", onde "l'affermazione dell'esistenza di un regime legale di libera recedibilità si porrebbe in insanabile contrasto col principio della distinzione funzionale sancito dall'art. 4 del d. lgs. n. 165/2001" [13], nella misura in cui metterebbe in mano ai politici un formidabile strumento di pressione sul dirigente pubblico, minandone l'autonomia nella gestione concreta.

Nel caso della dirigenza privata, per contro, non può non valere – in quanto correlato alla natura intrinsecamente fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale – una regola legale di libera recedibilità, pur ovviamente aperta ai temperamenti ed ai limiti posti dall'autonomia collettiva [14].

9. - Diverso e più problematico è, invece, il discorso relativo all'altro principio affermato dalla Suprema Corte nella ricordata sentenza n. 2233 del 2007 in ordine all'applicabilità, al dirigente pubblico illegittimamente licenziato, della tutela reale del posto di lavoro di cui all'art. 18 St. lav.[15]. Contro una siffatta interpretazione dei giudici di legittimità sembrano invero militare sia argomenti di carattere esegetico (il combinato disposto degli artt. 21 e 51 del d. lgs. n. 165/2001 potendo essere infatti ricostruito in senso sostanzialmente opposto a quello fatto proprio dalla Corte), sia ragioni di più ampio carattere sistematico.

Non mi soffermerò ovviamente su di esse, trattandosi di un discorso assai complesso, che esigerebbe, tra le altre cose, di chiarire almeno la differenza, netta solo in astratto e mal digerita in concreto anche in sede giurisprudenziale, tra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, quale posta dal d. lgs. n. 165 del 2001 e dalla contrattazione

---

[13] A. Boscati, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, II, pp. 1211 ss., qui 1218.

[14] È sempre attuale la lezione di G. Pera, *Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, in *Orient. giur. lav.*, 1972, p. 429 ss. (ora ripubblicato in *Scritti di Giuseppe Pera*, I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, 401 ss.).

[15] E si veda anche Cass., sez. lav., 20 febbraio 2007, n. 3929 (sempre in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2007, 692, con la citata nota di Boscati), la quale ha ritenuto che, in caso di contestazione del mancato raggiungimento degli obiettivi ovvero di grave inosservanza delle direttive imputabili al dirigente di una pubblica amministrazione (locale), la omessa acquisizione del parere obbligatorio e vincolante del Comitato dei garanti *ex* art. 22, d. lgs. n. 165/2001, comporti la nullità ed inefficacia del licenziamento, in quanto intimato in "carenza di potere", con correlata prosecuzione *de iure* del rapporto di lavoro dirigenziale.

collettiva di categoria [16]. Rinviando alla relazione ed agli interventi che seguiranno, mi limito qui ad accennare al fatto che dall'intero sistema della contrattazione collettiva delle aree dirigenziali emerge – a voler ben vedere – come la tutela tipica in caso di licenziamento ingiustificato sia (solo) quella indennitario-risarcitoria, potendo farsi luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18 St. lav. – giusta le regola generale valevole per la stessa dirigenza privata – (solo) nel caso in cui il recesso dell'amministrazione datore di lavoro sia dovuto a motivi di carattere discriminatorio. Per cui non sembrano sussistere ostacoli né testuali né teorici alla estensione, al recesso illegittimamente ed irritualmente intimato al dirigente della pubblica amministrazione, di quel principio del "parallelismo delle tutele" anche da ultimo riaffermato, per la dirigenza privata, dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione [17].

10. - Ma militano contro tale orientamento della Suprema Corte anche più ampie considerazioni di politica del diritto, che richiamano in causa un altro essenziale momento di differenza – e forse di più netta divergenza pratica – tra lavoro pubblico e lavoro privato, sul quale vorrei brevemente richiamare l'attenzione a conclusione di questa sommaria introduzione al nostro seminario. Alludo alla differenza – invero profondissima tra i due "mondi" della dirigenza pubblica e privata e che è giocoforza registrare anche senza cedere alle suggestioni semplificatorie del dibattito politico-mediatico su "nullafacenti" e "fannulloni"[18] – che esiste in punto di *effettività* delle regole che presiedono alla verifica e, quindi, alla "sanzione" delle responsabilità del dirigente.

I meccanismi di valutazione e di controllo dell'attività di gestione manageriale dei dirigenti pubblici – e di conseguente attivazione della responsabilità dirigenziale a questi specificamente imputata dal legislatore in termini di (mancato) conseguimento dei risultati ovvero di (non) osservanza delle direttive generali dell'organo politico – soffrono, in particolare, di un *deficit* di effettività grave quanto comunemente riconosciuto.

---

[16] Su tale differenza v. da ultimo, tra i molti, anche per la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, A. Boscati, *"Responsabilità" del dirigente pubblico e recesso dell'amministrazione datore di lavoro*, in *RU Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2007, n. 1, 147, ss., nonché Id., *La dirigenza pubblica*, in U. Carabelli, M. T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2007, 67 ss.

[17] V. in tal senso, pur dopo Cass., sez. lav., n. 2233/2007, Tribunale di Piacenza, 1 marzo 2007, sempre in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2007, 700.

[18] Il dibattito è stato come noto aperto dal *pamphlet* polemico di P. Ichino, *I nullafacenti*, Mondadori, Milano, 2006.

11. - Su questo fronte si gioca, per opinione parimenti diffusa in ambito sia scientifico che politico, una delle sfide più importanti e decisive per le sorti della riforma della pubblica amministrazione in generale e del lavoro pubblico in particolare. E su questo fronte non possono non considerarsi vivamente auspicabili – pur nella già rilevata, ineliminabile diversità sostanziale degli interessi in gioco [19] – dinamiche di convergenza virtuosa tra lavoro dirigenziale pubblico e privato, nel senso della necessaria effettività dei circuiti di specifica responsabilità anche per la dirigenza pubblica.

Una dirigenza pubblica davvero autonoma dalla politica ha bisogno, per assolvere con la indispensabile autorevolezza ed efficacia all'essenziale ruolo manageriale attribuitole dalla legge, anche di una corrispondente, compiuta assunzione di responsabilità [20]. L'assimilazione quanto a regime di tutela contro il licenziamento illegittimo del rapporto di lavoro dirigenziale a quello impiegatizio [21], pur ponendosi su un piano evidentemente distinto da quello testé evocato, non sembra comunque andare nella direzione della necessaria, effettiva responsabilizzazione della dirigenza pubblica.

STEFANO GIUBBONI

---

[19] Cfr. altresì P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, n. 1/2001, 59 ss.

[20] Cfr. ancora, nella letteratura più recente, il contributo di A. PIOGGIA al volume a cura di F. MERLONI, A. PIOGGIA e R. SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

[21] La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2233/2007, ha come noto posto una netta distinzione concettuale e di regime giuridico tra il rapporto di lavoro a tempo indeterminato attributivo della qualifica dirigenziale, contrattualmente costituito all'esito dell'espletamento della procedura concorsuale di accesso al ruolo, e l'incarico, necessariamente a termine, conferito con provvedimento cui va riconosciuta natura di atto negoziale unilaterale dell'amministrazione datore di lavoro: il primo assimilato per il tramite dell'art. 51, comma 2, d. lgs. n. 165/2001 a quello impiegatizio quanto a garanzia di stabilità; il secondo connotato invece da strutturale precarietà anche per la esplicita esclusione dell'applicabilità della regola di cui all'art. 2103 cod. civ.

# IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE: LAVORO PUBBLICO E PRIVATO A CONFRONTO [1]

## *1. I dirigenti privati*

I recenti sviluppi della giurisprudenza in tema di licenziamento dei dirigenti consentono di verificare la complessità del quadro ricostruttivo della disciplina del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e privato, anche in relazione ai problemi di distinzione tra queste due figure.

Le difficoltà nascono all'origine nel settore privato, per la mancata definizione nel sistema del codice civile, dei requisiti di appartenenza a questa categoria nell'ambito della tripartizione di cui all'art. 2095 cod. civ., con conseguente necessità di far riferimento alla contrattazione collettiva in base alla quale è stata elaborata dalla giurisprudenza una nozione generale e astratta (la classica figura dell'*alter ego* dell'imprenditore) collegata, come è noto, alla partecipazione al governo della effettivo dell'attività aziendale con l'esercizio di poteri che influenzano l'intero complesso aziendale od un suo importante ramo: ed in relazione a queste caratteristiche si è anche prospettata l'assenza di una dipendenza gerarchica, nel senso che il dirigente è direttamente responsabile solo nei confronti del titolare dell'impresa. Vedremo poi le importanti implicazioni di questa enunciazione.

L'elemento distintivo della disciplina del rapporto del dirigente è indubbiamente data dalla esclusione dal regime di stabilità, in relazione al disposto dell'art.10 della legge n.604/1966; esclusione che è stata ritenuta compatibile con i principi costituzionali proprio in ragione dello stretto vincolo fiduciario che caratterizza l'attività lavorativa.

La tutela legale è sostituita da quella dei contratti collettivi, che come sappiamo hanno posto come limite alla libertà di recesso dell'imprenditore la «giustificatezza» del licenziamento, requisito la cui

---

[1] Relazione tenuta all'incontro di studio sul tema "Il licenziamento del dirigente: lavoro pubblico e privato a confronto", svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche di Perugia il 23 maggio 2008.

assenza comporta l'attribuzione al dirigente licenziato di un'indennità risarcitoria (indennità supplementare). La nozione di giustificatezza non coincide con quella di giusta causa o giustificato motivo di recesso dal rapporto di lavoro dotato di stabilità, ma si identifica con la presenza di valide ragioni di cessazione del rapporto lavorativo, come tali apprezzabili sotto il profilo della correttezza e della buona fede, sicché non giustificato è il licenziamento per ragioni meramente pretestuose, al limite della discriminazione, ovvero anche del tutto irrispettoso delle regole procedimentali che assicurano la correttezza dell'esercizio del diritto; rileva sotto questo profilo qualsiasi motivo, purché apprezzabile sul piano.

Ai fini della determinazione dei limiti della tutela legale si pongono problemi di identificazione della figura del dirigente, in relazione alle ipotesi dello «pseudo dirigente» e del dirigente minore. Con questi termini si allude spesso a situazioni diverse. Da un lato, vi sono i casi in cui il datore di lavoro attribuisce convenzionalmente (a livello di contratto individuale) la qualifica di dirigente a soggetti con mansioni non classificabili come dirigenziali dalla contrattazione collettiva (dei dirigenti), in relazione al tipo di organizzazione aziendale.

Dall'altro, vi sono i soggetti preposti ad unità organizzative di un certo livello, che si ritengono esclusi dall'ambito della qualifica dirigenziale in quanto sottoposti a loro volta, nell'ambito di una struttura complessa, ad altri dirigenti; e ciò sul presupposto che un dirigente non può essere subordinato gerarchicamente [(2)].

Per i primi, si è posto il problema delle conseguenze negative dell'inquadramento «di favore» tra i dirigenti, sul piano della riduzione delle tutele legali rispetto agli altri dipendenti; ci si è chiesto, perciò, se il dipendente potesse invocare l'applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti contestando la corrispondenza della qualifica convenzionale alla posizione di lavoro assegnata. Al quesito è stata data risposta

---

[(2)] V. Cass., 4 febbraio 1998, n. 1151, secondo cui incompatibilità tra la predetta qualifica e l'esercizio di mansioni con vincolo di dipendenza gerarchica, anche nei casi di aziende ad organizzazione complessa con pluralità di dirigenti (a diversi livelli e con graduazione di compiti) i quali sono tra loro coordinati da vincoli di gerarchia, restando però salva, anche nel dirigente di grado inferiore, una vasta autonomia decisionale circoscritta dal potere direttivo generale di massima del dirigente di livello superiore. Per altre decisioni, peraltro, nelle organizzazioni aziendali complesse può sussistere una pluralità di dirigenti di diversi livelli, con una graduazione dei loro compiti (ferma restando l'esistenza di una particolare qualità, autonomia e discrezionalità delle loro mansioni), sicchè non può ritenersi perfettamente adeguata in tutte le situazioni la formula riassuntiva di alter ego dell'imprenditore a connotare la figura del dirigente (cfr. Cass. 3 aprile 2003 n. 5213 cit.; Cass, 28 dicembre 1998 n. 12860; Cass. 25 febbraio 1994 n. 1899).

positiva, affermandosi che tale contestazione può essere utilmente compiuta dal dipendente dimostrando che le mansioni effettivamente svolte non corrispondono a quelle previste o che in concreto esse difettino di tutti quei caratteri ritenuti propri della categoria dirigenziale[3]; e ciò in quanto l'autonomia contrattuale delle parti non può privare il lavoro delle tutele assicurate da norme imperative di legge, connesse alla natura del mansioni effettivamente svolte

Indipendentemente dalla diversità di queste ipotesi (che talvolta non emerge chiaramente dalle decisioni della S.C.,[4]), interessa qui rilevare l'emersione nella giurisprudenza degli anni '90 di una fondamentale distinzione tra dirigente «apicale» o di vertice e media o bassa dirigenza. Per i fini che ora vedremo, è stato affermato che soltanto il lavoratore che effettivamente sostituisca il capo di un'impresa di dimensioni medio – grandi nelle funzioni strettamente sue proprie, ovvero la cui posizione corrisponda sostanzialmente al prototipo del c.d. *top manager*, può essere considerato dirigente. In questi termini si giustifica e si comprende il significato di espressioni ricorrenti nella giurisprudenza di questa Corte, secondo le quali il dirigente deve identificarsi nell'*alter ego* dell'imprenditore preposto all'intera azienda o ad un ramo o servizio, caratterizzato da particolare autonomia e competenza, cui vengono attribuiti, con le connesse responsabilità, poteri decisionali di entità tale, pur nell'ambito delle direttive generali impartite dal datore di lavoro, da influenzare l'intero andamento dell'attività aziendale, tanto al suo interno che nei rapporti con i terzi.

Questa distinzione è a ben vedere frutto di una creazione giurisprudenziale nata dal dibattito sull'applicabilità delle garanzie procedimentali dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori al licenziamento disciplinare, enunciata dalle sentenze nn. 204/1982 e 427/1989 della Corte Costit., e dopo l'affermazione della natura «ontologicamente» disciplinare del licenziamento intimato per mancanze del dipendente (Cass. Sez.Un. n.4823/1987). Le implicazioni di questa linea per il licenziamento dei dirigenti sono state affrontate nel 1995 dalle Sezioni Unite della S.C. (sentenza n. 6041) con la nota soluzione, molto criticata, diretta ad escludere dalla tutela dell'art.7 S.L. il dirigente apicale, e cioè il «prestatore di lavoro che, collocato al vertice dell'organizzazione aziendale,

---

(3) Cass. n. 1836 del 15 febbraio1992, 12571 del 12 novembre 1999.

(4) In cui si parla talvolta indifferentemente di pseudo dirigente, dirigente «meramente convenzionale» e dirigente minore: cfr. Cass. 9 aprile 2003 n.5526, dove si riporta al caso della "bassa dirigenza" l'ipotesi di dedotta attribuzione meramente convenzionale della qualifica, contestata dal dipendente che invocava l'applicazione della tutela reale.

svolge mansioni tali da caratterizzare la vita dell'azienda con scelte di respiro globale, e si pone in un rapporto di collaborazione fiduciaria con il datore di lavoro»; ciò in considerazione della sostanziale incompatibilità di questo rapporto con l'esercizio del potere disciplinare da parte dell'imprenditore.

Tale impostazione trova un indubbio fondamento, sotto il profilo considerato dalle Sezioni Unite nel 1995, nella difficoltà di inquadrare nel rapporto tipicamente fiduciario tra il datore di lavoro e il dirigente l'esercizio del potere disciplinare, specifica espressione di una relazione gerarchica; ma ad un livello più generale incontra l'ostacolo dell'inesistenza di un sicuro referente normativo della nozione di dirigente elaborata dalla giurisprudenza (sostanzialmente ricalcata sulla figura del dirigente apicale delineata dalla contrattazione collettiva), perché la caratteristica principale di questa figura – l'elemento qualificante e decisivo della esclusione dal regime di stabilità del rapporto – resta affidata alla previsione di una norma di legge – l'art.10 della legge n.604/1966- che non consente, di per sé, alcuna distinzione tra dirigenti maggiori» e «minori». Non si tratta quindi di enunciare questa distinzione all'interno di una categoria «legale» di dirigente, quanto di fondare su base normativa una nozione restrittiva di dirigente, correlata al riconoscimento di una precisa esigenza funzionale dell'impresa, che da un lato legittima la facoltà dell'imprenditore di scegliere discrezionalmente le persone più idonee a collaborare ai più alti livelli della gestione dell'azienda, e dall'altro colloca il dirigente sul versante attivo, e non passivo, dell'esercizio del potere direttivo [(5)]. L'operazione è, se non facile, abbastanza persuasiva nella linea di approccio delle Sezioni Unite del 1995 (che, ripeto, consideravano lo specifico profilo del potere disciplinare); questa impostazione, se da un lato ha incontrato forti dissensi nella successiva giurisprudenza della Cassazione, ha d'altro canto generato un altro filone di sentenze con le quali, attraverso una singolare trasposizione del quadro di riferimento dal profilo delle garanzie formali a quello delle garanzie sostanziali, è stata utilizzata la distinzione tra dirigenti apicali e dirigenti minori ai fini della delimitazione dell'ambito di operatività del licenziamento *ad nutum*, applicando direttamente – in verità senza un proprio autonomo supporto argomentativo – la teoria restrittiva del «vero dirigente» al nucleo centrale dello statuto di questa figura, e cioè la libera recedibilità dal rapporto di lavoro. È stato così affermato che la regola della licenziabilità *ad nutum* dei dirigenti, desumibile dall'art. 10 della legge n. 604 del 1966, riguarda solo il dirigente in posizione

---

[(5)] A. Zoppoli, *Il lavoro dirigenziale tra regole giuridiche e distinzioni sociologiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 613.

verticistica, che, nell'ambito dell'azienda, abbia un ruolo caratterizzato dall'ampiezza del potere gestorio, tanto da poter essere definito un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore [6].

Da questi risultati dell'elaborazione giurisprudenziale è emersa l'esigenza di delineare una nozione unitaria (e restrittiva) della categoria, superando le incertezze derivanti dalla configurabilità di diverse concezioni di questa figura; rilevando su questo piano il raffronto delle particolari caratteristiche della relazione fiduciaria tra dirigente e titolare dell'impresa con il vincolo di subordinazione che, secondo lo schema generale dell'art. 2094 cod. civ., ricorre tra questi due soggetti. Un'indagine su questa linea potrebbe portare a porre su due piani diversi la valenza generale dei precetti dell'art. 7 Stat. Lav., indefettibile garanzia di ogni rapporto di lavoro subordinato ed espressione di un principio generale dell'ordinamento, e l'esercizio della facoltà di recesso del datore di lavoro.

A questo punto è opportuno ricordare qui la soluzione offerta dalla S.C. al problema delle conseguenze del licenziamento disciplinare intimato in violazione delle suddette garanzie. Come è noto, è stata abbandonata la tesi della nullità del recesso per violazione di norme imperative, ed è stata adottata invece la linea detta del «parallelismo delle tutele» o della «sanzione di area» in relazione alle varie tipologie di limiti alla facoltà di recesso datoriale. Si è detto cioè che alla inosservanza delle garanzie dell'art. 7 conseguono gli stessi effetti stabiliti per l'ipotesi di licenziamento ingiustificato, e quindi, rispettivamente, la tutela dell'art.18 Stat. lav. per i rapporti dotati di stabilità reale e la tutela obbligatoria dell'art. 8 legge n.604/1966, mentre per i casi di recesso libero spetterà solo il preavviso *ex* art. 2118 cod. civ., e per i dirigenti la specifica tutela contrattuale prevista per il licenziamento privo di «giustificatezza». Il mancato rispetto dei precetti dell'art.7 Stat. Lav. rende inutilizzabile il motivo di licenziamento disciplinare, che diventa quindi ingiustificato, con le conseguenze previste dal regime dei limiti alla recedibilità proprio di ogni singolo tipo di rapporto.

In questo sistema la sentenza n.7880/2007 delle Sezioni Unite compone il contrasto di giurisprudenza registratosi con i dissensi dalla soluzione offerta dalla sentenza n.6041 del 1995, affermando il principio secondo cui "Le garanzie procedimentali dettate dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 7, commi 2 e 3, devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente - a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa - sia se il datore di lavoro addebiti al

---

[6] Cass. 12571 del 12 novembre 1999, 5526 del 09 aprile 2003, 8486 del 28 maggio 2003 15351 del 09 agosto 2004

dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Dalla violazione di dette garanzie, che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedimentali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso".

La decisione si fonda sulla riaffermazione della portata generale della garanzia dell'art.7 S.L., che trova la sua effettiva ratio non nelle caratteristiche intrinseche del rapporto di lavoro ma nella capacità dei fatti posti a base del recesso, di incidere direttamente, al di là dell'aspetto economico, sulla stessa "persona del lavoratore", ledendone talvolta, con il decoro e la dignità, anche la sua stessa immagine in modo irreversibile; garanzia che è dunque applicabile al rapporto di tutti gli appartenenti alla categoria dei dirigenti (compresa nella catalogazione dell'art.2095 cod.civ.) che come tali, partecipano alla disciplina del rapporto di lavoro dettata dal codice civile e dalle leggi speciali per il prestatore di lavoro subordinato in generale. In relazione alle particolari caratteristiche del rapporto fiduciario, si osserva che quando il venir meno della fiducia è conseguenza di una condotta del dirigente ritenuta manchevole, il recesso, accanto alla tipica funzione risolutoria del rapporto, contiene anche una causa ulteriore costituita dalla funzione dell'atto di irrogare una pena privata, realizzandosi tale effetto sanzionatorio nella perdita del diritto all'indennità supplementare prevista dai contratti collettivi della categoria e, in casi di particolare gravità, del diritto al preavviso ed alla corrispondente indennità. E, sempre nella stessa direzione, è stato osservato che sia la parzialità del modello socialtipico dell'*alter ego* dell'imprenditore sia l'accentuata fiduciarietà del rapporto può comportare l'allargamento dell'area dei comportamenti fedeli ma non l'esclusione della rilevanza disciplinare delle condotte inadempienti, atteso che nel codice civile non v'è traccia testuale di deroga, quanto ai dirigenti, dell'applicabilità dell'art. 2106 c.c.; dunque alla luce della impostazione ontologica il potere disciplinare resta tale, e merita la procedimentalizzazione di cui si discute, anche se i particolari connotati del rapporto fanno sì che esso venga esercitato se non con la sanzione espulsiva.

Affrontando dunque il problema dei confini di questa categoria di prestatori di lavoro subordinato, la sentenza del 2007 ribadisce che la categoria dei dirigenti deve essere identificata alla stregua di quanto

stabilito dalla contrattazione collettiva, non solo per quanto stabilito dall'art. 2095 c.c. ma anche per ben comprensibili ragioni logico-sistematiche. Attraverso le scelte classificatorie delle organizzazioni sindacali si perviene all'utile risultato, in ragione della specificità delle diverse imprese e della loro spesso variegata articolazione in settori produttivi differenziati, di determinare l'attribuzione della qualifica dirigenziale a quanti ad essi vengono preposti e, nello stesso tempo, si rende possibile modulare, pur nella unitarietà della categoria, le tutele a seconda del grado di autonomia, indipendenza e responsabilità in concreto ricollegabile a ciascun tipo di preposizione. Si prende atto, tuttavia, che la specialità della funzione dirigenziale trova, forme di estrinsecazioni molteplici e non sempre riassumibili a priori in termini compiuti, mentre restano estremamente labili i confini tra la figura di dirigente e quella professionale di impiegato con funzioni direttive e quadro di livello più elevato.

Si registra, d'altro canto, la proliferazione della categoria dirigenziale – in buona misura correlata, all'attuale assetto delle imprese (caratterizzato sovente, soprattutto per le imprese di grandi dimensioni e con diffusa ramificazione nel territorio e nel mercato, da una molteplicità di centri decisionali dotati di propria autonomia gestionale) nonché al processo tecnologico ed alle continue innovazioni (richiedenti un personale particolarmente qualificato, talora decisivo per le stesse sorti dell'impresa). L'evoluzione della figura del dirigente, indotta dalla contrattazione collettiva e dalla prassi sindacale, ha portato al riconoscimento della qualifica dirigenziale a lavoratori in possesso di elevate conoscenze scientifiche e tecniche o, comunque, dotati di tale professionalità da collocarsi nel mercato del lavoro in condizioni di particolare forza pur non essendo investiti di quei poteri di direzione in mancanza dei quali non appare appropriato il richiamo alla nozione di *alter ego* dell'imprenditore.

Sulla base di questi rilievi, si afferma che la diversità contenutistica tra posizioni dirigenziali non legittima alcuna differenza di disciplina in ordine alla doverosa e generale assoggettabilità dei fatti causativi del recesso alla procedura *ex* art. 7 stat. lav.; a livelli di disciplina contrattuale nulla osta, di contro, a che si introduca – con il consenso delle organizzazioni sindacali – in luogo dell'uniformità di disciplina una divaricazione nelle tutele a secondo del diverso grado di rilevanza dei poteri a ciascun dirigente demandati.

Ai fini dell'applicazione della garanzia dell'art. 7 S.L. la categoria comprende tutti i dirigenti, apicali, medi o minori, restando esclusi solo i c.d. pseudo dirigenti, cioè quei lavoratori che seppure hanno di fatto il nome ed il trattamento dei dirigenti, per non rivestire nell'organizzazione aziendale un ruolo di incisività e rilevanza analogo a quelli dei

cd. dirigenti convenzionali (dirigenti apicali, medi o minori), non sono classificabili come tali dalla contrattazione collettiva – e tanto meno da un contratto individuale – non essendo praticabile uno scambio tra pattuizione di benefici economici (e di più favorevole trattamento) e la tutela garantistica ad essi assicurata, al momento del recesso datoriale, dalla L. n. 604 del 1966 e L. n. 300 del 1970.

Sul piano degli effetti dell'inosservanza delle regole procedurali di contestazione dell'addebito, le Sezioni Unite confermano la regola della «sanzione di area», nel senso che la violazione di detta garanzia comporta non la nullità del licenziamento stesso ma l'impossibilità di tenere conto dei comportamenti irritualmente posti a base del licenziamento ai fini dell'esclusione del diritto al preavviso e all'indennità supplementare, previsti dalla contrattazione collettiva.

Resta da vedere adesso se alla stregua dei principi così affermati si giungerà anche ad un mutamento della giurisprudenza sopra ricordata, che ai fini dell'esclusione del regime di stabilità del rapporto di lavoro proponeva la nozione restrittiva di dirigente ora abbandonata dalle Sezioni Unite.

## *2. La dirigenza pubblica*

Buona parte delle costruzioni concettuali sul recesso dal rapporto con il dirigente privato risulta inutilizzabile per la figura del dirigente pubblico. Sappiamo che il sistema della privatizzazione del pubblico impiego si fonda sulla separazione tra attività di indirizzo politico amministrativo, riservata agli organi di governo, e attività di gestione amministrativa, affidata esclusivamente all'autonomia dei dirigenti. Il rapporto fiduciario tra organi politici e categoria dirigenziale è totalmente diverso da quello esistente nel settore privato tra imprenditore e dirigente, perché a differenza di quest'ultimo non dipende da un apprezzamento soggettivo, ma è riferito a parametri oggettivi di valutazione dell'effettiva capacità e delle attitudini del professionali, ai fini del raggiungimento degli obiettivi prefissati negli atti di indirizzo dell'amministrazione. Una volta accertato il possesso dei requisiti e delle capacità dell'interessato, attraverso le procedure di accesso alla categoria dirigenziale (che elimina i problemi di qualificazione del rapporto) la discrezionalità della amministrazione si esprime attraverso il conferimento dell'incarico. Da qui la struttura c.d. binaria del rapporto di lavoro dirigenziale, in cui al rapporto giuridico fondamentale si unisce il rapporto di incarico, con il conferimento a termine dello stesso; nell'ambito di questa struttura rilevano, dal lato dell'amministrazione datrice di lavoro, sia l'esercizio del potere direttivo e disciplinare (corrispondente alle prerogative imprenditoriali) sia la particolare azione di responsabilità dirigenziale.

L'assetto normativo di questo rapporto è frammentario e ricco di fattori di contraddizione. Probabilmente, come si è osservato in dottrina[7], esso risente di un vizio di origine della riforma del pubblico impiego, determinato dall'assenza di una specifica disciplina del licenziamento del dirigente pubblico: si ricorda che con il primo intervento del legislatore del '92/93 il legislatore intese escludere dalla contrattualizzazione la «dirigenza generale», per la quale voleva mantenere il tradizionale statuto pubblicistico; adattò poi al nuovo contesto l'istituto della responsabilità dirigenziale, e limitandosi, anche con la seconda privatizzazione, ad una generica previsione della facoltà di recesso dell'amministrazione «secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi».

Per la ricostruzione dell'assetto normativo rileva qui, nel testo originario del d.lgs. 165/2001, la disposizione dell'art. 21 secondo cui «I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie determinati con i decreti legislativi di cui all'articolo 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico, adottata con le procedure previste dall'articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all'articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse». Per il secondo comma, «nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa, ai sensi del comma 1, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi.»

Nel testo modificato dalla L. 15 luglio 2002, n. 145 si legge «che il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui al D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 286, articolo 5, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le

---

(7) A. Zoppoli, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot, Working Paper* del Centro Studi di Diritto del lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 66/2008, nel sito www.lex.unict.it/eurolabor/

disposizioni del contratto collettivo» (si noti la soppressione del riferimento alle norme codicistiche).

Con riguardo alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, il provvedimento di recesso dell'amministrazione può essere adottato, in relazione al disposto dell'art. 22 dello stesso testo normativo, previo parere obbligatorio e vincolante del comitato dei garanti, il quale ha tempo trenta giorni dalla richiesta per esprimerlo, decorsi i quali si prescinde dal parere stesso.

Rileva poi, per quanto vedremo, il disposto dell'art. 51 del d.lgs. n.165/2001, secondo cui «Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1.

2.2 - La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti».

In queste norme è possibile ravvisare un preciso rinvio alla contrattazione collettiva per quanto concerne l'individuazione delle ipotesi che legittimano il recesso, come pure, secondo una condivisibile opinione dottrinale, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento ingiustificato[8]. Si può così subito rilevare che la contrattazione collettiva della categoria dirigenziale ha ripreso quella del settore privato, stabilendo, oltre ad ipotesi specifiche di nullità del licenziamento discriminatorio o intimato senza giusta causa nei periodi di sospensione del rapporto (ipotesi in cui si applica l'art. 18 della legge n. 300 del 1970) una procedura di contestazione disciplinare, un obbligo di motivazione del recesso e una tutela di tipo meramente risarcitorio a favore del dirigente.

Ne risulta un sistema evidentemente disarmonico in cui ad una fattispecie di recesso di tipo privatistico, sostanzialmente fondato sulla regola della giustificatezza e con una tutela di carattere obbligatorio, si affianca un'ipotesi di recesso «legale» per responsabilità dirigenziale, in relazione alla quale la contrattazione collettiva stabilisce che l'annullamento delle procedure di accertamento della responsabilità del dirigente «fa venir meno il recesso».

A questo punto è necessario distinguere il problema della giustificazione del licenziamento da quello del regime sanzionatorio dei vizi dell'atto di recesso. I principi guida per la ricostruzione di questa disciplina siano stati indicati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.313/1996 ove si legge (con riferimento alle previsioni del d.lgs. n.29/1993) che l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipen-

---

(8) A. Zoppoli, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico*, cit.

denti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la Pubblica Amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo - assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio -, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso [9].

Mi sembra chiaro che questa precisa formulazione affida la tutela del dirigente ad un principio generale di «causalità» del recesso e a regole procedurali, restando peraltro del tutto estranea alla soglia di tutela costituzionale (in particolare con riferimento al principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ) il profilo della garanzia di stabilità del rapporto.

Vediamo ora la soluzione offerta a questi problemi dalla più recente giurisprudenza della Cassazione.

Cass. 1 febbraio 2007 n. 3929 ha esaminato il caso di un dirigente del comparto ministeri licenziato per mancato superamento del periodo di prova, con recesso intimato dopo la scadenza del periodo fissato per l'esperimento; la S.C. ha affermato che l'illegittimità di questo provvedimento comportava l'applicazione al rapporto fondamentale sottostante della tutela dell'art. 18 della legge n. 300/1970. Il principio enunciato si fonda sull'interpretazione dell'art. 51, 2° comma del d.lgs. n.165/2001, secondo cui, come abbiamo visto, la L. 20 maggio 1970, n. 300 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti. Si rileva che tale norma pone una deroga ai limiti di applicabilità della legge stessa stabiliti dall' art. 35 dello statuto, in relazione alle dimensioni occupazionali (15 dipendenti) delle imprese industriali e commerciali, per le quali la L. 20 maggio 1970, n. 300, era stata originariamente pensata; ma tale disposizione non consente di ritenere che la L. 20 maggio 1970, n. 300 si applichi con i limiti categoriali di cui alla L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 10, e cioè con esclusione dei dirigenti. Poiché il rapporto fondamentale stabile dei dipendenti pubblici con attitudine dirigenziale è assimilato dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 21, a quello della categoria impiegatizia, e poichè la L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 10 si riferisce ai dirigenti privati, il Collegio ritiene che l'estensione operata dall'art. 51, comma 2, si applica anche al rapporto fondamentale di lavoro dei dirigenti pubblici.

Ritengo significativa, in questa argomentazione, il passaggio della sentenza dove, dopo aver rilevato che secondo la contrattazione collettiva

---

[9] V. anche Corte Cost. 16 maggio 2002 n.193, che ritiene costituzionalmente legittima la previsione come misura sanzionatoria della condotta dirigenziale anche della rimozione dall'impiego nei casi di maggiore gravita; «questa deve avvenire in base a previsione normativa e con le relative proprie garanzie procedimentali».

solo le mancanze più gravi, anche attinenti ad ambiti *extra* lavorativi, possono portare a recedere dal rapporto di lavoro e, con esso, dall'incarico sovrastante, si afferma che la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici non è dunque quella dell'art. 2118 cod. civ, propria dei dirigenti privati, ma «segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego».

Un ulteriore argomento è dato dalla proposizione secondo cui il contratto collettivo della dirigenza pubblica applicabile nella specie [10] «non predispone una tutela risarcitoria per il recesso privo di giusta causa o giustificato motivo», a differenza dei contratti collettivi dei dirigenti industriali, che disciplinano le conseguenze risarcitorie del licenziamento ingiustificato.

Cass. 20 febbraio 2007 n.2233 riguarda il caso del licenziamento per giusta causa intimato ad un dirigente, che la sentenza riconduce ad una fattispecie di responsabilità dirigenziale, identificando sostanzialmente il recesso in un licenziamento per mancanze, e rilevando nella mancata osservanza della procedura prescritta dall'art. 22 del d.lgs. n.165/2001 (non essendo stato nella specie richiesto il parere del comitato dei garanti) un indefettibile presupposto per l'adozione del licenziamento per responsabilità dirigenziale, in funzione di garanzia ed a tutela del lavoratore contro l'arbitrio o comunque la discrezionalità assoluta degli organi politici. Mancando tale presupposto, il provvedimento di licenziamento risulta adottato in carenza di potere, in mancanza di un presupposto di garanzia del lavoratore e quindi non semplicemente annullabile, ma nullo ed inefficace, tale da comportare la prosecuzione *de iure* del rapporto di lavoro dirigenziale (la sentenza rileva che nella stessa linea si pone la contrattazione collettiva con la richiamata previsione secondo cui l'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente costituisce «condizione risolutiva del recesso».

La sentenza da ultimo citata rappresenta senza dubbio un apprezzabile tentativo di ricostruzione della fattispecie di responsabilità dirigenziale, in relazione alle difficoltà interpretative poste dal raffronto con l'ipotesi di responsabilità disciplinare: secondo la S.C. le due fattispecie possono coincidere quando la valutazione negativa sia riconducibile ad un inadempimento del lavoratore caratterizzato dall'elemento soggettivo della colpa, configurandosi altrimenti «una sorta di responsabilità oggettiva» quando il mancato raggiungimento di obiettivi dipenda da difficoltà oggettive. Va peraltro rilevato che l'attuale testo dell'art. 21, nella formulazione introdotta dalla legge n. 145/2002, pone come ele-

---

[10] CCNL 1997 personale comparto ministeri con qualifica dirigenziale

mento della responsabilità la imputabilità al dirigente.

La decisione in esame, del resto, ammette il recesso per giusta causa della amministrazione senza il previo parere del comitato dei garanti nel caso di comportamenti che, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 21, non consentano la prosecuzione anche provvisoria del rapporto. L'impostazione seguita, sul piano dell'assimilazione delle diverse fattispecie che legittimano il recesso, risolve così in buona parte, ma non completamente, la disarmonia già rilevata tra le diverse procedure di accertamento della responsabilità: come è stato rilevato in dottrina, ipergarantita quella relativa alla fattispecie di responsabilità dirigenziale, assai meno quella «privatistica» prevista dal CCNL indirizzata alla sanzione del recesso [11].

La sentenza afferma la nullità-inefficacia del recesso intimato in violazione delle regole procedurali poste a garanzia del lavoratore, con conseguenze - derivate da principi di diritto comune - di prosecuzione *de iure* del rapporto di lavoro dirigenziale e diritto al trattamento economico. Si tratterebbe, secondo la S.C., di un provvedimento «adottato in carenza di potere»; posto che il potere spetta indubbiamente all'amministrazione, ritengo che bisognerebbe piuttosto parlare di un provvedimento illegittimo perché viziato sul piano procedurale. Secondo la sentenza alla medesima conseguenza si perviene con la regola della contrattazione collettiva relativa all'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente, che costituisce condizione risolutiva del recesso.

Altre diverse considerazioni merita l'impostazione seguita da Cass. n.3929/2007 per affermare l'applicabilità ai dirigenti pubblici del regime di stabilità reale assicurato dall'art. 18 Stat. Lav. Ho già accennato alla distinzione tra i limiti al potere di recesso dell'amministrazione, derivanti dalla regola della giustificazione del provvedimento, e gli effetti sanzionatori della mancanza di giustificazione; intendo quindi sostenere che l'assoggettamento alla tutela reale non può certamente desumersi, senza un ingiustificabile salto logico, dal principio di necessaria giustificazione del recesso.

Cominciamo dal riferimento al disposto dell'art. 51 comma 2 relativo all'applicazione dello Statuto dei Lavoratori. Secondo la S.C., questo richiamo comporta l'estensione della relativa tutela (compreso l'art. 18) al rapporto dei dirigenti pubblici. Ritengo, secondo il parere di attenta dottrina, che la norma non giustifichi questa conclusione, perché si limita ad estendere lo Statuto dei lavoratori alle amministrazioni pubbliche

---

[11] A. Riccobono, *Consensi e dissensi sulla (negata) estensione della tutela reale al licenziamento illegittimo del dirigente pubblico,* 2007, 2, 1190.

(con riferimento a queste, e non ai dipendenti) e non modifica per il resto il limite soggettivo di cui all'art.10 della legge n.604/1966 [12].

Secondo il primo comma dello stesso art. 51, «il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1». Posto che la prima norma richiamata (art.2 comma 2) stabilisce che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto», è necessario verificare se questo testo normativo contenga disposizioni contenenti una disciplina diversa da quella statutaria. Ebbene, l'art. 21 contiene senza dubbio una regolamentazione specifica, idonea a derogare alla regolamentazione dello Statuto dei Lavoratori, per il preciso rinvio da parte del legislatore alla contrattazione collettiva, alla quale risulta affidata, a mio avviso, anche la regolamentazione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento ingiustificato.

Infatti, tutti i contratti collettivi della dirigenza pubblica prevedono per tale caso soltanto una tutela risarcitoria a favore del dirigente. In proposito, mi sembra del tutto erronea ed insostenibile l'affermazione contenuta nella sentenza citata, secondo cui «il contratto collettivo della dirigenza pubblica applicabile al ricorrente non predispone una tutela risarcitoria per il recesso privo di giusta causa o giustificato motivo, a differenza dei contratti collettivi dei dirigenti industriali, che disciplinano le conseguenze risarcitorie del licenziamento ingiustificato».

La sentenza muove poi da una premessa, solo in parte esplicitata, della assimilabilità del rapporto dei dirigenti pubblici a quello dei lavoratori di altre categorie, con l'affermazione secondo cui la disciplina del rapporto dei dirigenti pubblici (differenziandosi da quella dei dirigenti privati) «segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego». Questa affermazione - che sembra far riferimento, come è stato notato [13], ad una imprecisata peculiarità del rapporto con le pubbliche amministrazioni (strutturalmente estranea al corrispondente rapporto con datori di lavoro privati) - non è sorretta da alcun argomento valido: soprattutto non spiega affatto le ragioni per

---

[12] A. Garilli, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art.97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. giur. lav.,* 2007, I, pp. 301 ss.; A. Boscati, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in *Arg. dir. lav.,* 2007, 2, 703 ss.

[13] M. Sgroi, *Dirigenti pubblici e tutela reale ex art. 18 Stat. Lav. in caso di licenziamento illegittimo*, in *Lav. pubb. amm.,* 2007, 2, 515.

le quali questa peculiarità organizzativa comporterebbe la tutela reale del rapporto di lavoro dirigenziale, non desumibile, come ho cercato di dimostrare, dalla specifica disciplina dell'art. 21.

Non ritengo neppure che alla stessa conclusione si possa arrivare, indipendentemente dal dato normativo, attraverso il richiamo ai parametri costituzionali di imparzialità e buon andamento della amministrazione, con il rilievo del carattere «disfunzionale» del licenziamento illegittimo del dirigente rispetto alle finalità gestionali organizzative in relazione alle quali deve essere esercitato il potere di recesso (disfunzionalità che non verrebbe sanata se il licenziamento illegittimo comportasse solo conseguenze risarcitorie) [14].

Qui si impongono due considerazioni. In primo luogo, credo che il parametro dell'art. 97 Cost. non possa essere invocato per prospettare un determinato tipo di tutela della stabilità del rapporto del dirigente, come mi sembra doversi desumere dalle sentenze della Corte Costituzionale sopra richiamate ed anche dalla decisione n. 103 del 2007 [15] (sulla illegittimità costituzionale delle regole di *spoils system* introdotte dalla legge n.145 del 2002) che in sostanza riafferma negli stessi termini la portata delle garanzie dello statuto del dirigente pubblico.

In secondo luogo, ma per la stessa ragione, mi sembra necessario distinguere nettamente il piano dell'esercizio della funzione pubblica che viene in questione quando il dirigente pone in essere atti di rilevanza esterna da quello dell'adempimento della prestazione lavorativa nell'ambito del rapporto contrattuale, mediante atti gestionali di diritto privato.

Per concludere, non resta che attendere un migliore e più approfondito sforzo ricostruttivo della dottrina e della giurisprudenza per la sistemazione delle diverse fattispecie di esercizio del potere di recesso dell'amministrazione, con un soddisfacente esame - che finora è mancato - del ruolo assegnato in proposito alla contrattazione collettiva.

Due problemi mi sembrano particolarmente interessanti. Si tratta in primo luogo di stabilire se la responsabilità dirigenziale possa farsi rientrare pienamente - in relazione all'attuale requisito della "imputabilità"- nell'ambito della responsabilità disciplinare.

Sul versante del regime sanzionatorio, un altro interrogativo riguarda poi l'operatività della regola del parallelismo delle tutele, che come sappiamo fa derivare dalla violazione di garanzie del procedimento disciplinare l'illegittimità del licenziamento per mancanza di giustifi-

---

[14] M. Sgroi, *Dirigenti pubblici e tutela reale*, cit.

[15] Si pone nella stessa linea, per quanto qui rileva in ordine al recesso dal rapporto, la recentissima Corte Cost. n. 161 del 20 maggio 2008.

cazione, con la conseguente applicazione della tutela specifica di ogni rapporto (stabilità reale, stabilità obbligatoria, libera recedibilità).

Si tratta di vedere se questa regola sia applicabile anche per il rapporto del dirigente pubblico, con particolare riferimento all'ipotesi di responsabilità dirigenziale, e se sia dunque configurabile non una nullità del provvedimento viziato, ma solo un'annullabilità (per mancanza di giustificazione) del provvedimento, con le conseguenze risarcitorie previste dalla contrattazione collettiva.

Resta quindi da verificare, in questa prospettiva, se la fattispecie di «annullamento della procedura di accertamento» della responsabilità del dirigente - delineata come ho detto dalla disciplina collettiva - sia da ricondurre anch'essa alla stessa categoria dell'annullabilità o sia soggetta ad un regime diverso, in quanto riferibile ad un vizio procedurale.

FABRIZIO MIANI CANEVARI

# IL REATO DI DETENZIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI SECONDO LA NUOVA DISCIPLINA INTRODOTTA DALLA RIFORMA DEL 2006

SOMMARIO: 1. *Il confine tra l'illecito penale e quello amministrativo secondo la formulazione originaria della norma e l'esito referendario. 2. La destinazione della sostanza stupefacente detenuta ed il relativo onere della prova secondo l'art. 73 del d.p.r. 309/90. 3. La nuova disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 73 comma 1 bis lett. a) del d.p.r. 309/90 come introdotto dalla legge 21 febbraio 2006 n° 49. 4. la c.d. "normativizzazione" dei criteri indiziari di matrice giurisprudenziale e loro valenza probatoria in ordine all'onere probatorio della destinazione della sostanza stupefacente. 5. I singoli criteri indiziari: A) la quantità della droga. B) Le modalità di presentazione: il peso lordo ed il frazionamento della sostanza stupefacente. C) Le circostanze dell'azione. D) Le circostanze soggettive. 6. Le prime pronunce della Corte di Cassazione valorizzano i principi del libero convincimento del giudice e della presunzione di non colpevolezza. 7. Conclusioni.*

## *1. Il confine tra l'illecito penale e quello amministrativo secondo la formulazione originaria della norma e l'esito referendario*

L'*art. 73* del *d.p.r. 309/90* contemplava nella sua formulazione originaria, prima della parziale abrogazione referendaria, un tipico reato a condotta plurima prevedendosi come delitto il fatto di chi, senza l'autorizzazione, coltiva produce, fabbrica estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene, fuori dalle ipotesi previste dagli articoli *75* e *76*, sostanze stupefacenti o psicotrope [1].

---

[1] Cfr. *La produzione e il traffico illecito di stupefacenti*, in BRICOLA-ZAGREBELSCKY, *Le sostanze stupefacenti* UTET, 1998, 92.

Dal novero delle condotte contemplate dall'*art. 73*, il successivo *art. 75* ne estrapolava tre – l'importazione, l'acquisto e la detenzione – per riferirle ad una finalità specifica dell'agente, che è quella di farne uso personale; per queste condotte la disciplina precedente all'abrogazione referendaria, ispirata ad un maggiore rigore nel contrastare la diffusione della tossicodipendenza e dell'assunzione di sostanze stupefacenti, operava una distinzione, utilizzando un criterio quantitativo (quello della dose media giornaliera) per tracciare un confine tra l'illecito perseguito penalmente e quello sanzionato solo in via amministrativa.

Ne derivava, in estrema sintesi, un sistema sanzionatorio che presentava il vantaggio della certezza applicativa, proprio in quanto basato su un parametro rigorosamente oggettivo facilmente accertabile, quello della dose media giornaliera, il cui superamento faceva scattare l'illecito penale.

Per effetto dell'esito referendario del 18/19 Aprile 1993 veniva meno quest'ultima limitazione quantitativa, sicchè le tre condotte contemplate dall'*art. 75* (importazione, acquisto e detenzione), ove finalizzate all'uso personale, venivano interamente attratte nell'area dell'illecito amministrativo divenendo estranee all'area del penalmente rilevante.

In tal modo veniva tracciata, come puntualizzato dalla Corte Costituzionale (sentenza *n° 360* del *1995*), una sorta di "cintura protettiva" del consumo, volta ad evitare il rischio che l'assunzione di sostanze stupefacenti possa risultare indirettamente assoggettata a sanzione penale. In quest'area di rispetto ricadevano comportamenti immediatamente precedenti, essendo di norma la detenzione (spesso l'acquisto e talvolta l'importazione) l'antecedente ultimo dell'assunzione ed è l'elemento teleologico della destinazione della droga all'uso personale ad assicurare tale nesso di immediatezza. Ove invece non ricorreva l'elemento oggettivo di una delle tre condotte tipizzate dall'*art. 75* ovvero, pur in presenza di una di dette condotte, non ricorreva l'elemento teleologico sopra detto, si ricadeva nell'area dell'illecito penale.

## *2. La destinazione della sostanza stupefacente detenuta ed il relativo onere della prova secondo l'art. 73 del D.P.R. 309/90*

Il sistema come sopra costruito comportava che, per la configurabilità del delitto previsto e punito dall'*art. 73* del *d.p.r. 309/90*, occorreva la concreta dimostrazione della destinazione a terzi della sostanza stupefacente, costituendo tale destinazione uno degli elementi costitutivi del reato *"de quo"* [2].

---

[2] Con riferimento alle sostanze stupefacenti, si veda come giurisprudenza: Cassazione penale 23086/2008. Si veda inoltre l'ordinanza di rimessione Cassazione

L'onere della prova doveva indubbiamente ritenersi posto a carico dell'accusa, non essendo l'interessato tenuto a giustificare la destinazione all'uso personale [3]. L'interessato doveva semmai fornire elementi di segno contrario rispetto all'impostazione accusatoria: elementi quindi atti a dimostrare l'uso personale e, comunque, ad escludere la finalità di spaccio [4] .

Secondo la giurisprudenza consolidata sul punto, ferme restando le regole sull'onere della prova, la valutazione prognostica della destinazione della sostanza, doveva essere effettuata dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze soggettive ed oggettive del fatto, con apprezzamento di merito sindacabile in sede di legittimità solo per mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione [5].

Al riguardo, il più importante elemento probatorio di cui si poteva disporre era quello "quantitativo": la presenza di quantitativi esorbitanti di sostanza stupefacente dimostrava esaustivamente, o poteva concorrere a dimostrare, che questa non era destinata all'uso personale esclusivo del detentore, ma che era destinata, almeno parzialmente, anche a terzi [6] .

---

penale 10495/2008; In materia di sostanze stupefacenti ed uso personale, si veda Cassazione penale 17899/2008; In materia di sostanze stupefacenti ed avvocato, si veda Cassazione penale 9166/2008; In materia di fumus commissi delicti e possesso di sostanze stupefacenti, si veda Cassazione penale 2217/2008; In materia di sostanze stupefacenti e coltivazione, si veda Cassazione penale 871/2008 In materia di legittimità della coltivazione domestica, si veda Cassazione penale 40362/2007; In materia di spaccio di sostanze stupefacenti e lista delle droghe, si veda Cassazione penale 19056/2007; In materia di sostanze stupefacenti e favoreggiamento personale, si veda Cassazione penale SS.UU. 21832/2007.

[3] Si veda, tra le altre, *Cass. pen. sez. VI, 29/04/2003*.

[4] Tra i contributi più recenti della dottrina sul tema delle sostanze stupefacenti, si vedano: Portelli, *L'attività meramente informativa via internet in materia di sostanze stupefacenti non è reato,* in Diritto dell'Internet, 2008, *n.* 3, Ipsoa, *p.* 273;Mancuso, *Appunti sulla competenza in tema di guida in stato di alterazione psicofisica da uso di sostanze stupefacenti,* in Cassazione penale, 2007, *n.* 10, Giuffrè, *p.* 3734;Di Bitonto, *Quali garanzie per la deposizione del tossicodipendente cessionario di sostanze stupefacenti?,* in Cassazione penale, 2007, *n.* 11, Giuffrè, *p.* 4067; Zaina, *La nuova disciplina delle sostanze stupefacenti,* Maggioli, 2006; Leo, *Sul momento consumativo delle fattispecie di acquisto e vendita di sostanze stupefacenti,* in Diritto penale e processo, 2005, *n.* 2, IPSOA, 168.

[5] Vedi, *Cass. SS.UU. 28/05/1997*.

[6] Cfr. Di Cicco Fabrizio, *Detenzione illecita di stupefacenti e onere probatorio alla luce della novella del 2006.* Nota a Trib. Camerino 21 dicembre 2007 in Giurisprudenza di merito, 2008, fasc. 4, 1113-1122. La decisione commentata sposa la teoria, ormai da tempo seguita anche in altre circoscrizioni giudiziarie, secondo la quale, a mente dell'art. 73 comma 1-bis d.P.R. n. 309 del 1990 in materia di stupefacenti, la mera detenzione di un quantitativo di sostanza stupefacente superiore alle soglie

In presenza di un quantitativo non elevato di sostanza stupefacente detenuta, il referente quantitativo non bastava ovviamente a dimostrare la destinazione a terzi, dovendo farsi ricorso, da parte dell'accusa, ad altri eventuali elementi indiziari desumibili dalle specifiche modalità oggettive e soggettive della vicenda.

Sotto il profilo soggettivo i parametri di riferimento più significativi erano quelli basati sulla qualità soggettiva del detentore, se tossicodipendente o no, e sul giudizio di compatibilità tra le condizioni economiche del medesimo e la detenzione della droga. Per quanto concerne il primo, costituiva argomento probatoriamente rilevante per l'accusa la circostanza che lo stupefacente fosse stato trovato in possesso di un soggetto non dedito all'assunzione dello stesso, rappresentando tale dato fattuale un indizio decisivo per ritenere provata la destinazione allo spaccio. Per quanto riguarda il secondo, l'assenza di una comprovata attività lavorativa e, comunque, di una sicura fonte di reddito poteva fondatamente indurre a ritenere che il commercio della droga costituisse la fonte di reddito del detentore, che proprio attraverso lo spaccio si procurava i mezzi di sussistenza.

Sotto il profilo oggettivo, gli elementi indiziari posti a supporto della destinazione dello stupefacente a terzi potevano ricavarsi, in particolare: 1) dalle modalità di custodia e dal frazionamento della droga in dosi; 2) dal ritrovamento nella disponibilità del detentore di attrezzature per la pesatura e per il confezionamento delle dosi; 3) dal ritrovamento di sostanze da taglio; 4) dal ritrovamento di sostanze stupefacenti di diversa natura; 5) dalle modalità spazio-temporali del sequestro e dal comportamento tenuto dal detentore in occasione dell'arresto [7] .

---

fissate con il D.M 11 aprile 2006, non integra di per sé la fattispecie incriminatrice ex art. 73 comma 1-bis, ma abbisogna del concorso di ulteriori elementi indicativi della destinazione e finalità diverse dal consumo personale. In sintesi, la normativa del 2006 costituisce un esempio emblematico di diritto penale a forte connotazione simbolica, modulato su paradigmi generalpreventivi e socialdifensivi. La decisione commentata, quindi, ribadisce l'orientamento manifestato dalla giurisprudenza di legittimità sotto la vigenza della precedente normativa: la destinazione allo spaccio rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie e tale specifica finalità della detenzione illecita deve essere provata dalla pubblica accusa.

[7] Cfr. il contributo di Manes, Vittorio, *Prime puntualizzazioni sulla riforma in tema di stupefacenti: ruolo degli indici quantitativi, "uso di gruppo", "fatto di lieve entità", recidiva* (Nota a Trib. Rovereto 5 dicembre 2006) in Cassazione penale, 2007, fasc. 7-8, pagg. 3035-3040. La decisione in commento prende in esame diversi aspetti controversi della disciplina sanzionatoria degli stupefacenti di cui al d.p.r. n. 309/1990, recentemente novellata con la l. n. 49/2006: si attribuisce valore solo indiziario, sempre rovesciabile alla luce del libero convincimento del giudice, agli

Tale sistema, vigente fino alla riforma del 2006, una volta eliminato il parametro oggettivo e predeterminato della dose media giornaliera, ha presentato il difetto di doversi affidare, al fine di discriminare tra il lecito e l'illecito penale, a criteri indiziari frutto di una mera interpretazione giurisprudenziale [8].

3. *La nuova disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 73 comma 1 bis lett. a) del D.P.R. n° 309/90 come introdotto dalla legge 21 febbraio 2006 n° 49*

Tra le principali novità della riforma riguardante la disciplina sanzionatoria delle sostanze stupefacenti vi è, indubbiamente, la ri-

---

indici richiamati all'art. 73, comma 1-bis, per stabilire la destinazione ad un uso non esclusivamente personale, su cui è fissato il discrimen tra sanzione penale e sanzione amministrativa (in particolare, con riferimento al superamento dei limiti tabellari); si afferma la rilevanza penale dell'uso di gruppo, si puntualizzano i criteri sulla base dei quali ritenere il fatto di lieve entità (art. 73, comma 5), e, infine, si accoglie una particolare posizione in tema di recidiva pluriaggravata e reiterata (art. 99, commi 3 e 4, c.p.), ritenendole facoltative e, quindi, configurabili sulla base di un peculiare accertamento giudiziale non limitato al dato formale della precedente condanna.

[8] Tra le più recenti si vedano le due sentenze rese in pari data, la n. 28605 e la n. 28606 del 24 aprile 2008 , con cui le Sezioni Unite hanno chiarito che "costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale", osservando in particolare che: (a) non è individuabile un "nesso di immediatezza tra la coltivazione e l'uso personale", ed è conseguentemente impossibile "determinare ex ante la potenzialità della sostanza drogante ricavabile dalla coltivazione" (cfr. Corte cost. n. 360 del 1995): la fattispecie in esame ha, infatti, natura di reato di pericolo presunto, che fonda sulle "esigenze di tutela della salute collettiva", bene giuridico primario che "legittima sicuramente il legislatore ad anticiparne la protezione ad uno stadio precedente il pericolo concreto"; (b) il fatto che, anche dopo l'intervento normativo del 2006, gli artt. 73 co. 1-bis e 75 co. 1 d. P.R. n. 309 del 1990 non richiamino la condotta di "coltivazione", lascia ritenere, nel rispetto delle garanzie di riserva di legge e di tassatività, che il legislatore ha inteso "attribuire a tale condotta comunque e sempre una rilevanza penale"; (c) è arbitraria la distinzione tra "coltivazione in senso tecnico-agrario" ovvero "imprenditoriale" e "coltivazione domestica", non legittimata da alcun riferimento normativo, e superata dal rilievo che qualsiasi tipo di coltivazione è caratterizzato dal dato essenziale e distintivo rispetto alla "detenzione" di "contribuire ad accrescere … la quantità di sostanza stupefacente esistente". A parere del Supremo Collegio, spetta inoltre al giudice "verificare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata, sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, risultando in concreto inoffensiva"; peraltro, la condotta de qua è "inoffensiva" soltanto "se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile".

formulazione dell'*art. 73 d.p.r. 309/90* rispetto alle condotte (acquisto, importazione, detenzione) non qualificate oggettivamente, di per sé, dalla destinazione a terzi [9] .

Al riguardo, vi è da dire, innanzitutto che, mentre il comma *1°* dell'*art. 73* ribadisce la rilevanza penale delle condotte caratterizzate oggettivamente per la destinazione a terzi (cessione, vendita ecc.) a prescindere dal quantitativo e, sotto questo profilo, non vi sono novità rispetto al sistema previgente, il comma *1° bis lett. a)* dell'*art. 73* prevede la rilevanza penale delle condotte *"ex se"* non destinate oggettivamente a terzi (importazione, esportazione, acquisto, ricezione e detenzione) che appaiono per modalità oggettive e soggettive destinate a terzi, ossia, come esattamente si esprime il testo normativo *"sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute … ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale".*

*4. La c.d. "normativizzazione" dei criteri indiziari di matrice giurisprudenziale e loro valenza probatoria in ordine all'onere probatorio della destinazione della sostanza stupefacente*

Secondo dottrina autorevole espressasi all'indomani della riforma [10], deve innanzitutto ritenersi che rimane tuttora valido, anche a seguito della riforma, il principio secondo il quale la prova della sussistenza della destinazione della sostanza stupefacente ad un uso non esclusivamente personale rappresenta un elemento costitutivo del reato di cui all'*art.*

---

[9] Si segnalano, tra i commenti sul tema, quelli di: Potetti Domenico, 2007, *L'enigmatico comma 1-bis dell'art. 37 del d.p.r. n. 309 del 1990*, nota a Cass. sez. VI pen. 5 aprile 2006, n. 15184; Amato Giuseppe, 2006, *Il rilievo dello stato di tossicodipendenza ai fini della "continuazione"* , nota a Cass. sez. I pen. 10 aprile 2006, n. 1263 in *Cassazione penale*, 2006 fasc. 11, 3763 – 3766 e, sempre dello stesso autore, *Il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio"* , nota a Trib. Napoli 29 maggio 2006 in *Cassazione penale*, 2006 fasc. 12, pp. 4185 – 4198; Fiorentin Fabio, *L'esecuzione penale nei confronti dei condannati tossicodipendenti* ,Commento a d.l. 30 dicembre 2005 n. 272, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2006 n. 49; 2006 in *La Legislazione penale*, 2006 fasc. 2, pt. 1, 265-289; Pietropolli Marco, Patrian Alessandra, *Il fatto di lieve entità nei reati di droga. Prospettive di riforma*, Nota a Trib. Rovigo 19 gennaio 2005, n. 13. in *Rivista penale*, 2006 fasc. 3, 342-344.

[10] Autorevole dottrina sul tema: Giuseppe Amato, "*il funzionamento della nuova disciplina degli stupefacenti: parametri indiziari e regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*", in *Cassazione penale* n. 10 del 2006.

*73*, di cui è onerata la pubblica accusa. La differenza rispetto al passato è data dal fatto che l'accusa trova un supporto valutativo nei parametri indiziari indicati dal comma *1°* dell'*art. 73*, che sono essenzialmente tre: 1) la quantità della sostanza con attribuita rilevanza al superamento dei limiti di principio attivo riportati in apposito decreto ministeriale; 2) le modalità di presentazione della sostanza (con specifico ed espresso riferimento al peso lordo ed al frazionamento in dosi commerciali); 3) le circostanze dell'azione (ad esempio le circostanze del sequestro e dell'arresto, il rinvenimento di sostanza da taglio, il rinvenimento di contabilità attestante il commercio illecito).

A fronte di tale onere probatorio, soddisfatto dall'accusa mediante l'allegazione di uno o più dei citati parametri indiziari, l'interessato avrà un onere di allegazione di segno contrario, volto a dimostrare la destinazione dello stupefacente detenuto ad un uso esclusivamente personale. È ovvio che tale onere allegativo difensivo risulterà tanto più difficile da soddisfare quanto più inequivocamente significativi della destinazione all'uso non esclusivamente personale risultino i parametri indiziari richiamati nella disposizione incriminatrice: ad esempio, in presenza di quantitativi significativamente superiori ai limiti di principio attivo indicati nel decreto ministeriale, colui che venisse trovato in possesso di stupefacenti ben difficilmente potrebbe sostenere, con esito favorevole, che trattasi di droga detenuta con finalità di riserva e di accumulo per il proprio futuro uso personale; viceversa, in presenza di quantitativi inferiori o prossimi alla soglia di cui al citato decreto ministeriale, la difesa potrà più facilmente sostenere la tesi della destinazione all'uso personale ed in tal caso la pubblica accusa, per far prevalere la tesi della destinazione a terzi della sostanza stupefacente rinvenuta, dovrà necessariamente fare ricorso agli altri parametri indiziari ricavabili dalle modalità oggettive o soggettive della vicenda (ad esempio, il frazionamento della droga in dosi commerciali, le circostanze del sequestro inequivocamente sintomatiche dell'attività di spaccio), non essendo il referente quantitativo da solo sufficiente a dimostrare la destinazione della droga ad un uso non esclusivamente personale [11].

In altri termini, secondo la riferita interpretazione, l'accertata ricorrenza degli indizi contenuti nell'*art. 73 comma 1° bis lett. a)* è idonea a fondare una presunzione solo relativa (*iuris tantum*) della destinazione

---

[11] Alcune pubblicazioni sul tema: Amato Giuseppe, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, 2000, Milano; Segre Sandro *Le politiche sociali in tema di stupefacenti: un confronto fra Svezia, Stati Uniti e Italia*, 2000; *Le sostanze stupefacenti* a cura di Roberto Acquaroli, coordinati da Gaetano Insolera, 1998; Francesco C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*: (profili penali), 1994.

della droga ad un uso non esclusivamente personale. Che si tratti di una presunzione soltanto relativa, lo si desume da una serie di circostanze.

In particolare, dall'iter legislativo che dimostra come si sia passati dall'originario disegno di legge, che puniva il mero superamento della soglia quantitativa indicata nell'apposita tabella (presunzione *"iuris et de iure"*), al testo finale, nel quale il superamento del limite stabilito in tabella non rappresenta affatto un elemento costitutivo della fattispecie incriminata, ma indica una circostanza che, unitamente alle modalità di presentazione della droga ed alle altre circostanze dell'azione, il giudice deve valutare per stabilire se la droga sia o meno destinata allo spaccio.

In secondo luogo, dalla diversa formulazione del *comma 1° bis lett. b)* dello stesso *art. 73*, dedicato ai medicinali suscettibili di abuso contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope, per i quali il reato è integrato in caso di mero superamento del quantitativo prescritto, senza alcuna possibilità per una prova liberatoria da parte dell'interessato che possa giustificare la detenzione oltre il limite stabilito.

In definitiva, la nuova disciplina degli stupefacenti ha comportato una sorta di "normativizzazione" di criteri indiziari già enucleati dalla giurisprudenza che, nella sostanza, vincola la discrezionalità valutativa del giudice. I parametri indiziari enunciati dall'*art. 73 comma 1° bis lett. a)*, inoltre, secondo la citata autorevole dottrina, devono intendersi alternativi, complementari e non esaustivi.

Hanno valenza alternativa, nel senso che anche la presenza di uno solo consente di ipotizzare presuntivamente il reato. L'utilizzo delle disgiuntive "o" e "ovvero" nell'*art. 73 comma 1° bis lett. a)* è in tal senso inequivoco. Pertanto, è sempre possibile contestare e ritenere il reato di cui all'*art. 73*, nel caso di detenzione di quantitativi "sotto soglia", qualora il contesto oggettivo depone inequivocamente nel senso dello svolgimento di un'attività di spaccio.

Hanno valenza complementare nel senso che, tanto più sono presenti elementi indiziari convergenti, tanto più sarà arduo l'onere di allegazione difensivo ed idoneo il compendio indiziario a giungere ad una pronuncia di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio.

Hanno, infine, valenza non esaustiva, nel senso che possono considerarsi anche altri elementi di valutazione, specialmente di natura soggettiva, emergenti nella fattispecie ed utilizzabili per corroborare o smentire la valenza degli elementi indizianti a carico dell'indagato. Si pensi al criterio soggettivo della qualità di tossicodipendente o no del trasgressore ovvero al criterio parimenti soggettivo basato sull'apprezzamento delle condizioni economiche del reo e sulla compatibilità di queste con l'acquisto ed il possesso di droga [(12)].

---

[(12)] Vedi, "ex multis" Cass. Pen. Sez. VI 29/09/2005

*5. I singoli criteri indiziari:*
A) La quantità della droga.

Il criterio indiziario della quantità della droga assume un rilievo prioritario, come si evince dall'espressione "in particolare" correlata al dato fattuale rappresentato dall'essere la sostanza detenuta superiore ai limiti massimi stabiliti nel decreto ministeriale.

Ciò sta a significare che il superamento di tali limiti integra indubbiamente un elemento indiziario utilizzabile dall'accusa per dimostrare la destinazione ad un uso non esclusivamente personale dello stupefacente e che tanto più sarà significativo il superamento della soglia tanto più sarà arduo l'onere difensivo diretto a vincere la valenza indiziaria del parametro in questione. L'utilizzo dell'espressione "in particolare" non esclude, tuttavia, che anche quantitativi inferiori al limite della soglia possono assumere rilevanza penale, qualora concorrano altri parametri indiziari inequivocamente significativi di una destinazione non esclusivamente personale. Parimenti, l'accertato superamento di tali limiti non è sufficiente a far ritenere integrato il reato qualora il trasgressore dimostri che le sue particolari condizioni soggettive (in particolare lo stato di tossicodipendenza) legittimano la detenzione di quantitativi superiori ai valori soglia per soddisfare le peculiari esigenze di assunzione della droga.

I limiti massimi di principio attivo detenibile ai fini e per gli effetti del disposto di cui all'*art. 73 comma 1° bis lett. A)* sono stati stabiliti dal decreto 11/04/2006 adottato dal Ministro della Salute. La scelta di attribuire all'autorità amministrativa tale compito appare condivisibile per la eccessiva rigidità che sarebbe conseguita ad una previsione introdotta direttamente dalla legge. Inoltre, non sembra prospettarsi alcun dubbio di violazione del principio di legalità per l'assorbente rilievo che all'autorità amministrativa è devoluta semplicemente l'individuazione di uno dei parametri di riferimento utilizzabili per la dimostrazione della sussistenza del reato e non certo la ricostruzione della condotta integrante il reato.

Punto di partenza dei limiti massimi di principio attivo detenibile, superato il quale si configura la presunzione relativa di sussistenza dell'uso non esclusivamente personale della droga e, quindi, l'elemento materiale del reato di cui all'*art. 73*, è il dato fornito, con criterio scientifico, dalla Commissione costituita appositamente presso il Ministero della Salute: quello della "dose media singola" (D.M.S.), intesa come la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente e psicotropo.

Il dato quantitativo della "dose media singola" è stato poi convenzionalmente moltiplicato avendo riguardo ad un moltiplicatore variabile calibrato in relazione alle caratteristiche di ciascuna sostanza, con par-

ticolare riferimento al potere di indurre alterazioni comportamentali e scadimento delle capacità psicomotorie: in una parola, in relazione alla maggiore o minore pericolosità riconosciuta alla sostanza.

A tale riguardo va detto che tale moltiplicatore è stato diversificato a seconda del tipo di sostanza stupefacente: cosicché per le ex droghe leggere, in considerazione della riconosciuta minore pericolosità, tale moltiplicatore è stato indicato in termini più ampi rispetto a quanto previsto per le ex droghe pesanti. Ciò implica, nonostante la parificazione perseguita dal legislatore, un trattamento indubbiamente più favorevole per le ex droghe leggere.

Incrementando la dose media singola con l'apposito moltiplicatore previsto dal decreto, si perviene a quella che, nello stesso decreto, viene definita coma la "quantità massima detenibile" (Q.M.D.), superata la quale può ritenersi sussistente la presunzione che trattasi di sostanza destinata ad un uso non esclusivamente personale.

Il criterio della quantità assumerà verosimilmente rilevanza anche al fine di parametrare il quantitativo di riferimento per la concessione dell'attenuante del fatto di lieve entità di cui all'*art. 73 comma 5°*, fermo restando che il giudice sarà sempre tenuto a valutare tutti gli elementi indicati dal *5°* comma (c.d. "valutazione complessiva del fatto"), sia quelli concernenti l'azione (mezzi, modalità e circostanze dell'azione) che quelli che attengono all'oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa), dovendo conseguentemente negare la concessione dell'attenuante quando anche uno solo di questi elementi porti ad escludere che la lesione del bene giuridico protetto sia di lieve entità [13].

Sotto altro profilo, posto che con "il moltiplicatore" si è attribuita una diversa valenza qualitativa alle diverse sostanze stupefacenti, potrà utilizzarsi tale argomento per attribuire rilievo anche alla "natura" della sostanza ai fini e per gli effetti dell'attenuante del fatto di lieve entità, superandosi così quell'orientamento giurisprudenziale finora consolidato [14] in forza del quale il parametro della qualità indicato dal *5°* comma riguardava la maggiore o minore purezza della sostanza, restando invece indifferente la natura della stessa.

B) Le modalità di presentazione: il peso lordo ed il frazionamento della sostanza stupefacente.

Il secondo criterio indiziario previsto dall'*art. 73 comma 1° bis lett. A)*, sempre di natura oggettivo, è rappresentato dalle modalità oggettive di presentazione dello stupefacente, avuto riguardo sia al peso lordo complessivo che al confezionamento frazionato.

---

[13] Vedi Cass. Pen. Sez. VI 20/06/1996.

Per quanto riguarda il peso lordo complessivo, va detto che trattasi di un criterio assai empirico, che andrebbe sviluppato in concreto con apposite direttive elaborate sulla base di dati statistici acquisiti dai sequestri di droga e dalle percentuali di principio attivo ivi rinvenuto. In attesa di questo eventuale prontuario operativo, l'applicazione del criterio "de quo" è rimesso all'esperienza dell'operatore di polizia, il quale dovrà basarsi empiricamente sul rilievo che un quantitativo di una certa consistenza, specie se accompagnato dal rinvenimento di sostanza da taglio, è destinato ad essere "tagliato" per la successiva suddivisione in dosi. A tale criterio va, pertanto, attribuita una valenza residuale e di contorno, utile per corroborare altri criteri dotati di una maggiore significatività.

Molto più rilevante risulta, dal punto di vista indiziario, il criterio basato sul confezionamento frazionato dello stupefacente, posto che detto confezionamento può far fondatamente ritenere che trattasi di sostanza stupefacente destinata ad essere venduta al dettaglio sul mercato illecito.

C) Le circostanze dell'azione.

Il terzo criterio indiziario fa riferimento alle "altre circostanze dell'azione", nozione assai ampia nella quale vanno ricomprese tutte le circostanze oggettive da quelle codificate, di cui abbiamo trattato, idonee a supportare un giudizio logico di destinazione della sostanza stupefacente ad un uso non esclusivamente personale; per esempio: le modalità di custodia della droga, le modalità spazio temporali del sequestro, la fuga o il tentativo di occultamento della droga da parte del detentore, il ritrovamento di sostanze da taglio, di strumenti di pesatura o di contabilità attestante il commercio illecito.

Meno significativo appare la circostanza della detenzione di sostanze stupefacenti di diversa natura, che viene solitamente utilizzata come elemento dimostrativo della destinazione della sostanza allo spaccio, in quanto trattasi di un elemento equivoco che non può essere utilizzato sempre nella sua assolutezza in quanto tale detenzione è compatibile anche con un uso personale essendo usuale per il tossicodipendente passare, nel tempo, dal consumo di sostanze più leggere a quello di sostanze più pesanti, stante l'effetto dell'assuefazione.

D)Le circostanze soggettive.

Trattasi di un criterio non indicato dal legislatore, ma che deve ritenersi utilizzabile stante la non esaustività dei criteri indiziari codificati dal legislatore, conclusione questa imposta dal principio del libero convincimento e da quello dell'assenza di prove legali che caratterizza la materia penale. Pertanto, dovrà riconoscersi rilievo anche ai criteri di natura soggettiva basati sulla qualità del trasgressore, se tossicodipendente o meno, e sulle sue condizioni di reddito, in relazione alla

compatibilità o meno delle stesse con l'acquisto della droga per soddisfare un esclusivo consumo personale.

*6. le prime pronunce della corte di cassazione valorizzano i principi del libero convincimento del giudice e della presunzione di non colpevolezza.*

Passando alle prime pronunce della Suprema Corte in ordine all'interpretazione della nuova normativa sulla disciplina sanzionatoria in materia di sostanze stupefacenti, si segnala innanzitutto la sentenza della sezione *VI n° 16373* del *17 dicembre 2007 – 21 aprile 2008*, la quale ha stabilito che la nuova normativa non ha affatto alterato il precedente quadro legislativo relativamente alla detenzione a fini di spaccio, quale elemento costitutivo del reato di detenzione a fini di spaccio, dovendosi ritenere che la lettera *a) comma 1 bis* del novellato *art. 73* non ha introdotto una presunzione (assoluta o relativa che sia) di detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti eccedenti, quanto al dato ponderale, le soglie massime indicate nella medesima norma, con riferimento alle specifiche tabelle emanate nell'aprile del 2006 dal Ministero della Salute. Detta fattispecie, invero, si limita ad annoverare una serie di "elementi sintomatici", tra i quali certamente anche quello relativo alla quantità della sostanza, da cui possa trarsi un legittimo convincimento che la stessa non sia destinata ad utilizzazioni esclusivamente personali. Il superamento dei limiti quantitativi assoluti indicati nelle tabelle ministeriali, non può tuttavia assumere valenza – secondo la Corte – ai fini di una dimostrata destinazione della sostanza per finalità non esclusivamente personali, essendo ciò reso lampante anche dalla stessa formulazione normativa di cui alla lettera *a) comma 1 bis* dell'*art. 73*, laddove viene stabilita la concreta punibilità delle condotte di detenzione di sostanze stupefacenti che *"per quantità, in particolare se superiori ai limiti massimi indicati…ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale"*. Detta disposizione non ha fatto altro che inserire in una norma di carattere sostanziale, elementi di determinazione della prova prima esistenti solo in giurisprudenza, ai fini della dimostrazione dell'esistenza di criteri sintomatici dai quali desumere la prova della destinazione a terzi. Elemento assolutamente rilevante per la Cassazione diviene pertanto l'affermazione che gli elementi sintomatici, incluso il dato quantitativo, indicati dalla disposizione testè ricordata, debbono sì essere presi in considerazione dal giudicante, ma non potranno mai rappresentare elemento costitutivo del reato, che rimane unicamente quello pertinente alla detenzione per uso non personale delle predette sostanze stupefacenti.

Su tale linea si segnala, inoltre, la pronuncia della sezione *VI n° 17899*

del *29 gennaio 2008 – 05 maggio 2008*, la quale, oltre a ribadire l'inesistenza di una presunzione assoluta o relativa di destinazione allo spaccio, in presenza dell'accertato superamento dei limiti massimi previsti dalle tabelle ministeriali, rivelando la locuzione *"in particolare"* l'intento del legislatore di imporre al giudice un dovere di particolare attenzione, che si risolve in un dovere accentuato di motivazione, nel caso in cui le quantità detenute siano non confacenti ad un uso esclusivamente personale, chiarisce in un ottica ancora più garantista che i parametri indicati dall'*art. 73 comma 1 bis lett. a)* del *d.p.r. 309/90*, così come novellato dalla legge *n° 49* del *2006*, per apprezzare la destinazione ad un uso non esclusivamente personale della sostanza stupefacente (quantità, modalità di presentazione, altre circostanze dell'azione), non sono autonomi. In altri termini non è sufficiente che si sia accertato uno solo di essi perché la condotta divenga penalmente rilevante. Pertanto, pur in presenza di quantità non esigue o di confezioni plurime, potrebbero essere apprezzate altre circostanze dell'azione tali da escludere radicalmente un uso non strettamente personale: ad esempio, potrebbe risultare accertato indiscutibilmente che il detentore, forte consumatore di droga, fosse solito acquistarla in quantitativi non modesti frazionamente preconfezionati.

Si segnala infine la sentenza della *sezione IV n° 22643* del *21 maggio 2008 – 05 giugno 2008*, la quale ha prima di tutto ribadito la natura meramente indiziaria dei parametri indicati nell'*art. 73 comma 1 bis lettera a)* e, pertanto, la utilizzabilità di tali parametri al fine di trarre argomenti dimostrativi della destinazione illecita anche con riferimento a vicende pregresse rispetto all'epoca di entrata in vigore del decreto, e ciò senza alcuna violazione dell'*art. 2 c.p.*, che riguarda la fattispecie incriminatrice e gli elementi costitutivi della medesima, ma non certo gli elementi utilizzabili solo a fini probatori. In secondo luogo, la citata pronuncia ha significativamente affermato che per i derivati della *cannabis*, cui la novella del 2006 ha riconosciuto una minore pericolosità, attraverso un moltiplicatore calcolato in termini più ampi, potrebbe riconoscersi un più ampio spazio alla concedibilità dell'attenuante del fatto di lieve entità, purchè, ovviamente, non risultino ostativi gli altri parametri indicati dal *5° comma* dell'*art. 73*, in particolare quello quantitativo.

## *7. Conclusioni*

Da quanto si è visto risulta innanzitutto chiaro che la nuova normativa non prevede un nuovo elemento costitutivo del reato rappresentato dalla detenzione di sostanza stupefacente oltre i limiti previsti dalle tabelle, rimanendo sempre punita penalmente la detenzione di stupefacente destinata ad un uso non esclusivamente personale. Il superamento delle quantità indicate nelle tabelle, quindi, non concorre a descrivere il fatto

punito, ma indica una circostanza che, unitamente alle modalità di presentazione dello stupefacente ed alle altre circostanze dell'azione, il giudice ha l'obbligo di valutare per stabilire se lo stupefacente sia o meno destinato allo spaccio. In altri termini, il superamento dei limiti tabellari non è di per se illecito penale, né è elemento idoneo a fondare una presunzione (sia pure relativa), ma rappresenta un indizio, che il giudice ha il dovere di considerare, secondo i criteri di valutazione previsti dall'*art. 192 comma 3° c.p.p.*, che stabilisce che la prova è raggiunta quando gli indizi sono gravi, precisi e concordanti. Il dato letterale depone, tuttavia, nel senso che anche la ricorrenza di uno solo di detti indizi, in particolare quello quantitativo, qualora sia pregnante e significativo, possa essere sufficiente al raggiungimento della prova del reato, come si desume dall'utilizzazione della congiunzione "ovvero", che unisce i vari elementi indiziari oggetto di valutazione. Pertanto, la sentenza della Suprema Corte *n° 17899* sopra citata appare eccessivamente rigorosa per la Pubblica Accusa laddove richiede la ricorrenza di tutti i parametri previsti dalla norma per ritenere integrato il reato. Peraltro, è noto a tutti gli operatori del settore che la qualità di tossicodipendente non esclude ma spesso si associa a quello di spacciatore, onde, una volta accertata tale qualità, non pare corretto escludere *"a priori"* la configurazione del reato di detenzione illecita in presenza di cospicui quantitativi di stupefacente detenuti, dovendo comunque essere considerati in maniera prudente ed equilibrata tutte le circostanze oggettive e soggettive del caso. Parimenti, appare giusto ritenere raggiunta la prova della detenzione dello stupefacente a fini di spaccio anche in presenza di quantitativi inferiori alla soglia indicata in tabella (e quindi in mancanza del paramento quantitativo), qualora, ad esempio, siano rinvenute bustine per il confezionamento delle dosi, bilance elettroniche per la pesatura, sostanze da taglio, ovvero qualora il soggetto detentore non sia tossicodipendente.

In definitiva, nonostante il clamore suscitato nell'opinione pubblica all'indomani dell'entrata in vigore, non vi sono significative novità rispetto alla legge previgente. Il semplice superamento dei limiti tabellari non è di per sé reato, né integra una presunzione assoluta o relativa, in ossequio al principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, ma un elemento che il giudice ha l'obbligo di valutare, unitamente alle altre circostanze soggettive ed oggettive del caso concreto, nel rispetto del principio del libero convincimento, per stabilire se un dato quantitativo di stupefacente detenuto da un soggetto sia o meno destinato a terzi.

Terni, 05/08/2008.

PIERLUIGI PANARIELLO

# INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA


AMBIENTE – Rifiuti – Gestione – Protocolli di intesa – Natura giuridica – Accordi integrativi o sostitutivi – Accordi di programma – Atti normativi – Limitazione del potere discrezionale – Sussiste, 220.

CIRCOLAZIONE STRADALE – Impianti semaforici – Omologazione e taratura – Passaggio con luce rossa – Rilievo fotografico – Assenza di vigili – Legittimità dell'accertamento, 26.

CONTRATTI DELLA P.A. – Appalto di servizi pubblici – Asili nido comunali 0 Servizi ausiliari ed educativi – Bando di gara riservato alle cooperative sociali – Possibilità di precludere la partecipazione alla gara e cooperative iscritte in una sezione dell'albo regionale delle cooperative sociali – Esclusione, 244.

CONTRATTI DELLA P.A. – Appalto di servizi pubblici – Criterio di aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – Chiarimenti riguardo all'offerta ritenuta anomala – Fattispecie – Riformulazione dell'offerta – Prova di resistenza – Applicabilità – Illegittimità – Esclusione, 244.

CORTE DEI CONTI – Giurisdizione – Responsabilità amministrativa – Medico di base – Rapporto di servizio – Fattispecie – Sussistenza, 201.

Corte dei Conti – Responsabilità amministrativa – Danno all'immagine della P.A. – Danno a formazione progressiva – Prescrizione – Qualificazione, 201.

DIFESA E DIFENSORE – Rinvio dell'udienza per legittimo impedimento – Diritto all'avviso della nuova udienza – Esclusione, 43.

EDILIZIA ED URBANISTICA – Denuncia di inizio attività – Natura giuridica – Individuazione, 260.

Edilizia ed urbanistica – Denuncia di inizio attività – Decorso del termine di 30 giorni per il controllo riscontro sulla d.ia. – Formazione di un titolo abilitativo tacito – Impugnabilità di tale autorizzazione implicita in via diretta da parte del controinteressato – Possibilità – Sussiste – Oggetto del ricorso proposto dal terzo – Individuazione, 260.

Edilizia ed urbanistica – Monetizzazione standard urbanistici – Discrezionalità – Determinazione dell'importo – Accettazione della proposta, 191.

Edilizia urbanistica – Giustizia amministrativa – Denuncia di inizio attività – Impugnazione – Decorrenza del termine per l'impugnazione – Individuazione, 260.

GIURISDIZIONE E COMPETENZA – Sanità – Autorizzazione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale – Diniego – Giurisdizione del g.A. – Sussistenza – Limiti e condizioni, 149.

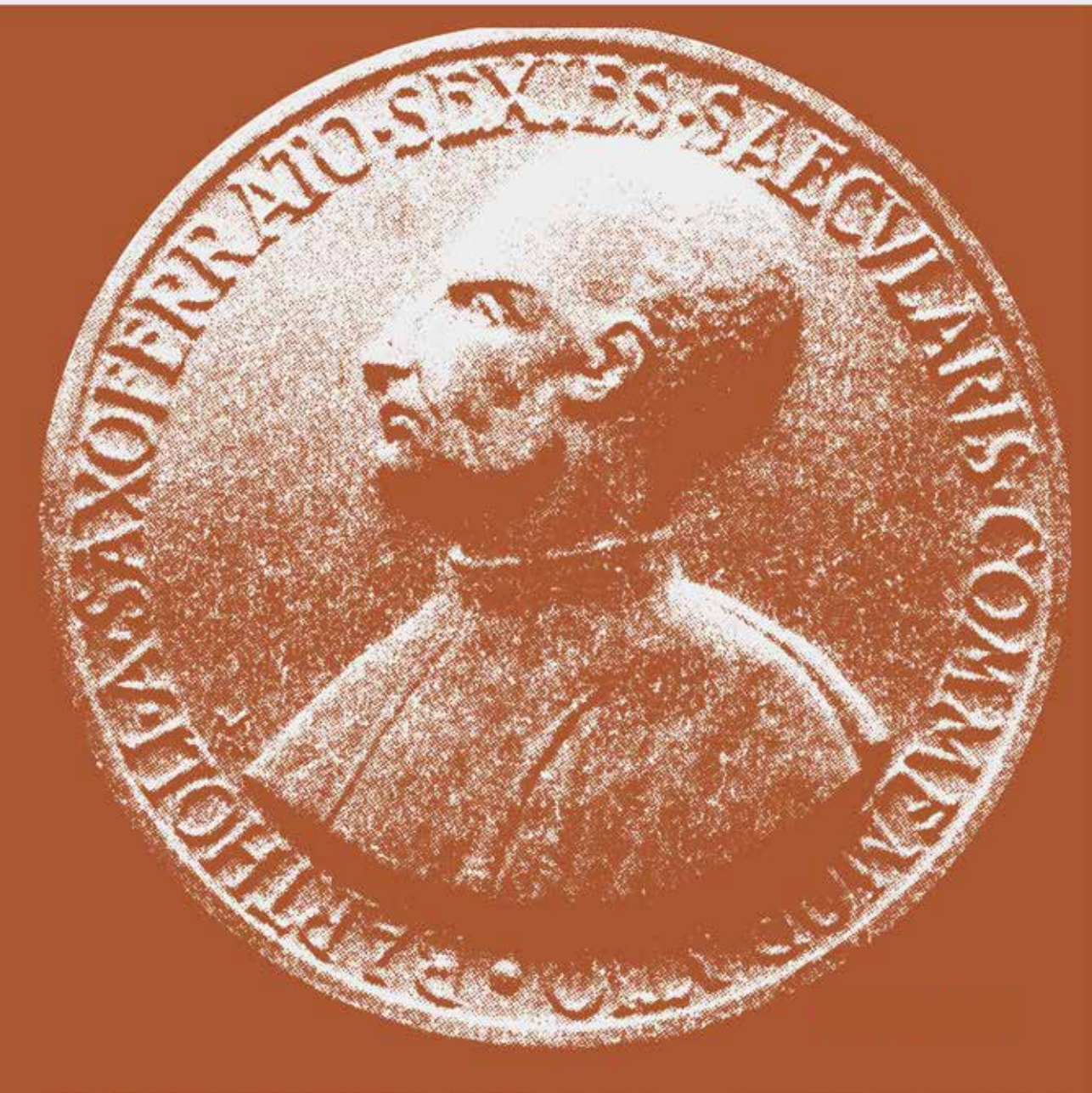
ESERCIZIO ABUSIVO DI UNA PROFESSIONE – Pluralità di condotte – Unicità dell'ambito territoriale – Pluralità di reati – Esclusione, 75.

FILIAZIONE NATURALE – Spese straordinarie – Accordo preventivo sulle spese straordinarie – Passaggio ingiudicato – Delle Pronuncie in materia di affidamento e mantenimento della prole, 13.

INQUINAMENTO – Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di soggetti agenti – Necessità – Esclusione, 92.

Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Gestione – Nozione – Abusività – Individuazione – Ingiusto profitto – Dolo specifico – Necessità, 92.

– Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Pluralità di operazioni caratterizzate da continuità – Necessità – Conseguenze – Istituto della continuazione – Esclusione – Reato – Natura – Progressivo nell'evento, 92.

Inquinamento – Rifiuti – Traffico illecito – Ingente quantitativo – Finalità

– Nozione – Riferibilità al complesso delle attività – Necessità, 92.
MALTRATTAMENTI DI ANIMALI – Somministrazione di sostanze dopanti e vietate dalla legge – Nuova Incriminazione – Insussistenza del reato – Esclusione, 111.
MINORE ETÀ – Rapporti tra genitori – Affidamento – Sottrazione di minore – Provvedimento del giudice – Ascolto del minore – Necessità – Rilevanza, 1.
OMICIDIO COLPOSO – Omissione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento morte – Posizione di garanzia dell'amministratore di condominio – Insussistenza, 120.
RECIDIVA – Recidiva reiterata – Obbligatorietà dell'aumento di pena – Questione di legittimità costituzionale, 66.
RESPONSABILITÀ MEDICO-CHIRURGICA – Conseguenze – Contatto sociale – Risarcimento danni – Prescrizione, 8.
RICORSO GIURISDIZIONALE – Associazioni di protezione ambientale – Legittimazione ed interesse a ricorrere – Ordine di trattazione delle questioni – Infondatezza nel merito del ricorso – Esame delle eccezioni in rito – Omissione, 220.
SUCCESSIONE EREDITARIA – Vendita di beni ereditari – Preliminare concluso dal *de cuius* – Eredi minori – Autorizzazione del Tribunale – Necessità – Esclusione, 16.